

Vergabenummer 18358RU, Gutachten Nr. 2, Enquete-Kommission I

**Formen von Erwerbstätigkeit und Anpassungsbedarf des
Arbeitnehmer- und Betriebsbegriffs unter
arbeitsrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten**

Prof. Dr. Martin Hensler

und

Dr. Steffen J. Roth

Weitere Projektbeteiligte: Christiane Pickenhahn, LL.M., Rebekka Rehm und
Jacob Wewetzer

A. Einleitung, Motivation, Vorgehensweise	5
B. Untersuchung.....	7
I. Erfassung neuer Formen der Erwerbstätigkeit und allgemeine Einschätzung ihrer Chancen und Herausforderungen	7
1. Entwicklung der neuen Formen der Erwerbstätigkeit.....	9
2. Besondere Bedeutung multilateraler Vertragsverhältnisse bei Plattformarbeit	16
3. Diskussion von Chancen und Herausforderungen	20
II. Anpassungsbedarf hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Einordnung	23
1. Schwierigkeiten der Abgrenzung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gegenüber Selbstständigen	23
a) Vorfrage: Anwendbares Recht und gerichtliche Zuständigkeit.....	23
aa) Qualifizierung: Arbeitsvertrag oder selbstständige Tätigkeit	23
bb) Anwendung von Art. 8 Rom I-VO bei arbeitnehmerähnlichen Personen oder in Heimarbeit Beschäftigten?... 24	24
cc) Keine Qualifizierung als Verbrauchervertrag, Art. 6 Rom I-VO.....	26
dd) Keine sonstigen Ausnahmen von der freien Rechtswahl (Eingriffsnormen und Ordre public).....	27
ee) Gerichtsstand	27
b) Probleme des Abgrenzungskriteriums der „persönlichen Abhängigkeit“	28
aa) § 611a BGB	29
bb) Potenzielle Ausweitung des Arbeitnehmerkreises und unionsrechtliche Restriktionen	30
cc) Zusammenfassende Stellungnahme	36
c) Einordnung von Crowdworkern	37
aa) Vertragsverhältnisse und beteiligte Akteure	38
bb) Bezeichnung der Crowdworker als Selbstständige.....	41
cc) Persönliche Abhängigkeit zum Crowdsourcer.....	42
dd) Persönliche Abhängigkeit zur Plattform.....	45
ee) Zusammenfassende Stellungnahme zur Einordnung von Crowdworkern	50
d) Der Arbeitgeberbegriff auf dem Prüfstand.....	50
2. <i>De lege lata</i> : Schutz Selbstständiger durch Einordnung als „in Heimarbeit Beschäftigte“ oder „arbeitnehmerähnliche Person“?	52
a) Anwendbare Schutzvorschriften (Beschäftigte in Heimarbeit/Arbeitnehmerähnliche Personen).....	53
b) Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person?	57
aa) Keine allgemeingültige Legaldefinition, Definitionen des § 12a TVG	57
bb) Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit.....	57
cc) Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen?	58
c) Einordnung als „in Heimarbeit Beschäftigte“ i.S.d. § 2 Abs. 1 HAG?	61
aa) Eigene Wohnung oder selbstgewählte Betriebsstätte	62
bb) Erwerbsmäßige Arbeit, allein oder mit Familienangehörigen, unter Überlassung der Verwertung der Arbeitsergebnisse.....	63
cc) Vergabe der Arbeit.....	65
dd) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Wirtschaftliche Abhängigkeit?.....	67
d) Bewertung des abgestuften Schutzsystems <i>de lege lata</i>	68

aa) Zusammenfassung der Einordnung.....	68
bb) Bewertung des Schutzsystems durch die Zwischenkategorien <i>de lege lata</i>	70
3. Handlungsoptionen <i>de lege ferenda</i> : Bildung neuer Zwischenkategorien und/oder neuer Schutzvorschriften?	71
a) In der bisherigen Diskussion unterbreitete Vorschläge	71
aa) Spezifisches Schutzsystem für ortsunabhängige Crowdworker (Cloudworker)	71
bb) Vereinheitlichung des Schutzsystems aller arbeitnehmerähnlichen Personen.....	74
cc) Weitgehende Einbeziehung aller Solo-Selbstständigen in die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften	74
dd) Schutzsystem für Solo-Selbstständige durch das allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht.....	77
b) Bewertung	77
aa) Fehlende Empirie zur Schutzbedürftigkeit aller Solo-Selbstständigen	77
bb) Zweifel an der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität einer gesetzlichen Mindestvergütung für alle Solo-Selbstständigen	78
cc) Begrenzung einer Reform auf einen gruppenspezifischen Schutz von Cloudworkern, die für eine gewisse Dauer tätig werden	80
dd) (Mit-)Verantwortung der Plattform	82
ee) Kein Bestandsschutz für Selbstständige	82
c) Elemente eines Reformgesetzes	83
4. Ausgleich durch Abstufung innerhalb des Arbeitnehmerkreises?	84
a) Kritik an derzeitiger Abstufung des Schutzniveaus innerhalb des Arbeitnehmerkreises	85
aa) Befürworter einer Binnendifferenzierung nach dem Einkommen	85
bb) Ablehnung einer Binnendifferenzierung nach dem Einkommen.....	87
cc) Erweiterung des Kreises der leitenden Angestellten auf alle Führungskräfte.....	88
b) Zusammenfassende Bewertung.....	89
aa) Ausrichtung der Neujustierung am jeweiligen Gesetzeszweck	89
bb) Ablehnung einer erwerbsformneutralen Regulierung, aber Befürwortung einer Anpassung des derzeitigen Schutzsystems.....	92
5. Zusammenfassung zum arbeitsrechtlichen Anpassungsbedarf in Thesen	92
III. Anpassungsbedarf hinsichtlich der sozialen Sicherung	97
1. <i>De lege lata</i> : Sozialversicherungsrechtlicher Schutz der Erwerbstätigen in neuen Erwerbsformen	97
a) Beschäftigtenbegriff und Gleichgestellte	97
aa) § 7 SGB IV Begriff der Beschäftigung.....	97
bb) § 12 Abs. 2 SGB IV (in Heimarbeit Beschäftigte)	99
b) Einbeziehung in die Gesetzliche Rentenversicherung nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI.....	101
c) Weitere Bereiche (Künstlersozialversicherung)	103
d) Freiwillige Versicherung oder Versicherung kraft Gesetzes.....	104
2. Handlungsoptionen <i>de lege ferenda</i> : Einbeziehung neuer schutzbedürftiger Beschäftigungsformen in die Sozialversicherung	104
a) Abwägung der Rechtsfolgen einer Sozialversicherungspflicht	105
b) Begründungen einer Sozialversicherungspflicht.....	106
aa) Versicherungsmotiv und Gefahren asymmetrischer Informationsverteilung.....	106
bb) Sozialversicherungspflicht zum Schutz der Gesellschaft vor Trittbrettfahrer-Anreizen	107

cc) Weitere Argumente zur Erwägung einer Sozialversicherungspflicht	108
c) Anwendbarkeit der Begründungen auf die einzelnen Sozialversicherungszweige.....	109
aa) Begründungen der Krankenversicherungspflicht.....	109
bb) Begründungen der Pflegeversicherungspflicht.....	111
cc) Begründungen einer Rentenversicherungspflicht	112
dd) Begründungen einer Arbeitslosenversicherungspflicht	114
d) Einbeziehung von Crowdworkern in die Sozialversicherung	115
aa) Pflicht selbstständiger Crowdworker zur Kranken- und Pflegeversicherung	116
bb) Pflicht selbstständiger Crowdworker zur Altersvorsorge	118
cc) Keine Pflicht selbstständiger Crowdworker zur Arbeitslosenversicherung.....	121
e) Unterschiede zwischen klassischer Heimarbeit und neuen Erwerbsformen wie dem Cloudwork	123
f) Für die Ausgestaltung der Einbeziehung von Crowdworkern in die Sozialversicherungen relevante Erkenntnisse aus dem Ausland.....	125
3. Zusammenfassende Thesen zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung.....	128
IV. Der Betriebsbegriff sowie Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung	130
1. Der Betriebsbegriff des BetrVG	130
a) Relevanz des Betriebsbegriffs	131
b) Der Betriebsbegriff des BetrVG.....	133
aa) Definition	133
bb) Sonderfall der gewillkürten Strukturen gem. § 3 BetrVG	148
cc) Herausforderungen durch Matrixstrukturen.....	151
c) Einbezogener Kreis der Arbeitnehmer gem. § 5 BetrVG.....	156
d) Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeberbegriff.....	157
e) Gesetzgeberische Anpassungsvorschläge.....	158
aa) Erweiterung der Möglichkeiten des § 3 BetrVG <i>de lege ferenda</i>	158
bb) Flexibilisierung in zeitlicher Hinsicht	160
f) Zusammenfassende Stellungnahme	161
2. Betriebliche Mitbestimmung	162
a) Wahl des Betriebsrats.....	162
b) Anpassungsbedarf der Betriebsratstätigkeit	163
aa) Betriebsratssitzungen und Beschlussfassung	163
bb) Virtuelle Betriebsversammlung.....	164
cc) Einholung externen Sachverständs	165
c) Herausforderungen an die Mitbestimmungsrechte	166
3. Zusammenfassung in Thesen.....	168
C. Literaturverzeichnis.....	170

A. Einleitung, Motivation, Vorgehensweise

Die Digitalisierung der Arbeitswelt ist ein vielschichtiges Phänomen, das sowohl in der wissenschaftlichen als auch in der politischen Debatte große Aufmerksamkeit erfährt. Die Veränderungen der Beschäftigungs- und Lohnstruktur, zu denen der digitale Wandel bereits geführt hat und noch führen wird, sind vielfältig. In letzter Zeit steht die Entstehung neuer Erwerbsformen besonders im Fokus.

Neue Informations- und Kommunikationstechnologien bieten eine zunehmende Flexibilität der Arbeitsorganisation. Viele Berufe können heute unabhängig von zeitlichen oder räumlichen Beschränkungen ausgeübt werden. Mit den zunehmenden Möglichkeiten geht auch ein kultureller Wandel der Arbeitswelt einher: Agiles Projektmanagement, das stark auf Eigenmotivation und Selbstbestimmung der einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmer eines Arbeitsprojektes setzt, gewinnt an Bedeutung. Gleichzeitig scheinen die Ansprüche der Konsumentinnen und Konsumenten an die Flexibilität und Geschwindigkeit zu wachsen, mit der Waren und Dienstleistungen bereitgestellt werden. Alle diese Entwicklungen stellen in Frage, ob herkömmliche Beschäftigungsverhältnisse zwischen Arbeitgeberinnen bzw. Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern angemessen den Herausforderungen gerecht werden können. Eine neue Form der Erwerbstätigkeit, die geradezu paradigmatisch für die neuen Herausforderungen steht, ist das sogenannte **Crowdwork**, also die Vergabe von Arbeitsaufträgen über Onlineplattformen.

Diese Entwicklung bedarf besonderer Aufmerksamkeit. Damit sowohl der arbeitsrechtliche Schutz und eine ausreichende soziale Absicherung der Erwerbstätigen als auch die Innovationsfähigkeit der deutschen Unternehmen zukünftig gewährleistet sind, bedarf es einer umfassenden Überprüfung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und gegebenenfalls Anpassungen an den digitalen Wandel. Unverzichtbar ist dabei die Einbeziehung sowohl der rechtswissenschaftlichen als auch der ökonomischen Perspektive. Das vorliegende Gutachten baut auf der bestehenden Literatur beider Disziplinen auf und entwickelt auf dieser Grundlage Thesen und Handlungsempfehlungen für die Gestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen der Arbeitsmarktentwicklungen, die der digitale Wandel mit sich bringt.

Das erste Kapitel des Gutachtens bietet eine Bestandsaufnahme der hier im Fokus stehenden Formen der Erwerbstätigkeit. Neben der Darstellung empirischer Erkenntnisse zu ihrer Verbreitung erfolgt eine Charakterisierung der speziellen Eigenheiten von Plattformarbeit und der damit verbundenen Chancen und Risiken. Das zweite Kapitel ist der arbeitsrechtlichen Einordnung der neuen Erwerbstätigkeitsformen gewidmet. Neben der Anwendbarkeit des bestehenden Rechts werden Anpassungsmöglichkeiten geprüft. Das vierte Kapitel fokussiert auf die soziale Sicherung der Erwerbstätigen. Zunächst erfolgt eine Bestandsaufnahme zu Umfang und Reichweite des bestehenden Sozialversicherungsschutzes. Anschließend werden Kriterien dafür entwickelt, unter welchen Umständen soziale Sicherung gesellschaftlich zu organisieren ist. Auf dieser Grundlage werden Vorschläge zur Anpassung der sozialen Sicherungssysteme entwickelt. Das

letzte Kapitel ist dem Betriebsbegriff gewidmet und den Herausforderungen, vor die die Plattformarbeit die betriebliche Mitbestimmung stellt.

B. Untersuchung

I. Erfassung neuer Formen der Erwerbstätigkeit und allgemeine Einschätzung ihrer Chancen und Herausforderungen

Dieses Kapitel dient einer Bestandsaufnahme der neuen Formen der Erwerbstätigkeit. Der erste Teil des Kapitels fasst die Ergebnisse bestehender empirischer Untersuchungen zur Verbreitung der neuen Erwerbsformen zusammen. Ein besonderer Fokus dieses Gutachtens liegt auf der Vergabe von Arbeitsaufträgen über Plattformen, also auf dem so genannten Crowdwork. Der zweite Teil dieses Kapitels ist der besonderen Bedeutung multilateraler Vertragsverhältnisse auf Plattformarbeitsmärkten gewidmet. Im dritten Teil dieses Kapitels erfolgt eine allgemeine Einschätzung der Chancen und Risiken, die mit der zunehmenden Verbreitung der neuen Formen der Erwerbstätigkeit einhergehen.

Da ein besonderer Fokus dieses Gutachtens auf dem Phänomen des Crowdwork liegt und der Begriff in der einschlägigen Literatur nicht einheitlich verwendet wird, ist vorab eine Begriffsklärung notwendig. Im Rahmen dieses Gutachtens gelten die folgenden Begriffsdefinitionen:¹

Oberbegriffe für Arbeit, die über Internetplattformen vermittelt wird, sind „**Plattformarbeit**“ und „**Crowdwork**“. Sie werden im Folgenden synonym verwendet. Die Plattformen treten als Intermediäre zwischen den auftragserteilenden Unternehmen und den Dienstleistern auf. Auf Crowdwork-Märkten werden erstere als „**Crowdsourcer**“ und letztere als „**Crowdworker**“ oder „Plattformarbeiterinnen bzw. Plattformarbeiter“ bezeichnet. Crowdwork zeichnet sich dadurch aus, dass sich die über Plattformen ausgeschriebenen Aufträge an eine unbestimmte Menge von Personen (die „Crowd“) richten. Crowdwork wird nach der hier zugrundeliegenden Definition immer gegen Entgelt ausgeführt.

Crowdwork umfasst innerhalb der genannten Definition sehr unterschiedliche Phänomene. Wenn plattformvermittelte Arbeitsleistungen ortsunabhängig erbracht werden, werden sie als „**Cloudwork**“ bezeichnet. Um Cloudwork handelt es sich beispielsweise, wenn ein Unternehmen Software-Produkte verbessern möchte und dafür Leistungen von Crowdworkern einkauft, die an einem beliebigen Ort an der Software arbeiten. Cloudworker wiederum werden unterschieden nach niedrigqualifizierten Clickworkern und hochqualifizierten Cloudworkern. Die Tätigkeiten können alles umfassen, was nicht von Computern erledigt werden kann, aber Computerarbeit erfordert.² Beispiele sind Datenkategorisierungen, Transkription von Audio-Aufnahmen, Plagiatsprüfungen, Content-Erstellung, Recherche-Arbeiten, Tagging (Verschlagwortung, Kategorisierung etc.), Produktdatenpflege, Call Center Tätigkeiten, Programmier Tätigkeiten

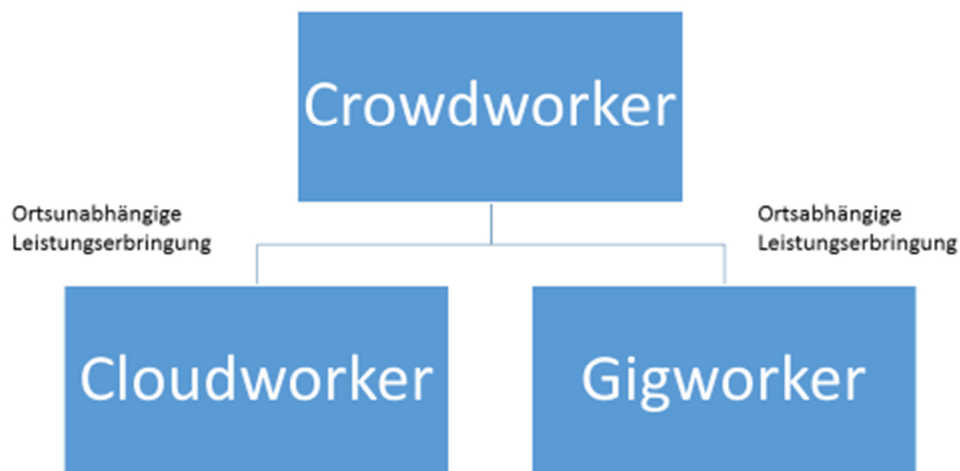
¹ Die wichtigsten Begrifflichkeiten wurden in ähnlicher Weise von *Greeff/Schröder* 2017 definiert.

² *Amazon Mechanical Turk* nennt die als Cloudwork vergebenen Tätigkeiten auch „*Human Intelligence Task*“ (kurz HIT).

sowie Design von Logos, Werbung etc.³ Während einzelne Plattformen ausschließlich auf Microjobs ausgerichtet sind, die in der Regel von den Cloudworkern mit dem Smartphone in wenigen Sekunden oder Minuten erledigt werden können,⁴ sind bei anderen Plattformen auch komplexere Aufgaben als Aufträge möglich. So sind z.B. *Crowdguru* und *Amazon Mechanical Turk* in ihrer Geschäftsmodellbeschreibung für jegliche Aufträge offen.⁵ Andere Plattformen sind auf spezielle Tätigkeiten ausgerichtet, wie z.B. Graphikdesign-Plattformen.⁶

Als „**Gigwork**“⁷ bezeichnet werden plattformvermittelte Arbeitsleistungen, die vor Ort ausgeführt werden. Beispielsweise handelt es sich bei Putzdiensten, die über Plattformen vermittelt werden, um Gigwork. Für die ortsabhängige Plattformarbeit hat sich außerdem der Begriff "work on demand" etabliert. Auch Gigworker können sowohl hoch- als auch niedrigqualifiziert sein.

Abbildung 1: Cloud- und Gigwork



Eine weitere Differenzierung⁸ bezieht sich auf die Rolle der Plattformen. Einige Plattformen stellen lediglich die technische Infrastruktur bereit und beschränken sich auf die Rolle des Vermittlers zwischen den

³ Einen Überblick über die verschiedenen Tätigkeiten und ihre Verbreitung bietet z. B. *Pesole/Urzi Brancati/Fernández-Macías/Biagi/González Vázquez* 2018, S. 34ff (die Ausführungen beziehen sich sowohl auf Cloudwork als auch auf Gigwork).

⁴ So z.B. Streetspotr und Clickworker.

⁵ Vgl. die Internetpräsenz von *Crowdguru* unter www.crowdguru.de unter dem Stichwort Leistungen und von *Amazon Mechanical Turk* unter <https://www.mturk.com/>. Eine flächendeckende Untersuchung, welche Aufgaben mit welchem Anforderungsniveau über das Crowdwork vergeben werden, kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht geleistet werden.

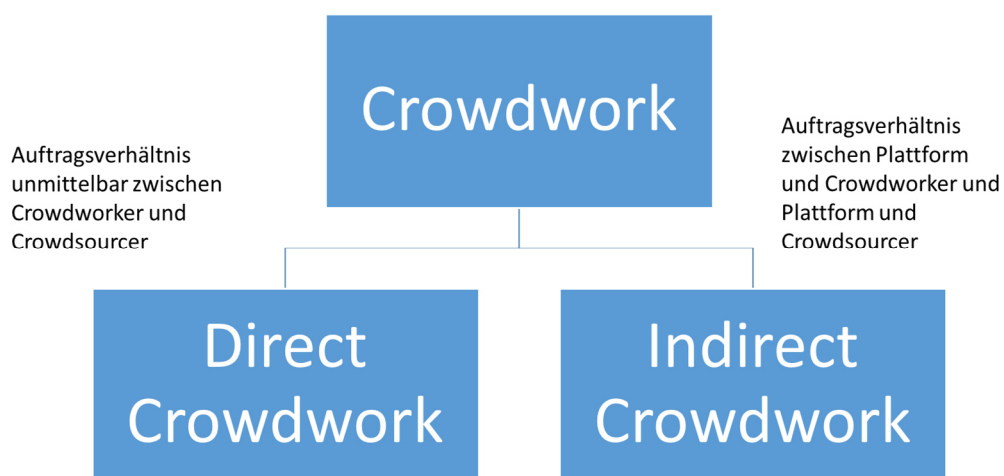
⁶ So z.B. 99designs oder Designenlassen.de.

⁷ „Gig“ = bezahlte Musikaufführung.

⁸ Vgl. z. B. *Leist/Hiebl/Schlachter* 2017, S. 9.

Marktseiten. In einem solchen Fall schließt die Plattform nur Nutzungsverhältnisse mit den einzelnen Beteiligten, zwischen denen dann unmittelbar ein konkretes Auftragsverhältnis geschlossen wird („**Direct Crowdwork**“). Andere Plattformen spielen eine zentralere Rolle, da sie auch in die einzelnen Auftragsbeziehungen involviert sind („**Indirect Crowdwork**“).⁹ In diesen Fällen besteht gar kein „direktes“ Vertragsverhältnis zwischen Crowdsourcern und Crowdworkern.¹⁰

Abbildung 2: Direct und Indirect Crowdwork



Insbesondere in der rechtlichen Diskussion zur Einordnung von Crowdworkern wird der Begriff **Crowdwork** häufig **im engeren Sinne** verstanden und umfasst **nur** den Bereich des **Cloudwork**. Da die Begrifflichkeiten auch nicht in allen empirischen Untersuchungen, auf die im Folgenden Bezug genommen wird, übereinstimmend verwendet werden, werden Abweichungen entsprechend deutlich gemacht.

1. Entwicklung der neuen Formen der Erwerbstätigkeit

Bislang ist nicht davon auszugehen, dass Plattformarbeit die beherrschende Arbeitsform der Zukunft darstellt, wahrscheinlicher ist es vielmehr, dass **Plattformarbeit** auch zukünftig nur eine spezielle Form der Erwerbstätigkeit neben vielen weiteren Formen bleibt.

⁹ Zum Direct und Indirect Crowdwork ausführlich noch Abschnitt II.1.c) aa).

¹⁰ In einigen Untersuchungen wird zudem die Unterscheidung zwischen unternehmens- und verbraucherbezogenen Geschäftsmodellen vorgenommen und die Definition von Crowdwork auf solche Tätigkeiten beschränkt, bei denen Unternehmen Aufträge vergeben (siehe zum Beispiel Krause 2016). Die Differenzierung des Crowdwork nach unternehmerischen und privaten Auftraggeberinnen bzw. Auftraggebern lässt jedoch keine vollständige Kategorisierung zu. Sie wird regelmäßig Plattformarbeit nicht gerecht, an der mehr als drei Akteursgruppen beteiligt sind, wie beispielsweise auf Lieferdienstplattformmärkten, auf denen Plattformen, Fahrerinnen bzw. Fahrer, Restaurants und Endverbraucherinnen bzw. Endverbraucher in Beziehung zueinanderstehen.

Ein übergeordneter Trend ist die zunehmende Bedeutung von **Solo-Selbstständigkeit**, die sich sowohl institutionell als auch durch die zunehmende Flexibilisierung der Arbeitswelt im Zuge des technologischen Wandels plausibilisieren lässt.

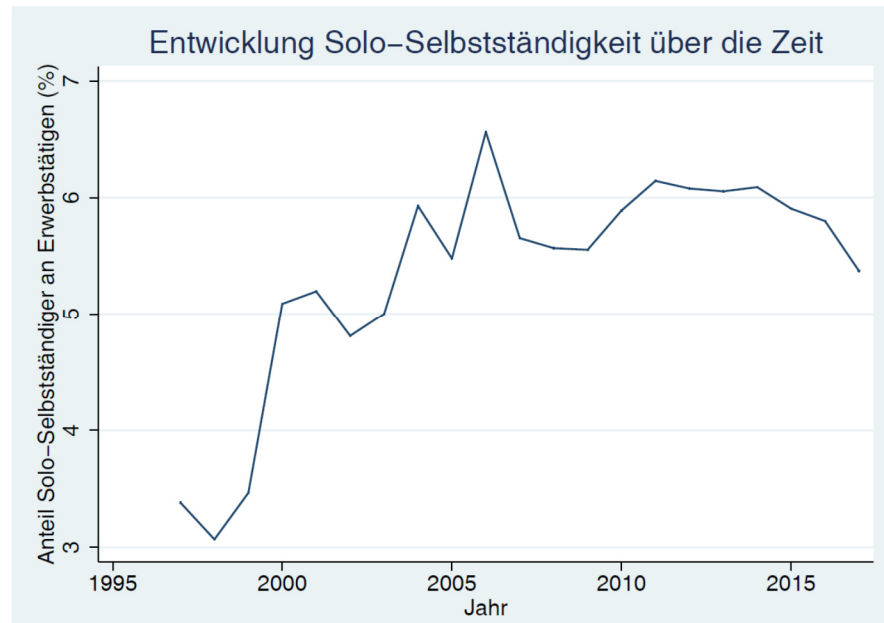
Studien zur Entwicklung der Solo-Selbstständigkeit über die Zeit liefern unterschiedliche Ergebnisse, da die empirische Erfassung der Solo-Selbstständigkeit mit methodischen Schwierigkeiten behaftet ist. Die Ergebnisse von entsprechenden Befragungen hängen davon ab, welche Definition von Solo-Selbstständigkeit verwendet und den Befragten vermittelt wird. Ausschlaggebend kann zum Beispiel sein, ob die Befragten nur dann mit den Fragen konfrontiert werden, ob sie selbstständig tätig sind und ob sie Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter haben, wenn sie sich zuvor als Erwerbstätige eingeordnet haben. Zu vermuten ist, dass in manchen Datensätzen ein Teil der Solo-Selbstständige nicht als solche erfasst wird, weil sie sich selbst nicht als Erwerbstätige klassifizieren.

Grundsätzlich ist eine Zunahme der Solo-Selbstständigkeit über die letzten Jahrzehnte erkennbar. So zeigt sich in einer Studie von *Brenke/Beznoska*¹¹ auf Grundlage von Eurostat-Daten eine Zunahme der Anzahl der Solo-Selbstständigen um 40 % zwischen 1991 und 2014. Im Rahmen einer Studie von *Maier/Ivanov*¹², für die neben Eurostat-Daten Informationen aus dem European Labor Force Survey ausgewertet wurden, wurde eine Zunahme des Anteils der Solo-Selbstständigen an allen Erwerbstätigen von 4,6 auf 5,6 Prozent zwischen 1996 und 2016 berechnet. Ein zwischenzeitliches Hoch erreichte der errechnete Anteil im Jahr 2011 mit 6,3 Prozent.

Eine Auswertung des Sozio-oekonomischen Panels zeigt qualitativ eine ähnliche Entwicklung (vgl. Abbildung 3).

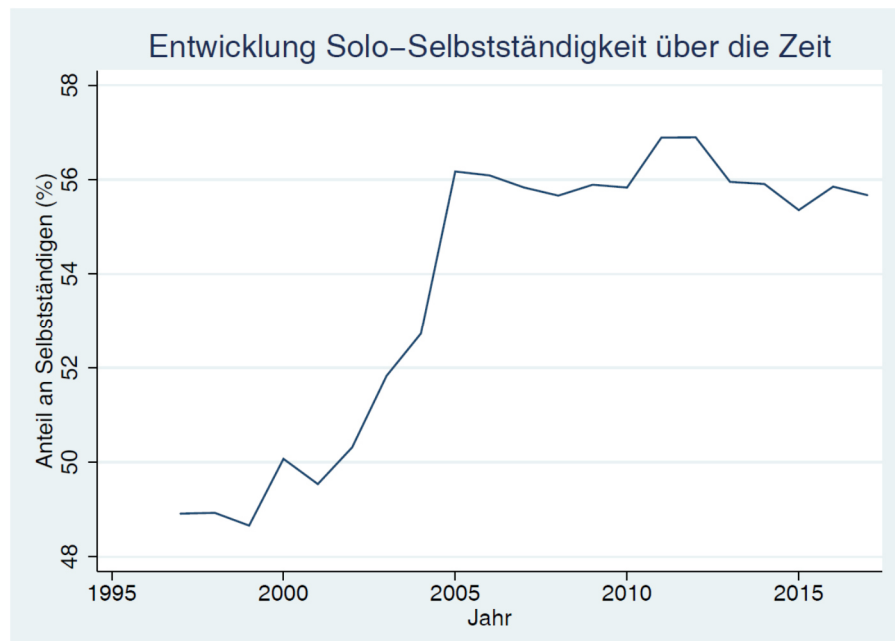
¹¹ Brenke/Beznoska 2016.

¹² Maier/Ivanov 2018.

Abbildung 3: Solo-Selbstständigkeit

Quelle: Sozio-oekonomisches Panel, eigene Berechnungen. Als „Solo-Selbstständige“ sind hier alle befragten Personen berücksichtigt, die angegeben haben, Freiberufler oder sonstige Selbstständige zu sein (ohne Landwirte und mithelfende Familienangehörige) und keine Mitarbeiter zu haben.

Auch innerhalb der Gruppe der Selbstständigen hat die Bedeutung der Solo-Selbstständigen zugenommen. Eine entsprechende Auswertung von Eurostat-Daten zeigt, dass die Mehrheit der Selbstständigen 1997 Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter beschäftigte, während heute die Mehrheit der Selbstständigen zu den Solo-Selbstständigen zählt (vgl. Abbildung 4).

Abbildung 4: Solo-Selbstständigkeit

Quelle: Eurostat, eigene Berechnungen. Solo-Selbstständige sind hier „Selbstständige ohne Mitarbeiter“.

Die Zunahme der Solo-Selbstständigkeit lässt sich keineswegs vollständig auf die Digitalisierung zurückführen. Im Zuge der Hartz-Reformen wurde 2003 eine staatliche Förderung für die Gründung von Einzelunternehmen durch Arbeitslose eingeführt (die so genannten „Ich-AGs“). Diese institutionelle Änderung dürfte den Anstieg der Solo-Selbstständigkeit in den Folgejahren maßgeblich bedingt haben.

Im vorliegenden Gutachten liegt ein **besonderer Fokus** auf **Crowdworkern**, die überwiegend zu den Solo-Selbstständigen zählen. Auch wenn bislang nicht davon auszugehen ist, dass es sich zukünftig um die vorherrschende Beschäftigungsform handeln wird, ist eine spezifische Analyse besonders lohnenswert, da sich Plattformarbeit erheblich von herkömmlichen Beschäftigungsformen unterscheidet.

Die Datenlage zur Plattformarbeit bietet noch keine eindeutigen Erkenntnisse. Das liegt insbesondere daran, dass es sich um ein recht neues Phänomen handelt, das dementsprechend noch nicht über einen längeren Zeitraum untersucht wurde. Zudem werden sehr unterschiedliche Definitionen von Plattformarbeit verwendet, sodass der Untersuchungsgegenstand nicht einheitlich abgegrenzt wird (siehe dazu auch die Einleitung zu diesem Kapitel). Eine Meta-Studie von *Maier/Viete/Ody*¹³ zu den empirischen Erkenntnissen über Plattformarbeit zeigt, dass die Ergebnisse verschiedener Studien aus diesen Gründen stark voneinander abweichen. Das gilt auch für die Erkenntnisse zu Plattformarbeit in Deutschland, von denen einige im Folgenden zusammengefasst werden. Die aufgeführten Studien setzen unterschiedliche Schwerpunkte.

¹³ Maier/Viete/Ody 2017.

Im Rahmen einer Studie von *Bonin/Rinne*¹⁴ wurden 2017 circa 10.000 deutschsprachige Erwachsene telefonisch gefragt, ob sie derzeit Arbeitsaufträge ausführen, die sie über das Internet oder eine App akquiriert haben. Weniger als ein Prozent der Befragten gab an, entsprechend beschäftigt zu sein. Ungefähr 0,3 Prozent übten Tätigkeiten aus, die nach der hier geltenden Definition zum **Cloudwork** zählen, da Aufträge online ausgeführt wurden. 0,6 Prozent leisteten **Gigwork**, indem sie plattformvermittelte Aufträge in der realen Welt ausführten.¹⁵ Die Studie zeigt auch, dass ein Zusammenhang zwischen bestimmten soziodemographischen Merkmalen und der Wahrscheinlichkeit besteht, dass jemand am Crowdwork partizipiert: Männer, Besserqualifizierte und Jüngere gaben häufiger an, Plattformarbeit nachzugehen. Die Studie dokumentiert darüber hinaus, dass die große Mehrheit der Plattformarbeiterinnen und Plattformarbeiter nur einen Nebenverdienst mit einer solchen Tätigkeit erzielten. Die Autoren betonen grundsätzlich, dass für belastbare Aussagen zur Verbreitung der Plattformarbeit weitere Untersuchungen mit großen Fallzahlen notwendig sind.

In einer Studie von *Huws et al*¹⁶ wurden 2017 Menschen aus verschiedenen europäischen Ländern¹⁷ zu ihrer Erfahrung mit Plattformarbeit befragt. In Deutschland nahmen 2.180 Menschen an der Online-Befragung teil. Auch die Autorinnen und Autoren dieser Studie heben hervor, wie schwierig eine eindeutige Erfassung der Verbreitung von Plattformarbeit ist und wie stark sich die verschiedenen Formen der Plattformarbeit voneinander unterscheiden. Auf Grundlage einer breiten Definition, die weitgehend der hier zugrunde gelegten entspricht, gaben 12 Prozent der in Deutschland Befragten an, schon einmal Plattformarbeit ausgeführt zu haben. Damit lag Deutschland innerhalb einer Spannweite von 9 bis 22 Prozent im europäischen Ländervergleich eher im unteren Bereich. Die dem Anschein nach bestehende Diskrepanz zwischen den Ergebnissen dieser und denen der zuvor genannten Studie kann zum Teil dadurch erklärt werden, dass sich die Befragungen auf unterschiedliche Zeiträume bezogen. In einem Fall waren die Befragten aufgefordert anzugeben, ob sie zum Befragungszeitraum Plattformarbeit nachgingen (*Bonin/Rinne*). Im anderen Fall wurden sie nach ihren bisherigen Erfahrungen mit Plattformarbeit gefragt, also auch nach solchen Tätigkeiten, die zum Befragungszeitraum bereits in der Vergangenheit lagen (*Huws et al*). Unklar ist, ob dieser Unterschied tatsächlich die vollständige Diskrepanz zwischen den erhobenen Werten erklären kann.

Auch die Studie von *Huws et al* zeigt, dass die Mehrheit der Menschen mit Crowdwork-Erfahrung weniger als die Hälfte ihres Einkommens mit entsprechenden Tätigkeiten generiert. Vor diesem Hintergrund ist zu interpretieren, dass sich in Deutschland nur 9 Prozent derjenigen, die jemals Crowdwork ausgeführt hatten,

¹⁴ Bonin/Rinne 2017.

¹⁵ Die Differenzierung zwischen der ortsabhängigen und ortsunabhängigen plattformbasierten Erwerbstätigkeit erfolgt in der Studie von *Bonin/Rinne* anhand anderer Begrifflichkeit. Als „Crowdwork/ing“ wurde bezeichnet, was im vorliegenden Gutachten „Cloudwork“ genannt wird. Als „Plattformarbeit“ wurde bezeichnet, was hier „Gigwork“ heißt.

¹⁶ Huws/Spencer/Syrdal/Holts 2017.

¹⁷ Österreich, Deutschland, Italien, Niederlande, Schweden, Schweiz und Großbritannien.

selbst als Selbstständige bezeichneten. Dies muss nicht bedeuten, dass die Befragten ihre Plattformarbeit nicht als selbstständige Arbeit klassifizierten, sondern könnte auch daran liegen, dass sie zusätzlich oder inzwischen nur noch einer abhängigen Beschäftigung nachgingen. Allerdings lag der Anteil derjenigen, die sich selbst als selbstständig bezeichneten, auch unter solchen Befragten, die angaben, mindestens wöchentlich Plattformarbeit nachzugehen, in Deutschland nur bei 11 Prozent. Unter denjenigen, die mindestens die Hälfte ihres Einkommens mit Plattformarbeit generierten, lag dieser Anteil in Deutschland bei 16 Prozent. Auch in den anderen betrachteten Ländern, waren diese Anteile nicht wesentlich größer oder sogar kleiner. Eine weitere Befragung, die 2017 in 14 Mitgliedstaaten der europäischen Union durchgeführt wurde („COLLEEM“-Umfrage), liefert ähnliche Ergebnisse zur Verbreitung von Plattformarbeit. Von den deutschen Befragten gaben 11,8 Prozent an, schon einmal ortsabhängige oder ortsunabhängige Plattformarbeit ausgeführt zu haben. In ihrer Auswertung dieser Befragung weisen *Pesole et al*¹⁸ allerdings daraufhin, dass die Befragung lediglich zum Ziel hatte, repräsentativ für alle Internetnutzer zwischen 16 und 74 Jahren zu sein. Sie nutzen deshalb Informationen über die Verbreitung der Internetnutzung in den ausgewählten Ländern, um den Anteil der Personen an der Gesamtbevölkerung abzuschätzen, die schon einmal Crowdwork erledigt haben. Für Deutschland berechnen sie einen Anteil von 10,4 Prozent.

Eine Studie von *Ohnemus/Erdsiek/Viete*¹⁹ untersucht die Nutzung von Crowdwork in deutschen Unternehmen der Informationswirtschaft, von denen vierteljährlich ungefähr 1.000 durch das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung befragt werden. Auffällig ist, dass die Bekanntheit von Plattformarbeit in den befragten Unternehmen deutlich zunahm: Während im vierten Quartal 2014 lediglich etwas mehr als die Hälfte der Unternehmen angaben, dass ihnen das Konzept des Crowdwork²⁰ bekannt sei, galt dies im dritten Quartal 2016 bereits für mehr als drei Viertel der befragten Unternehmen. Dennoch wurde im gleichen Zeitraum keine entsprechende Steigerung der Nutzung von Plattformarbeit festgestellt. Zu beiden Zeitpunkten lag die Verbreitung im niedrigen einstelligen Prozentbereich. 2016 nutzen 3,2 Prozent der befragten Unternehmen Crowdwork. Weitere 1,1 Prozent planten, bis spätestens Ende 2017 mit der Nutzung zu beginnen. In manchen anderen Ländern ist die Nutzung von Crowdwork bereits verbreiteter. Von deutschen Crowdsourcern gehen lediglich ca. 2 Prozent der globalen Cloudwork-Nachfrage aus, während auf Crowdsourcer aus den USA ca. 44 Prozent der Nachfrage entfallen.²¹

¹⁸ Pesole/Urzi Brancati/Fernández-Macías/Biagi/González Vázquez 2018, S. 15.

¹⁹ Ohnemus/Erdsiek/Viete 2016.

²⁰ Die in dieser Studie verwendete Definition von Plattformarbeit beschränkt sich auf die „Vergabe von traditionell unternehmensinternen Aufgaben und Projekten über Onlineplattformen an externe Arbeitskräfte, die diese Aufträge gegen Bezahlung durchführen“ (S. 3) und damit auf Unternehmen als auftragserteilende Akteure. Da es sich ohnehin um eine Unternehmensbefragung handelt, macht das für die Interpretation der Ergebnisse keinen grundlegenden Unterschied.

²¹ Kässi/Lehdonvirta 2018. Auch diese Ergebnisse beziehen sich nur auf ortsunabhängige Plattformarbeit.

Eine Studie von *Mrass/Peters*²² fokussiert auf die Betreiberinnen und Betreiber von Plattformen. Im Rahmen dieser Studie machten 21 Plattformen im Jahr 2016 Angaben zu ihrem Geschäftsmodell. Die Gründung der Plattformen lag im Durchschnitt sieben Jahre zurück, worin sich widerspiegelt, dass Plattformarbeit noch ein relativ junges Phänomen ist. Die befragten Plattformen erzielten gemessen am Vorjahr einen Umsatzzuwachs von durchschnittlich 90 Prozent. Lediglich zwei der befragten Plattformen verzeichneten einen Umsatzrückgang. Auch die angegebenen Erwartungen bezüglich zukünftiger Umsatzentwicklungen waren fast ausschließlich positiv. Sofern diese Angaben den tatsächlichen Einschätzungen entsprechen, zeigt sich hier die Erwartung der Plattformbetreiberinnen und Plattformbetreiber, dass die Vermittlung von Plattformarbeit ein aufstrebendes Geschäftsmodell ist.

Zur Einordnung der Relevanz von Plattformarbeit in Europa im globalen Vergleich kann eine Studie von *Berg et al*²³ herangezogen werden, für die Crowdworker von fünf global operierenden Plattformen befragt wurden. Im Vergleich zu anderen Kontinenten kamen besonders viele der befragten Plattformarbeiterinnen und Plattformarbeiter aus Europa und Zentralasien. Eine Studie von *Lehdonvirta et al*²⁴, für die Daten über den Traffic der fünf größten Cloudwork-Plattformen genutzt wurden, gibt Indien, Bangladesch und Pakistan als die Länder mit den größten Marktanteilen auf Seite der Crowdworker an. Deutschland liegt in dieser Auswertung auf dem elften Platz. Noch davor liegen unter anderem die USA (Platz 4) und das Vereinigte Königreich (Platz 6).

Neben den Crowdworkern selbst sind weitere Gruppen von dem Phänomen der Plattformarbeit betroffen, weil sie in Komplementär- oder Substitutionsbeziehungen zu Crowdworkern stehen. Solche Beziehungen untersucht zum Beispiel eine Studie von *Berger et al*²⁵ auf Taximärkten. Analysiert werden die Folgen des Markteintritts der Plattform Uber in den USA, die Fahrdienstleistungen vermittelt. Die Auswirkungen lassen sich identifizieren, weil Uber in verschiedenen US-amerikanischen Städten zu unterschiedlichen Zeitpunkten eingeführt wurde. Auf dieser Datengrundlage stellen die Autoren zwar keine negativen Auswirkungen auf den Beschäftigungsumfang auf herkömmlichen Taximärkten fest. Es ergab sich jedoch ein messbarer negativer Einfluss eines Markteintritts von Uber auf den Stundenlohn der abhängig beschäftigten etablierten Fahrerinnen und Fahrer.

Plattformarbeit ist ein reales Phänomen in Deutschland. Ob und inwieweit seine Verbreitung zukünftig zunehmen wird und welche Effekte davon wiederum auf andere Beschäftigtengruppen ausgehen werden,

²² Mrass/Peters 2017.

²³ Berg/Furrers/Harmon/Ranis/Silberman 2018.

²⁴ Lehdonvirta/Kässi/Hjorth/Barnard/Graham 2018.

²⁵ Berger/Chen/Frey 2017.

lässt sich kaum abschätzen, weil den bisher veröffentlichten Studien keine aussagekräftigen Trends zu entnehmen sind. Etabliert sich Plattformarbeit als ein fester Bestandteil des Arbeitsmarktes, scheint die Prüfung der institutionellen Rahmenbedingungen auch bei mäßiger Verbreitung geboten.

2. Besondere Bedeutung multilateraler Vertragsverhältnisse bei Plattformarbeit

Da Plattformen Transaktionen zwischen mindestens zwei Marktseiten vermitteln, werden Plattformmärkte als mehrseitige Märkte bezeichnet. Auf solchen Märkten ergeben sich multilaterale Vertragsverhältnisse zwischen mindestens drei Parteien. Auf Crowdwork-Märkten sind neben der Plattform mindestens ein auftragserteilender Crowdsourcer und ein auftragsnehmender Crowdworker involviert. Auf einigen Crowdwork-Märkten ergeben sich noch kompliziertere Konstellationen. Auf Märkten zum Beispiel, auf denen Plattformen Lieferdienstleistungen vermitteln, die darin bestehen, dass Mahlzeiten von einem Restaurant zu einer Kundin bzw. einem Kunden transportiert wird, ergeben sich Beziehungen zwischen mindestens vier Akteursgruppen (Plattform, Fahrerin bzw. Fahrer, Restaurantbetreiberin bzw. Restaurantbetreiber und Kundin bzw. Kunde).

Die Mehrseitigkeit von Plattformmärkten führt nicht nur auf Crowdwork-Märkten zu Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Marktgeschehens. Zum Beispiel steht das Bundeskartellamt vor großen Herausforderungen bei der Unterbindung missbräuchlicher Preissetzung auf Plattformmärkten.²⁶ Arbeitsmärkte bergen besonderes Konfliktpotential, da die spezielle Beziehung zwischen Arbeitgeberinnen bzw. Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern einer sehr ausgeprägten Regulierung unterliegt. Auf Crowdwork-Märkten steht die Anwendbarkeit zentraler arbeitsrechtlicher Vorschriften in Frage. Die folgenden Kapitel dieses Gutachtens gehen diesem Problem im Einzelnen nach.

Dabei ist zu beachten, dass sich auf mehrseitigen Plattformmärkten in unterschiedlichen Beziehungen Machtasymmetrien ergeben können, die möglicherweise Schutzbedürftigkeiten begründen. Aus ökonomischer Sicht ergibt sich Marktmacht daraus, dass für eine Marktseite keine ausreichenden Substitutionsmöglichkeiten bestehen und somit Abhängigkeiten entstehen.²⁷ Machtasymmetrien können unter anderem zwischen Crowdworkern und Crowdsourcern bestehen. Dass einzelne Crowdworker ausgeprägte Markt-

²⁶ Auf Plattformmärkten müssen dabei Preisstruktur und Preisniveau auf beiden Marktseiten berücksichtigt werden, weil die Preisbildung auf der einen Marktseite von der Preisbildung auf der anderen Marktseite abhängt (Bundeskartellamt 2015, S. 30). Erlöse werden üblicherweise vor allem auf der Marktseite generiert, die stärker von einer steigenden Teilnehmerzahl auf der anderen Marktseite profitiert (Haucap/Wenzel 2011, S. 203). Hingegen können Nutzergruppen, von denen besonders große indirekte Netzwerkeffekte ausgehen, Plattformen häufig sogar unentgeltlich nutzen, da sie ihre „Gegenleistung“ in Form von Aufmerksamkeit für die andere Marktseite erbringen (Bundeskartellamt 2015, S. 16).

²⁷ Während aus ökonomischer Sicht insbesondere die marktbeherrschende Stellung eines Marktakteurs Möglichkeiten zur Ausbeutung anderer Marktakteure birgt, ist die rechtswissenschaftliche Perspektive auf eine mögliche Machtasymmetrie und damit verbundene Schutzbedürftigkeit von Erwerbstätigen eine gänzlich andere: So kommt es aus juristischer Sicht weniger darauf an, ob Crowdworker ihre Dienstleistungen auch über andere Plattformen oder andere Kanäle erbringen könnten, als darauf, dass sie praktisch hauptsächlich über eine Plattform tätig werden und diese Plattform die Vertragsbedingungen deutlich beeinflusst.

macht haben, erscheint jedoch unwahrscheinlich. Per Definition werden Plattformarbeiten an eine unbestimmte Gruppe von potentiellen Auftragnehmerinnen und Auftragnehmern ausgeschrieben, die damit üblicherweise im Wettbewerb zueinanderstehen. Dass Auftraggeberinnen oder Auftraggeber Marktmacht auf Crowdwork-Märkten haben, erscheint grundsätzlich zwar eher denkbar. Da Plattformarbeit unterschiedliche Tätigkeiten in verschiedenen Branchen umfasst, kann jedoch nur im Einzelfall anhand der jeweiligen Marktcharakteristika geprüft werden, ob Marktmacht besteht. Darüber hinaus können die Beziehungen der beiden Marktseiten zur Plattform von Machtasymmetrien geprägt sein. Auch ob Plattformen Marktmacht haben, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Plattformmärkte weisen aber durchaus Charakteristika auf, die niedrige Wettbewerbsintensitäten zwischen verschiedenen Plattformen begünstigen. Je weniger gut Crowdworker ihre Leistungen auf anderen Wegen anbieten können bzw. je weniger gut Crowdsourcer andere Kanäle für die Auftragsvergabe nutzen können, desto eher würde eine niedrige Wettbewerbsintensität auf einem Plattformmarkt tatsächlich mit Marktmacht einhergehen. Eine hohe Wettbewerbsintensität auf Plattformmärkten ist jedoch nicht eindeutig vorhersagbar, sondern hängt von mehreren Faktoren ab, die gegenläufig wirken können. Dazu zählen das Ausmaß von positiven Netzwerk- und Skaleneffekten, die Wahrscheinlichkeit von Überlastung, die Heterogenität der Nutzer-Präferenzen und die Attraktivität von Multi-Homing.²⁸

Zu den besonderen Merkmalen von Plattformmärkten zählen indirekte Netzwerkeffekte. Solche Effekte liegen vor, wenn der Nutzen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer einer Marktseite mit steigender Nutzerzahl auf der anderen Marktseite zunimmt. Dieses Phänomen ist für den Erfolg des Geschäftsmodells einer Plattform ausschlaggebend: Je mehr die Marktseiten von der Zusammenführung mit der jeweils anderen Marktseite profitieren, desto höheren Wert hat die Dienstleistung des Intermediärs. Indirekte Netzwerkeffekte begünstigen hohe Marktkonzentrationen in mindestens zweierlei Hinsicht: Erstens lassen sie für bestehende Kundinnen und Kunden den Wechsel zu einer anderen Plattform unattraktiv erscheinen. Zweitens erhöhen sie für weitere potentielle Nutzerinnen und Nutzer die Attraktivität einer Plattform, die bereits viele Nutzerinnen und Nutzer hat. Daraus ergeben sich selbstverstärkende Tendenzen, die bereits größere Plattformen schneller wachsen lassen. Auch auf Crowdwork-Plattformen wirken positive indirekte Netzwerkeffekte: Crowdsourcer haben ein Interesse daran, dass viele potentielle Crowdworker um einen Auftrag konkurrieren. Crowdworker wiederum haben ein Interesse daran, dass auf einer Plattform viele Aufträge ausgeschrieben werden.

Ein weiterer Faktor, der hohe Marktkonzentrationen tendenziell begünstigt, sind steigende Skalenerträge. Üblicherweise ist die Bereitstellung einer digitalen Plattform mit relativ hohen Fixkosten verbunden, wäh-

²⁸ Vgl. z. B. *Evans/Schmalensee* 2007, *Haucap/Wenzel* 2011 und *Haucap* 2015.

rend die einzelne Vermittlungsleistung vergleichsweise niedrige Grenzkosten verursacht. Je mehr Transaktionen eine Plattform durchführt, desto geringer sind die durchschnittlichen Kosten einer einzelnen Transaktion. Dies spricht ebenfalls dafür, dass sich relativ wenige große Anbieterinnen und Anbieter auf einem Plattformmarkt durchsetzen. Auch etablierte Crowdwork-Plattformen profitieren von solchen Größenvorteilen. Neben den Fixkosten, mit denen die Bereitstellung der technischen Infrastruktur verbunden ist, sind weitere Fixkostenblöcke denkbar. Möglicherweise sind Crowdwork-Plattformen noch mehr als andere Plattformen darauf angewiesen, das Vertrauen der beiden Marktseiten zu gewinnen, weil diese hinsichtlich der gehandelten Arbeitsleistungen große Risiken scheuen. Dazu können unterschiedliche Maßnahmen dienen, wie zum Beispiel die Etablierung einer Marke, die Einrichtung eines Kundenservices oder eines Reputationsaufbau ermöglichenden Bewertungssystems.

Auch bei ausgeprägten Netzwerk- und Skaleneffekten lässt sich eine hohe Marktkonzentration jedoch nicht eindeutig vorhersagen. Ob sich tatsächlich nur einige wenige Plattformen auf einem Markt etablieren können, hängt von weiteren Faktoren ab, die einer hohen Marktkonzentration entgegenwirken können.

Ein solcher Faktor ist das Risiko von Überlastung. Überlastungserscheinungen treten auf, wenn sich der Nutzen einer Plattform für die Teilnehmerinnen und Teilnehmer mit weiteren Teilnehmenden ab einer bestimmten Größe nicht mehr erhöht, sondern verringert. Sie lassen sich demnach als negative Netzwerkeffekte beschreiben. Auf manchen Plattformmärkten ist denkbar, dass diejenigen, die Güter oder Leistungen nachfragen, ab einem gewissen Punkt nicht mehr von zunehmender Auswahl profitieren, sondern sich von einer zu groß werdenden Auswahl überfordert fühlen. Auch auf Crowdwork-Märkten sind Überlastungserscheinungen grundsätzlich denkbar. Allerdings können Crowdwork-Plattformen wie alle digitalen Plattformen mit geeigneten Algorithmen Suchkosten reduzieren und Übersichtlichkeit bieten. In der digitalen Welt erscheint die Rolle von Überlastungserscheinungen insgesamt eher vernachlässigbar.

Auch die Heterogenität der Präferenzen potentieller Nutzerinnen und Nutzer bedingt die Anzahl der entstehenden Plattformen: Je unterschiedlicher die Präferenzen sind, desto mehr verschiedene Plattformen bilden sich tendenziell heraus. Auf digitalen Plattformmärkten gilt auch dies allerdings nur eingeschränkt, weil viele Plattformen personalisierte Angebote unterbreiten können und so den Wünschen unterschiedlicher Nutzerinnen und Nutzer auf einer Plattform gerecht werden. Ohnehin lässt die bloße Anzahl von Plattformen noch keine Rückschlüsse auf die Wettbewerbsintensität zu: Wenn sich eine Vielzahl von Plattformen aufgrund unterschiedlicher Präferenzen der Nutzerinnen und Nutzer herausbildet, dann stehen die Plattformen aufgrund der damit einhergehenden mangelnden Austauschbarkeit nur eingeschränkt im Wettbewerb zueinander. Letzteres trifft in besonderem Maß auf Crowdwork-Märkte zu, wenn man davon ausgeht, dass sich Plattformen auf bestimmte Tätigkeiten spezialisieren und die nachgefragten Tätigkeiten

regelmäßig nicht gegen andere Tätigkeiten substituiert werden können. Wer Essen bestellen möchte, wird eine Plattform, die Putzdienstleistungen vermittelt, kaum als Alternative in Betracht ziehen.

Hohe Marktkonzentrationen sind außerdem tendenziell umso unwahrscheinlicher, je attraktiver beziehungsweise günstiger es ist, mehrere Plattformen gleichzeitig zu nutzen („Multi-Homing“). Wenn die Marktseiten sich nicht auf die Nutzung einer Plattform beschränken, können mehrere Plattformen koexistieren. Die Möglichkeit zu Multi-Homing hängt teilweise von ähnlichen Faktoren ab wie die Möglichkeit zu einem vollständigen Plattformwechsel. Plattformwechsoptionen sind vor allem deshalb sehr relevant, weil sie bei gegebener Marktkonzentration das Missbrauchspotential marktmächtiger Plattformen maßgeblich bestimmen. Je höher die Wechselkosten sind, desto eher ist von einem so genannten Lock-in der Plattformkunden auszugehen, der Raum für Marktmachtmissbrauch eröffnet. Wechselkosten können vielfältige Ursachen haben. Ihre Höhe hängt zum Beispiel davon ab, wie einfach Profile auf einer Plattform zu erstellen sind oder wie Vertrauen in die jeweils andere Marktseite aufgebaut wird. In der digitalen Welt wirken vor allem Bewertungssysteme vertrauensschaffend, indem sie den Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmern Reputationsaufbau ermöglichen. Der Verlust der aufgebauten Reputation bei einem Plattformwechsel kann mit hohen Kosten verbunden sein. Auf Crowdwork-Märkten erscheint auch dies besonders wahrscheinlich. Wie bereits erwähnt, erfordern Transaktionen, die sich auf Arbeitsleistungen beziehen, ein hohes Maß an Vertrauen. Bewertungssysteme werden folglich auf vielen Crowdwork-Plattformen eingesetzt.

Die Marktkonzentration und die sich daraus möglicherweise ergebende Marktmacht auf Crowdwork-Märkten sind nicht eindeutig vorhersagbar. Allerdings spricht eine Reihe von Faktoren dafür, dass eine niedrige Wettbewerbsintensität nicht unwahrscheinlich ist. Grundsätzlich lässt sich aus einer hohen Marktkonzentration auf einem digitalen Plattformmarkt nicht ohne weiteres auf eine Regulierungsnotwendigkeit schließen. Die Verwirklichung positiver Netzwerk- und Skaleneffekte ist zunächst einmal ökonomisch effizient.²⁹

Kommt es auf Plattformarbeitsmärkten tatsächlich zu Machtasymmetrien, ist allerdings die Ausbeutbarkeit von Crowdworkern in Betracht zu ziehen, die keine alternativen Erwerbsmöglichkeiten haben. Grundsätzlich wären dann unterschiedliche Ausbeutungsstrategien denkbar. So berichten **Cloudworker** beispielsweise von ungerechtfertigten Ablehnungen von Arbeitsleistungen, die folglich nicht vergütet wurden. Ob es sich tatsächlich um den Missbrauch von Marktmacht handelt, ist allerdings fraglich. Eine andere mögliche Erklärung beruht darauf, dass fehleranfällige Algorithmen auf Cloudwork-Plattformen zur

²⁹ Caillaud/Jullien 2003.

Kontrolle der Aufgabenerfüllung eingesetzt werden.³⁰ Die Fehleranfälligkeit wird vermutlich zukünftig abnehmen, weil Algorithmen verbessert werden. Ohnehin wird ein dauerhaftes Bestehen am Markt auch für Plattformen nur mit ausreichend guter Reputation möglich sein.³¹

Umgekehrt gilt aber natürlich zugleich, dass das Entstehen von Plattformarbeitsmärkten bestehende Machtasymmetrien der analogen Arbeitswelt in Teilen abbauen kann. In Regionen, in denen aus irgendwelchen Gründen immobile Erwerbsuchende bisher auf wenige Auftraggeberinnen und Auftraggeber bzw. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber angewiesen waren, um überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können, kann die zusätzliche Möglichkeit der über Online-Plattformen möglichen Crowdworker-Tätigkeit aus bisherigen Abhängigkeiten befreien.

3. Diskussion von Chancen und Herausforderungen

Die zunehmende Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen geht mit Chancen und Herausforderungen einher. Positiv ist, dass sie Möglichkeiten für eine bessere Anpassung der Erwerbstätigkeit an die sonstige Lebensgestaltung bietet. In der bereits erwähnten Studie von *Berg et al* gaben durchschnittlich³² knapp 10 Prozent der befragten Crowdworker an, sie könnten nur zuhause arbeiten. Weitere mehr als 20 Prozent gaben durchschnittlich an, dass sie es bevorzugen würden, zuhause zu arbeiten. Mehr zeitliche und räumliche Flexibilität erlaubt es z. B. Eltern, die ihre Kinder betreuen, überhaupt oder in größerem Umfang am Arbeitsmarkt teilzunehmen. Vor allem viele Frauen geben als Hauptmotiv für eine Teilzeitbeschäftigung die bessere Vereinbarkeit von beruflichen und familiären Verpflichtungen an.³³ Die Möglichkeit, zuhause zu einer beliebigen Uhrzeit Tätigkeiten zu erledigen, könnte ihr Arbeitsangebot entsprechend steigern. Eine solche Entwicklung könnte weitere nachgelagerte positive Effekte mit sich bringen. So werden Verdienstunterschiede zwischen Männern und Frauen unter anderem auf die häufigere (vorübergehende) Einschränkung der Erwerbstätigkeit von Frauen nach der Geburt eines Kindes zurückgeführt.³⁴ Möglicherweise führen neue Formen der Erwerbstätigkeit tendenziell zu einer Angleichung der Verdienstmöglichkeiten.

Die räumliche Flexibilität, die per Definition insbesondere bei dem ortsungebundenen **Cloudwork** gegeben ist, hat darüber hinaus weitere Vorteile. Zu bedenken ist hier unter anderem der bereits erwähnte Effekt einer breiteren Arbeitsnachfrage in regionalen Arbeitsmärkten. In Regionen, in denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bisher nur sehr begrenzte Beschäftigungsmöglichkeiten offenstehen, herrschte auf ana-

³⁰ Der Absatz folgt bis hierher *Berg/Furrers/Harmon/Ranis/Silberman* 2018, S. 73f.

³¹ Andersherum könnte auch die bisher eher zurückhaltende Nachfrage nach Plattformarbeit darin begründet liegen, dass Crowdsourcer unsicher über die Qualität der zu erwartenden Leistungen sind. Insbesondere die Nachfrage nach solchen Arbeitsleistungen, deren detaillierte nachträgliche Kontrolle sehr aufwendig wäre, könnte durch Kontrollkosten erheblich gedämpft werden. Dazu würde z. B. die Aufgabe zählen, Videos anzuschauen und zu zählen, wie häufig ein bestimmtes Motiv vorkommt.

³² Der Durchschnitt wurde über die betrachteten Plattformen gebildet.

³³ *Wanger* 2011.

³⁴ Für eine Analyse des „motherhood pay gaps“ siehe z. B. *Grimshaw/Rubery* 2015.

logen Arbeitsmärkten bislang eine Nachfragemacht, der sich immobile Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer womöglich hilflos ausgesetzt sahen. Die über die online verfügbaren Plattformarbeitsmärkte neu hinzutretende Arbeitsnachfrage kann solche Machtasymmetrien zum Teil abbauen. Eine Reduktion langer Arbeitswege von bisherigen Berufspendlerinnen und Berufspendlern kann zudem unmittelbar deren Lebenszufriedenheit erhöhen und auch positive Auswirkungen auf das persönliche Umfeld haben, wenn in der Folge keine langen Arbeitswegzeiten mehr in Kauf genommen oder keine Fernbeziehungen mehr geführt werden müssen. Ein Rückgang des Berufspendlertums würde auch gesamtgesellschaftlich positive Wirkungen entfalten, weil negative ökologische Effekte des Pendelns reduziert würden. Nicht zuletzt bietet eine zunehmende räumliche Flexibilität Entwicklungspotenziale für den ländlichen Raum. Für viele Erwerbstätige könnten ländliche Immobilienmärkte mit niedrigerem Preisniveau als Alternative zu urbanen Immobilienmärkten in Frage kommen, wenn keine langen Arbeitswege anfallen würden.³⁵

Die Erschließung zusätzlicher Arbeitsmarktpotentiale hat in Deutschland besondere Relevanz. Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung hat in seinem letzten Jahresgutachten den durch den demographischen Wandel bedingten Fachkräftemangel als eine der zentralen Herausforderungen für die Wirtschaftspolitik hervorgehoben.³⁶ Unternehmen könnten schon deshalb zukünftig verstärkt neue Erwerbsformen nachfragen. Die Flexibilität der Erwerbsformen bietet zudem auch aus Sicht der Arbeitsnachfrage Vorteile. Sie erlaubt die Anpassung an kurzfristige Nachfrageschwankungen und an konjunkturelle Zyklen.

Die flexiblere Gestaltung der Arbeitsbedingungen kann jedoch auch mit Nachteilen für die Beschäftigten einhergehen. Tendenziell ist eine selbstständige Erwerbstätigkeit mit mehr Unsicherheit behaftet als eine abhängige Beschäftigung, weil weder die Höhe noch der Zeitpunkt von Einkünften langfristig geplant werden können. Diese Unsicherheit speist sich vor allem aus einer unklaren zukünftigen Auftragslage, aber beispielsweise auch aus der Gefahr, dass Leistungen nicht wie erwartet vergütet werden (siehe oben). Das gilt grundsätzlich für alle Selbstständigen, spielt jedoch tendenziell für Solo-Selbstständige mit durchschnittlich deutlich niedrigerem Verdienst eine größere Rolle.³⁷

Die Unsicherheiten, mit denen Crowdwork verbunden ist, werden zum jetzigen Zeitpunkt dadurch verstärkt, dass die Anwendbarkeit vieler gesetzlicher Vorschriften auf Plattformarbeit noch weitgehend ungeklärt ist. Eine Festlegung geeigneter institutioneller Rahmenbedingung ist auch aus diesem Grund besonders wichtig. Bei dieser Festlegung sollten die Vorteile einer flexibleren Arbeitswelt nicht aus dem Blick

³⁵ Der Monatsbericht der Bundesbank für Februar 2019 zeigt, dass die Preissteigerungen für Wohnimmobilien im Jahr 2018 in Städten weiterhin besonders hoch waren. Die Preissteigerungen im ländlichen Raum nahmen jedoch stark zu, sodass eine regional breit angelegte Immobilienpreissteigerung konstatiert wird.

³⁶ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung 2018, S. 47f.

³⁷ Zu den Verdienstunterschieden zwischen Selbstständigen mit Beschäftigten und Solo-Selbstständigen siehe z. B. *Brenke/Beznoska* 2016, S. 38.

verloren werden. Ein institutioneller Rahmen, der die Entstehung neuer Erwerbsformen stark begrenzt, nimmt einigen Personengruppen die Möglichkeit, am Erwerbsleben zu partizipieren oder beschränkt sie anderweitig in ihrer Lebensplanung. Gesamtwirtschaftlich gesehen würden prohibitiv umfangreiche Vorschriften dringend benötigte Erwerbspotentiale reduzieren. Möglichkeiten zur Entlastung von urbanen Räumen, Verkehr und Umwelt würden zudem ungenutzt bleiben.

II. Anpassungsbedarf hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Einordnung

1. Schwierigkeiten der Abgrenzung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gegenüber Selbstständigen

a) Vorfrage: Anwendbares Recht und gerichtliche Zuständigkeit

Jenseits nationaler Einordnungsschwierigkeiten³⁸ stellt sich bei der rechtlichen Beurteilung eines Crowdworkers zunächst die Frage nach dem auf das Vertragsverhältnis anwendbaren Recht. Enthalten die AGB der Plattform keine Rechtswahlklausel und treffen die Parteien auch keine individualvertragliche Vereinbarung, gilt das Recht des Staates, in dem der oder die Dienstleistende den gewöhnlichen Aufenthaltsort hat (Art. 4 Abs. 1 lit b) Rom I-Verordnung). In den AGB der international tätigen Plattformbetreiberinnen und Plattformbetreiber³⁹ finden sich aber regelmäßig Rechtswahlklauseln, wobei ausländische Plattformen in aller Regel in ihren Vertragsbedingungen das Recht des Staates für anwendbar erklären, in welchem sie ihren Sitz haben.⁴⁰ Andere Gestaltungen sind möglich. Sieht man einmal von zwingenden deutschen Arbeitnehmerschutzbestimmung ab, so können in Deutschland ansässige Plattformen grundsätzlich auch eine fremde Rechtsordnung in ihren AGB vorsehen. Es ist nicht einmal erforderlich, dass der Sachverhalt mit der vereinbarten Rechtsordnung in einer besonderen Beziehung zu den Vertragsparteien steht oder überhaupt irgendeinen Auslandsbezug aufweist⁴¹.

Eine parallele Problematik betreffen Gerichtsstandsklauseln, die regelmäßig gleichlaufend zum anwendbaren Recht gewählt werden.⁴²

aa) Qualifizierung: Arbeitsvertrag oder selbstständige Tätigkeit

Besonderheiten ergeben sich allerdings bei einer abhängigen Beschäftigung. Ob Rechtswahlklauseln in AGB bei gewöhnlicher Tätigkeit eines Crowdworkers in Deutschland deutsches Recht tatsächlich wirksam verdrängen können, hängt maßgeblich davon ab, ob das entsprechende Vertragsverhältnis als freier Dienst- oder Werkvertrag oder als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Während für Dienst- und Werkverträge grds. eine freie Rechtswahl der Vertragsparteien besteht (so Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO⁴³)⁴⁴, wird die Rechtswahlfreiheit bei Arbeitsverhältnissen insoweit eingeschränkt, als die jeweilige Rechtswahl den abhängig

³⁸ Dazu noch Abschnitt II.1. b).

³⁹ Wenn im Folgenden von der „Plattform“ gesprochen wird, sind damit die Plattformbetreiberinnen und Plattformbetreiber gemeint.

⁴⁰ Pacha, 2018, S. 113 f.

⁴¹ BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Rn. 8.

⁴² Pacha 2018, S. 114; dazu unter e).

⁴³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“) (Amtsblatt EU 2008 L 177/6).

⁴⁴ Wird keine Wahl getroffen gilt das Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, Art. 4 Abs. 1 lit b). Die Vorschrift findet auch auf Werkverträge Anwendung Spindler/Schuster/Weller/Nordmeier, Elektron. Medien, 3. Aufl. 2015, Rom I Art. 4 Rn. 6.

Beschäftigten (Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer) nicht den Schutz entziehen darf, der ihnen ohne Rechtswahl zustünde (Art. 8 Rom I-VO). Ohne Rechtswahl gilt bei Arbeitnehmereigenschaft der gewöhnliche Arbeitsort des Crowdworkers als anwendbares Recht. Somit ist ein Mindestschutz durch das Recht des Staates, in dem (oder von dem aus) der Crowdworker regelmäßig seine Arbeit verrichtet, gewährleistet. Für in Deutschland arbeitende Crowdworker darf das Schutzniveau des deutschen Rechts damit nicht unterschritten werden, soweit sie als abhängig Beschäftigte zu qualifizieren sind. Dies gilt nicht nur für Sachverhalte innerhalb der EU, die Rom I-VO hat vielmehr universelle Gültigkeit, so dass sich auch bei der Wahl des Rechts eines Drittstaates das anwendbare Recht nach der Rom I-VO bestimmt (Art. 2 Rom I-VO).

Wird das Rechtsverhältnis allerdings – wie nach überwiegender Auffassung im Regelfall⁴⁵ – als freier Dienst-/Werkvertrag qualifiziert, besteht Rechtswahlfreiheit. Stimmt der Crowdworker also den AGB, in denen regelmäßig eine Rechtswahlklausel vorgesehen ist⁴⁶, zu, um über die Plattform Aufträge zu bekommen, ist die Rechtswahlklausel wirksam.

bb) Anwendung von Art. 8 Rom I-VO bei arbeitnehmerähnlichen Personen oder in Heimarbeit Beschäftigten?

In der juristischen Fachliteratur wird diskutiert, ob Crowdworker nicht zumindest dann, wenn sie als arbeitnehmerähnliche Person oder als in Heimarbeit Beschäftigte (nach dem HAG⁴⁷) zu qualifizieren sind⁴⁸, unter den Schutz des Art. 8 Rom I-VO fallen können. So wird insbesondere von *Deinert* und *Däubler* die Auffassung vertreten, dass arbeitnehmerähnliche Personen und in Heimarbeit Beschäftigte unter die Kollisionsnorm des Art. 8 Rom I-VO fallen.⁴⁹

Dagegen spricht aus rein nationaler Sicht, dass weder in Heimarbeit Beschäftigte noch arbeitnehmerähnliche Personen in einem Arbeitsverhältnis stehen. Sie sind vielmehr dem Kreis der Selbstständigen zuzuordnen, denen nur teilweise ein arbeitsrechtlicher Schutz zugesprochen wird.⁵⁰ Allerdings ist der Arbeitnehmerbegriff der Rom I-VO unionsrechtlich auszulegen. Der EuGH greift hier auf seine Definition, die er zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV, ex-Art. 39 EGV) entwickelt hat, zurück.⁵¹

⁴⁵ Dazu noch unter Abschnitt II.1. c) sowie und 2.

⁴⁶ So gilt bei den deutschen Plattformen *Twago* und *Clickworker* deutsches Recht, während *Amazon Mechanical Turk* das Recht von Massachusetts und die australische Plattform *Freelancer.com* das Recht von New South Wales wählen. Keine Rechtswahlklausel ist der absolute Ausnahmefall, so auch *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1039).

⁴⁷ Das HAG spricht in § 2 Abs. 1 S. 1 HAG vom „Heimarbeiter“, neuere Gesetze verwenden aber den geschlechterneutralen Begriff der „in Heimarbeit Beschäftigten“, der deswegen auch hier durchgängig Verwendung findet.

⁴⁸ Zur Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person oder als in Heimarbeit Beschäftigte unter Abschnitt II.2.

⁴⁹ *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 4 Rn. 46 m.w.N.; *ders.* RdA 2018, 359 (364); *Däubler*, SR-Sonderausgabe zur AuR Juli 2016, 2 (39).

⁵⁰ Für in Heimarbeit Beschäftigte BAG v. 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244 Rn. 45; für arbeitnehmerähnliche Personen *Pottschmidt*, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, 2008, S. 166 f.

⁵¹ Hüßtege/Mansel/Doehner, BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO – HUP, Rn. 6-8

Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer ist danach, wer „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.⁵²

Das Unionsrecht kennt die Zwischenkategorien der arbeitnehmerähnlichen Person und die der in Heimarbeit Beschäftigten nicht. Es fordert ebenso wie das deutsche Recht eine Weisungsabhängigkeit hinsichtlich der Leistungserbringung. Allerdings legt der EuGH die Weisungsabhängigkeit großzügiger aus als die nationalen Gerichte das in § 611a BGB verankerte Merkmal der persönlichen Abhängigkeit. Kommt es zu Divergenzen, so ist die nationale Einordnung des jeweiligen Vertragsverhältnisses für das Unionsrecht ohne Bedeutung.⁵³ Somit können unionsrechtlich auch solche Personen als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer qualifiziert werden, die das nationale Recht als Selbstständige ansieht. Nicht gestützt wird durch das europäische Recht allerdings die von *Däubler* und *Deinert* vertretene pauschale Subsumtion aller arbeitnehmerähnlicher Personen unter Einbeziehung der in Heimarbeit Beschäftigten unter den Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV und damit unter Art. 8 Rom I-VO. Eine solche pauschale Einordnung verbietet sich, da das europäische Begriffsverständnis nicht an die wirtschaftliche Abhängigkeit oder soziale Schutzbedürftigkeit anknüpft.⁵⁴ Abzustellen ist auf den Einzelfall.⁵⁵ So führte der EuGH bereits 2004 aus, dass selbstständige Dienstleistungserbringer unter den Arbeitnehmerbegriff fallen, wenn die formale Einstufung als Selbstständige (nach nationalem Recht) nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis verschleiert.⁵⁶ In einer Entscheidung aus 2014 zu Art. 101 AEUV (Kartellverbot) führt der EuGH ergänzend aus, dass ein „Dienstleistungserbringer seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen verliert, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbstständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist“.⁵⁷

Während Teile des juristischen Schrifttums diese Hinweise zum Anlass für eine Spekulation nehmen, ob nun arbeitnehmerähnliche Personen von der primärrechtlichen Arbeitnehmerdefinition als erfasst anzusehen sind,⁵⁸ beziehen andere Teile die Aussagen des Gerichts zu Recht nur auf die Scheinselbstständigkeit bzw. Umgehungstatbestände, leiten aus ihr dagegen keine generelle Ausdehnung auf arbeitnehmerähnliche Personen ab.⁵⁹ Auch wenn zu konzedieren ist, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht völlig eindeutig

⁵² *Spindler/Schuster/Weller/Nordmeier*, Elektron. Medien, 3. Aufl. 2015, Rom I Art. 8 Rn. 2; EuGH zum Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) erstmals EuGH v. 3.7.1986 66/85, BeckRS 2004, 73510 Rs. „Lawrie-Blum“.

⁵³ EuGH v. 3.7.1986 66/85, BeckRS 2004, 73510 Rs. „Lawrie-Blum“ Rn. 16; v. 10.9.2015 – C-47/14, EuZW 2015, 922 Rn. 36; v. 20. 9. 2007 - C-116/06, EuZW 2007, 741 Rn. 25.

⁵⁴ Vgl. auch *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 158, gegen eine pauschale Einordnung auch *Pottschmidt*, Arbeitnehmerrähnliche Personen in Europa, 2008, S. 169.

⁵⁵ BeckOK BGB/*Spickhoff* VO (EG) 593/2008 Art. 8 Rn. 9; Hüßtege/*Mansell/Doehner*, BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO – HUP, 2. Auflage 2015, Art. 8 Rom I Rn. 6.

⁵⁶ EuGH v. 13.1.2004 – Rs. C-256/01, NZA 2004, 201 Rs. „Allonby“ Rn. 71; v. 4.12.2014 – C-413/13, NZA 2015, 55 Rs. „FNV Kunsten“ Rn. 3.

⁵⁷ EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, NZA 2015, 55 Rs. „FNV Kunsten“ Rn. 33.

⁵⁸ *Junker*, EuZA 2016, 184 (196); Zu Art. 101 AEUV und der Rs. „FNV-Kunsten“; Eufinger, DB 2015, 192 (193).

⁵⁹ *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2015, Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 13 f.

ist,⁶⁰ so liegt es doch viel näher, nur die Scheinselbstständigkeit als Verschleierung und damit vom Arbeitnehmerbegriff als abgedeckt anzusehen. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung immer unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass eine Eingliederung/Weisungsbindung hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit unverzichtbar sind.⁶¹ Seine Ausführungen dürfen daher nicht aus dem Kontext gerissen werden. Sie beziehen sich spezifisch auf Art. 101 AEUV und lassen sich daher nicht als Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffes verstehen. Den deutschen Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person hatte das Gericht ersichtlich gerade nicht im Blick.

Arbeitnehmerähnliche Personen und in Heimarbeit Beschäftigte sind damit nach der hier vertretenen Auffassung nicht in einem Arbeitsverhältnis im Sinne des Art. 8 Rom I-VO tätig.⁶² Auch bei Verträgen mit ihnen besteht damit grundsätzlich Raum für eine Rechtswahl.

cc) Keine Qualifizierung als Verbrauchervertrag, Art. 6 Rom I-VO

Des Weiteren wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob eine Ausnahme von der Rechtswahlfreiheit bei selbstständiger Tätigkeit aufgrund der Qualifizierung als Verbrauchervertrag greifen könne.⁶³ So sieht Art. 6 Rom I-VO vor, dass bei Verbraucherverträgen in der Regel das Recht des Staates, in dem die Verbraucher ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, gelten soll. Entgegen teilweise vertretener Auffassung fallen nicht nur b2c-Verträge (Unternehmen erbringt Leistung an Verbraucherin bzw. Verbraucher) unter die Norm, sondern es können auch c2b-Verträge (Konsumentin bzw. Konsument erbringt Leistung an Unternehmen) als Verbrauchervertrag eingeordnet werden.⁶⁴

Für einen Verbrauchervertrag müsste der Crowdworker aber als Verbraucherin oder Verbraucher qualifiziert werden. Unter diesen Begriff fallen Dienstleistende nur, wenn der Vertragszweck nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen ist.⁶⁵ Damit stehen nicht nur gewerbliche, sondern jegliche selbstständige geschäftliche Tätigkeiten der Verbrauchereigenschaft entgegen.⁶⁶

Teilweise wird angenommen, dass Crowdworker, die sich nur hin und wieder um einen Auftrag bemühen, keiner selbstständigen geschäftlichen Tätigkeit nachgehen und deswegen Verbraucherin oder Verbraucher

⁶⁰ Offen auch *Franzen*, EuZA 2015, 445 (461).

⁶¹ So auch im Übrigen in dem zitierten Urteil EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, NZA 2015, 55 Rs. „FNV Kunsten“ Rn. 36; so auch *Goldmann*, EuZA 2015, 509, 517 f.; im Ergebnis wohl auch *Esch*, jurisPR-ArbR 13/2015 Anm. 2.

⁶² Ablehnend auch *Pottschmidt*, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, 2008, S. 169; *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 158 ff.; auch eine analoge Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen verbietet sich aufgrund der fehlenden Analogiefähigkeit der Vorschriften der Rom I-VO, vgl. auch BeckOK BGB/*Spickhoff*, VO (EG) 593/2008 Art. 8 Rn. 7.

⁶³ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1037); *Hötte*, MMR 2014, 795 (796).

⁶⁴ MüKoBGB/*Martiny*, Rom I-VO Art. 6 Rn. 13; BeckOK BGB/*Spickhoff*, VO (EG) 593/2008 Art. 6 Rn. 20; Ferrari IntVertragsR/*Staudinger*, VO (EG) 593/2008 Art. 6 Rn. 17.

⁶⁵ BeckOK BGB/*Spickhoff*, VO (EG) 593/2008 Art. 6 Rn. 20; MüKoBGB/*Martiny*, Art. 6 Rom I-VO Rn. 12.

⁶⁶ Ausgenommen sind lediglich private Anlagegeschäfte vgl. BeckOK BGB/*Spickhoff*, VO (EG) 593/2008 Art. 6 Rn. 20; MüKoBGB/*Martiny*, Art. 6 Rom I-VO Rn. 13.

seien.⁶⁷ Diese Auffassung ist abzulehnen, da es auf die Häufigkeit der geschäftlichen Tätigkeit nicht ankommt. Vielmehr entfällt bei jeder unternehmerischen, sprich selbstständigen und entgeltlichen Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft⁶⁸.

dd) Keine sonstigen Ausnahmen von der freien Rechtswahl (Eingriffsnormen und Ordre public)

Ein Ausnahmefall nach Art. 9 Rom I-VO (Eingriffsnormen) oder Art. 21 Rom I-VO (Ordre public) liegt nicht vor. Deutsche Vorschriften können trotz wirksamer abweichender Rechtswahl gem. Art. 9 Rom I-VO oder Art. 21 Rom I-VO ausnahmsweise Anwendung finden, wenn deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen (sog. Eingriffsnormen). Zudem kann in extremen Ausnahmefällen, bei denen gegen elementare Rechtsstaatsprinzipien verstoßen wird, Art. 21 Rom I-VO greifen. Beide Tatbestände sind im Fall des Crowdwork nicht einschlägig, jedenfalls nicht soweit entweder Auslandsberührung besteht (Plattformbetreiber ist ausländisches Unternehmen) oder ein ausländisches Recht gewählt wird, das die Einhaltung unverzichtbarer Rechtsstaatsprinzipien gewährt, wie dies in den praktisch relevanten Fällen stets anzunehmen ist.⁶⁹

ee) Gerichtsstand

Eine Parallelproblematik ergibt sich bei der Frage, ob Crowdworker ihre Rechte vor deutschen Gerichten einklagen können oder ob sie im Sitzstaat der Plattform bzw. am jeweils vertraglich vereinbarten Ort klagen müssen. Auch bei Vereinbarungen über den Gerichtsstand ist nach der Qualifizierung der Dienstleister als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer oder Selbstständige zu unterscheiden. So können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an ihrem gewöhnlichen Arbeitsort Klage gegen ihre Arbeitgeberin bzw. ihren Arbeitgeber erheben (Art. 21 VO (EU) Nr. 1215/2012⁷⁰), während für selbstständige Crowdworker Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich uneingeschränkt gelten (Art. 25 VO (EU) Nr. 1215/2012), jedenfalls wenn man mit der hier vertretenen Auffassung die Verbrauchereigenschaft sowie die (analoge) Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen ablehnt.⁷¹

⁶⁷ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1037).

⁶⁸ *Hötte*, MMR 2014, 795, 796; ablehnend auch *Schubert*, RdA 2018, 200 (205).

⁶⁹ *ErfK/Schlachter*, Rom I-VO Art. 9 Rn. 26.

⁷⁰ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 351 S. 1, ber. 2016 Nr. L 264 S. 43.

⁷¹ Für eine Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen auch hier *Däubler*, SR-Sonderausgabe zur AuR 2016, 2 (41).

Anders als die Rom I-VO hat die VO (EU) Nr. 1215/2012 keine Wirkung für Drittstaaten. Im Bereich des Gerichtsstandes ergeben sich damit weitere Probleme, wenn die Plattform, wie beispielsweise Amazon Mechanical Turk (Sitz: USA), ihren Sitz außerhalb der EU hat (Art. 6 VO (EU) Nr. 1215/2012).

Neben der zunehmenden Anonymität der beteiligten Akteure erhöht damit der Umstand, dass grenzüberschreitende Tätigkeiten zur Anwendbarkeit einer ausländischen Rechtsordnung sowie ggfs. einem ausländischen Gerichtsstand führen, erheblich die Hürden für die Rechtsdurchsetzung. Einheitliche Standards können nur auf internationaler bzw. zumindest EU-Ebene erreicht werden. Aus gutem Grund hat die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) jüngst die Entwicklung eines internationalen Systems zur Regelung digitaler Arbeitsplattformen empfohlen, welches die Plattformen und ihre Auftraggeberinnen und Auftraggeber zur Einhaltung bestimmter Mindestrechte und -schutzvorkehrungen verpflichten soll. Als Vorbild für ein solches internationales System zur Bewältigung der Verhältnisse von Crowdsourcer, Crowdworker und Plattform, die unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen, könnte nach Auffassung der ILO das Seearbeitsübereinkommen aus dem Jahr 2006 dienen.⁷² Die weiteren Ausführungen stehen daher unter dem Vorbehalt, dass die nationale Gesetzgebung nur einen sehr begrenzten Einfluss auf grenzüberschreitende Konstellationen hat.

ff) Ergebnis

Grundsätzlich kann von Plattformen das anzuwendende Recht in AGB vereinbart werden. Ausnahmen gelten nur in den eher seltenen Fällen, in denen der Crowdworker als Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin einzustufen ist. Der Status als arbeitnehmerähnliche Person oder als in Heimarbeit beschäftigt genügt dagegen nicht.

b) Probleme des Abgrenzungskriteriums der „persönlichen Abhängigkeit“

Neue Formen der Erwerbstätigkeit, die sich durch eine standardmäßige Beteiligung mehrerer Akteure auszeichnen, bringen erhöhte Schwierigkeiten der Grenzziehung zwischen abhängig Beschäftigten und Selbstständigen mit sich. Graubereiche zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit gibt es zwar bereits seit den Anfängen des Arbeitnehmerschutzrechts. Auch Dreipersonenverhältnisse finden sich außerhalb der Plattformarbeit in der „analogen Welt“ in vielfacher Form. Die erforderliche Einzelfallprüfung, die nur anhand einer Gesamtbetrachtung aller Umstände der tatsächlichen Vertragsdurchführung erfolgen kann⁷³, erschwert sowohl der Unternehmerseite als auch den Erwerbstätigen eine Prognose der rechtlichen Qualifizierung von nicht eindeutig zuzuordnenden Erwerbstätigkeiten.

⁷² ILO- Globale Kommission zur Zukunft der Arbeit, Für eine bessere Zukunft Arbeiten, 2019, S. 47.

⁷³ BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288; seit 1.4.2017 auch in § 611a Abs. 1 S. 5 BGB ausdrücklich geregelt.

aa) § 611a BGB

Der Gesetzgeber hat mit Einführung des § 611a BGB zum 1.4.2017 keine eigenständige Neuregelung des Arbeitsvertrages und des Arbeitnehmerbegriffs angestrebt, sondern lediglich eine Kodifizierung der Rechtsprechung im Sinne eines „Restatements“ vorgenommen. Vorherige Entwürfe, die konkrete Kriterienkataloge enthielten, sind mangels Allgemeingültigkeit der aufgestellten Kriterien sowie der Abwägungsgesichtspunkte zurecht verworfen worden.⁷⁴ Die Bedeutung der Neuregelung liegt nicht in einer rechtssichereren Handhabung, sondern nur in einem etwas erleichterten Zugriff des Bürgers auf die bisherigen von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze. Diese Grundsätze der Abgrenzung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Selbstständigen gelten demnach – teils durch § 611a Abs. 1 BGB ausdrücklich bestätigt – fort.⁷⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.⁷⁶

Während der Arbeitnehmerstatus sich also auch nach Einführung von § 611a BGB nach dem traditionellen Kriterium der „persönlichen Abhängigkeit“ richtet und als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes alle Dienstleister behandelt werden, die hinsichtlich Inhalt, Zeit und Ort der Arbeit weisungsgebunden sind, können auch abhängig Beschäftigte tatsächlich in immer größerem Ausmaß Inhalt, Zeit und Ort der Arbeit selbst bestimmen. Die Grenze zwischen weisungsgebundener und weisungsunabhängiger Arbeit schwimmt. Bisherige Kriterien der Abgrenzung, wie die Fremdbestimmtheit hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit eignen sich nur noch begrenzt. Je mehr sich die Arbeit vom klassischen Modell des „9 to 5 job“ an einem festen Arbeitsplatz in einem Betrieb entfernt, desto mehr verlieren die traditionellen Abgrenzungskriterien ihre Trennschärfe.⁷⁷

Allerdings hätte eine schematische Pauschalisierung, wie sie durch den im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagenen starren Kriterienkatalog erfolgt wäre, die Problematik nur verschärft. Die Digitalisierung und die damit verbundene Entgrenzung von Arbeitsort und Arbeitszeit lassen die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und anderen Vertragsformen zwar immer schwieriger werden, sachgerechte Ergebnisse können aber gerade deshalb nur durch eine typologische Gesamtbetrachtung des Einzelfalls erreicht werden und nicht durch das Festschreiben von Kriterien, die schon heute nicht mehr als maßgebend angesehen werden können. So sah der erste Entwurf des § 611a BGB als drei von sieben Abgrenzungskriterium vor, dass für eine wertende Gesamtbetrachtung insbesondere maßgeblich sei, dass die bzw. der Erwerbstätige

⁷⁴ Henssler, RdA 2016, 18.

⁷⁵ So auch BAG v. 27.6.2017 – 9 AZR 133/16, NZA 2017, 1463 Rn. 17.

⁷⁶ BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288.

⁷⁷ Linnenkohl, BB 1998, 45; Thüsing, SR 2016, 87 (95); Wiebauer NZA 2016, 1430; Uffmann NZA 2016, 977 (979).

a. nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen,

b. die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt,

c. zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt (§ 611a Abs. 2 a bis c BGB- RefE-I).⁷⁸

In einer sich durch die Digitalisierung stark wandelnden Arbeitswelt ist eine Gesamtbetrachtung und Abwägung der Umstände des Einzelfalles damit noch wichtiger geworden. Es erscheint nahezu ausgeschlossen, dass es dem Gesetzgeber jemals gelingen wird, eine handhabbarere Begriffsbestimmung zu entwickeln und zu kodifizieren, als die derzeit herrschende, auf *Alfred Hueck*⁷⁹ zurückgehende Definition.⁸⁰

bb) Potenzielle Ausweitung des Arbeitnehmerkreises und unionsrechtliche Restriktionen

Insbesondere aufgrund des Bedeutungsverlustes von Weisungen hinsichtlich Arbeitsort und Arbeitszeit, aber auch aufgrund des zunehmenden Verzichtes auf Weisungen hinsichtlich der konkreten Arbeitsweise, mehren sich Stimmen, die eine Ablösung des Abgrenzungskriteriums der „persönlichen Abhängigkeit“ fordern. Bestrebungen, den Arbeitnehmerbegriff zu ändern, sind allerdings nicht neu. Sie sind zuletzt im Rahmen der AÜG-Reform mangels Substanz gescheitert. Ebenso wenig neu oder rein der digitalen Arbeitswelt geschuldet ist es, dass Unternehmen auf konkrete Einzelweisungen gegenüber ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verzichten und stattdessen Zielvereinbarungen mit diesen schließen.

(1) Kriterium der „wirtschaftlichen Abhängigkeit/unternehmerischen Gewinnchancen“

So vertritt *Wank* bereits seit den 1980er Jahren die Auffassung, dass die persönliche Abhängigkeit durch das Kriterium des unternehmerischen Risikos⁸¹ ausgetauscht werden sollte. Die wirtschaftliche Abhängigkeit begründe im Kern den Unterschied zur Arbeitnehmerin bzw. zum Arbeitnehmer, die bzw. der auf ein konstantes, festes Gehalt vertrauen kann, ohne am Risiko oder eben auch dem Gewinn des Unternehmens beteiligt zu sein.⁸² Nach diesem Verständnis ist als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer derjenige oder diejenige einzustufen, der oder die dauerhaft für eine Person tätig wird, ohne sich der Hilfe anderer zu bedienen und dabei weder eigenes Kapital noch eine eigene Organisation einsetzt.⁸³ Wird von der bzw. dem

⁷⁸ § 611a BGB in der Fassung des ersten Referentenentwurfes vom 16.11.2015, abrufbar unter http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2015/2015-11-16_Referententwurf_AUEG_Werkvertraege.pdf; zur Kritik ausführlich *Henssler*, RdA 2016, 18.

⁷⁹ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1967 § 9 II.

⁸⁰ Zweifel auch *Preis*, RdA 2019, 75 (80).

⁸¹ *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988, S. 389 f.

⁸² *Wank*, RdA 2011, 178 (180).

⁸³ *Wank*, NZA 1999, 225 (227).

Erwerbstätigen hingegen freiwillig ein unternehmerisches Risiko übernommen, ist sie oder er als Selbstständige oder Selbstständiger einzustufen.⁸⁴

In eine ähnliche Richtung gehen der Vorschlag zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes von *Brammsen*, der ebenfalls auf die fehlenden Gewinnchancen („*fehlende Partizipation am finanziellen Erfolg der Dienstleistungserbringung*“) sowie das Kriterium der „institutionellen Abhängigkeit“ abstellt,⁸⁵ sowie die bereits in den 1960er Jahren von *Wiedemann* vertretene Auffassung, nach der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sich durch den Arbeitsvertrag ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit und damit jeglicher Gewinnchancen entledigen⁸⁶. Die Literatur zieht für die Maßgeblichkeit der unternehmerischen Gewinnchancen als Abgrenzungskriterium zudem die Rechtsprechung von BGH und BAG⁸⁷ zur Einbeziehung von Mitgliedern der Unternehmensleitung in den Schutz der betrieblichen Altersvorsorge nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG heran. Im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge begründen die Bundesgerichte die Einbeziehung bzw. Nichteinbeziehung auch mit den unternehmerischen Chancen und Risiken, der Kapitalbeteiligung sowie der Leitungsmacht⁸⁸.

Die Vorschläge sehen im Ganzen eine Ablösung der Trichotomie aus Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen⁸⁹ und Selbstständigen durch ein dichotomes System vor. Sie haben sich bis heute nicht durchgesetzt. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist für die Einordnung als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer weder erforderlich noch ausreichend.⁹⁰ Dem Kriterium des „unternehmerischen Risikos“ kann aber durchaus indizielle Bedeutung innerhalb der Gesamtabwägung zukommen⁹¹.

(2) Ersetzung des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit – Restriktionen des Unionsrecht

Während das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. der fehlenden unternehmerischen Gewinnchancen an das klassische Zwei-Personen-Verhältnis anknüpft und den Kreis der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer um die bereits bekannte Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person erweitern will, wird nach neueren Stimmen die Tauglichkeit des bisherigen Systems insgesamt in Frage gestellt und eine Aufgabe des Abgrenzungskriteriums der persönlichen Abhängigkeit gefordert.

⁸⁴ *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988, S. 389.

⁸⁵ *Brammsen*, RdA 2010, 267 (274).

⁸⁶ *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 12.

⁸⁷ BGH v. 28.4.1980 II ZR 254/78, AP BetrAVG § 17 Nr. 1; BAG v. 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, NZA 1998, 101.

⁸⁸ ErfK/Steinmeyer, 19. Aufl. 2019, § 17 BetrAVG Rn. 3 ff..

⁸⁹ Zur arbeitnehmerähnlichen Person unter Abschnitt II. 2. b).

⁹⁰ BAG v. 20.9.2000 5 AZR 61/99 NZA 2001, 551; MüHdb ArbR/Schneider, 4. Aufl. 2018, § 18 Arbeitnehmerbegriff, Rn. 16.

⁹¹ LAG Köln v. 13.2.2019 – 9 Ta 229/18, BeckRS 2019, 1953 Rn. 31; LAG Niedersachsen v. 23.1.1995 – 3 Ta 159/94, BeckRS 1995, 31166559; Hoeren/Sieber/Holznapel/Preis, Multimedia und Recht, 47. EL Oktober 2018, Teil 22.2 Rechtsfragen der Telearbeit Rn. 38.

So schlägt *Bücker* vor, das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit durch den Begriff der „Kontextsteuerung“ (in Abgrenzung zur Selbststeuerung) zu ersetzen.⁹² Netzwerkstrukturen führten in zunehmendem Maße zu einer Verdrängung des klassischen Zwei-Personen-Verhältnisses durch Drei- oder Mehrpersonenverhältnisse. Es komme vermehrt zu Wertschöpfungsprozessen, die nicht mehr nur innerhalb eines Unternehmens, sondern vielmehr unternehmensübergreifend in Netzwerken kooperativ organisiert werden.⁹³ Die bisherige Abgrenzung anhand des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit hingegen orientiert sich an hierarchischen Strukturen innerhalb eines Unternehmens. Die Begriffsbildung reicht zurück bis in die Zeiten der Industrialisierung und hat als Vorbild den klassischen Produktionsmitarbeiter. Die Weisungsabhängigkeit hinsichtlich Zeit, Ort, Durchführung und Inhalt der Arbeit bildet nach *Bücker* unternehmensübergreifende Netzwerkorganisationen nicht ab und sei daher nicht mehr angemessen. Vielmehr erfolge eine indirekte Steuerung der Arbeit. Zu unterscheiden sei daher nicht mehr nach Fremd- oder Selbststeuerung, sondern nach „Kontextsteuerung“ oder Selbststeuerung. Die Kontextsteuerung zeichne sich im Gegensatz zur Selbststeuerung dadurch aus, dass von Unternehmenseite vorab eine Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für einen selbstorganisatorischen Arbeitsprozess anhand der unternehmensseitig festgelegten Ziele erfolge, während bei der Selbststeuerung entsprechende Koordinationsaufgaben selbst wahrgenommen werden.⁹⁴ In beiden Steuerungsformen liege es aber anders als bei der Fremdsteuerung in der Verantwortung der bzw. des Erwerbstätigen wie, also mit welchen Methoden er seine Ziele erreicht. Weisungen über die vorgegebenen Ziele und gesteckten Rahmenbedingungen hinaus zur Arbeitsweise (Methoden) erfolgen nicht.⁹⁵

Der Vorschlag von *Bücker* mag sich zwar zur Beschreibung eines Phänomens, nämlich der neuen Organisationsstrukturen eignen, er bringt allerdings bei näherer Betrachtung keinen ersichtlichen Mehrwert für eine rechtsicherere Handhabung der Rechtsfolgen mit sich, die an dieses Phänomen zu knüpfen sind. *Bücker* umschreibt mit seinem Begriff der Kontextsteuerung nur neue Beschäftigungsformen innerhalb des bekannten Graubereichs zwischen persönlicher Abhängigkeit und selbstständiger Tätigkeit, nämlich die Tätigkeiten, bei denen sich schon aus der Eigenart der Tätigkeit eine weitgehend weisungsfreie Arbeit ergibt. So hängt es von der Eigenart der Arbeitsleistung ab, ob viele konkrete (Einzel-)Weisungen erteilt werden oder der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer innerhalb gesteckter Rahmenbedingungen ein

⁹² *Bücker*, Externe Arbeitskräfte in einer vernetzten Arbeitswelt → Schlüsselbegriffe und Leitbilder zur Diskussion einer aktuellen Herausforderung des Arbeitsrechts, Festschrift Höland, 2015, S. 477 (493); *ders.*, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen - Zur notwendigen Neujustierung der Begriffe in der vernetzten Arbeitswelt, Festschrift Kohte, 2016, S. 21.

⁹³ *Bücker*, 2015, S. 477 (493).

⁹⁴ *Bücker*, 2015, S. 477 (496 f.).

⁹⁵ *Bücker*, 2016, S. 21 (27).

hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit verbleibt.⁹⁶ Ein Mehrwert zur bisherigen Abgrenzung ist nicht erkennbar. Auch im Rahmen einer Abgrenzung zwischen Kontext- und Selbststeuerung müsste letztlich eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls erfolgen. Zielführender als ein Austausch des typologisch auszulegenden Kriteriums der „persönlichen Abhängigkeit“ erscheint es, für die Gesamtbetrachtung der digitalen Arbeitswelt angemessene Kriterien zu finden (dazu (3)).

Die Gestaltungsspielräume für eine Ersetzung des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit sind indes aufgrund der Vorgaben des Unionsrechts gering. So gilt jedenfalls für die auf EU-Richtlinien basierenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften der jeweilige Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie, für den der EuGH zunehmend – teilweise sogar entgegen dem ausdrücklichen Verweis auf das nationale Recht – den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV heranzieht.⁹⁷ Danach knüpft auch das Unionsrecht an die Erbringung von Leistungen nach Weisung an (Arbeitnehmer ist eine natürliche Person, „die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die als Gegenleistung eine Vergütung erhält“). Die Weisungsabhängigkeit ist damit Kernbestandteil der europarechtlich vorgegebenen Definition.⁹⁸ Von ihr abzurücken hätte daher nur beschränkte Wirkung und könnte nur für die Teile des Arbeitsrechts erfolgen, die nicht durch Unionsrecht abschließend reglementiert werden. Zwar könnte erwogen werden, den nationalen Schutz noch weiter zu ziehen, als dies das europäische Recht vorschreibt. Im Interesse der Harmonisierung des Rechts dieser häufig grenzüberschreitenden Sachverhalte wäre indes ein solch nationaler Sonderweg gerade im Bereich des Crowdwork sicherlich nicht.

Mit der Binnenmarktidee zu vereinbarende Gestaltungsspielräume bestehen allerdings insoweit als der EuGH den Begriff der Weisungsabhängigkeit tendenziell weiter auslegt als die nationale Rechtsprechung den Begriff der „persönlichen Abhängigkeit“. Dies zeigt sich exemplarisch am Beispiel der GmbH-Geschäftsführerinnen und GmbH-Geschäftsführer. So finden auf Fremdgeschäftsführerinnen und Fremdgeschäftsführer sowie Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung, entgegen dem traditionellen nationalen Verständnis des BGH und BAG⁹⁹ (anders BSG), nach dem diese in der

⁹⁶ BAG v. 13.1.1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984, 1985 Gründe zu B.II.1; v. 13.11.1991 – 7 AZR 31/9, NZA 1992, 1125 Gründe zu III.5.d) cc); v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 623 Gründe zu B.I.1; v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 16.

⁹⁷ So sehen nur die folgenden Richtlinien einen Verweis auf die nationale Definition vor: Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG, Art. 2 I lit. d, Insolvenzrichtlinie 2008/94/EG, Art 2 II, Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG, Art. 3 I lit. a, Unterrichts- und Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG, Art. 3 I lit. d, Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit § 2 Nr. 1 und Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge § 2 Nr. 1 (Richtlinie 97/81/EG und 1999/70/EG), wobei der EuGH auch hier zeitweilen den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV herangezogen hat, vgl. EuGH v. 17.11.2016 – C-216/15, Rs. „Ruhlandklinik“, NZG 2016, 1432 zur Leiharbeitsrichtlinie.

⁹⁸ Folglich sind Crowdworker nach unionsrechtlichem Verständnis nicht pauschal, sondern nur bei einer Weisungsabhängigkeit als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer einzuordnen. Dies zeigt auch der jüngste Entwurf einer Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen, welcher „platform worker“ explizit erwähnt und als von der Richtlinie erfasst ansieht, wenn sie im Einzelfall als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer einzuordnen sind, vgl. Pressemitteilung EU-Kommission vom 7.2.2019, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/2019-arbeitsbedingungen_de.

⁹⁹ BGH v. 29.1.1981 – II ZR 92/80, NJW 1981, 1270; v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, NJW-RR 2002, 173; v. 10.5.2010 – II ZR 70/09, NJW 2010, 2343; BAG v. 24. 11. 2005 - 2 AZR 614/04, NZA 2008, 168 Rn. 15.

Regel keine Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer sind¹⁰⁰, weitgehend die auf Unionsrecht basierenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften Anwendung.¹⁰¹

Das weite Verständnis der Weisungsabhängigkeit in der Rechtsprechung des EuGH führt damit in Teilen bereits jetzt zu einem komplexen, für den Laien wenig transparent abgestuften Arbeitnehmerschutzrecht. Hinzu kommt, dass, auch wenn der EuGH regelmäßig auf seine zu Art. 45 AEUV entwickelte Definition verweist, es keinen allgemeinen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gibt. Dieser bestimmt sich vielmehr in Abhängigkeit von der jeweiligen Vorschrift bzw. Richtlinie.¹⁰² Für den Laien kaum verständlich wird es dabei sein, dass starke und finanziell bestens abgesicherte Geschäftsführer von arbeitsrechtlichen Schutznormen profitieren, während deutlich schlechter verdienenden Erwerbstätigen, die als Solo-Selbstständige tätig sind, kein Schutz gewährt wird.

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Kriterium der Weisungsabhängigkeit keinesfalls im nationalen Alleingang aufgegeben werden sollte. Unabhängig von der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht würde es jedenfalls der Idee des Binnenmarktes widersprechen und angesichts der grenzüberschreitenden Sachverhalte zu keiner überzeugenden Gesamtlösung führen. Es bietet sich jedoch an, im deutschen Arbeitsrecht auch in jenen Bereichen, die nicht durch Unionsrecht determiniert sind, auf den europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff abzustellen.

(3) Ergänzung der klassischen Indizien für eine persönliche Abhängigkeit

Eine verbreitete Strömung im arbeitsrechtlichen Schrifttum geht zutreffend davon aus, dass das über viele Jahrzehnte bewährte Kriterium der persönlichen Abhängigkeit durchaus das Potential hat, die Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich durch neue Erwerbsformen stellen, zu bewältigen.¹⁰³ In der Vergangenheit hat sich sogar erwiesen, dass allein dieses Merkmal die notwendige Beweglichkeit aufweist, um die laufenden Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt aufzufangen. Entscheidend ist bei neu auftretenden Konstellationen lediglich, welche Indizien herangezogen werden. Zielführender als eine Ersetzung des auslegungsbedürftigen Begriffes der persönlichen Abhängigkeit erscheint es, neben ggfs. an die Digitalisierung angepassten Kriterien für eine persönliche Abhängigkeit im Gegenzug Positivindizien für eine Selbstständigkeit

¹⁰⁰ Das BAG nimmt zwar anders als der BGH eine Einzelfallprüfung vor, die Arbeitnehmereigenschaft wurde aber regelmäßig verneint. Ein Arbeitsverhältnis liege nämlich nur vor, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteile und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimme, BAG v. 26.5.1999 – 5 ARZ 664/98, NZA 1999, 987 (989).

¹⁰¹ EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143, Rs. „Danosa“; v. 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861, Rs. „Balkaya“. Ausführlich *Pickenhahn*, GmbH-Geschäftsführer als schutzbedürftige Arbeitnehmer? 2017

¹⁰² *Pickenhahn*, GmbH-Geschäftsführer als schutzbedürftige Arbeitnehmer? 2017, s. auch *Rinck*, RdA 2019 126 (127).

¹⁰³ *Preis*, NZA 2018, 817 (823); *RdA* 2019, 75 (86); *Rinck*, RdA 2019, 126 (128); *Waltermann*, RdA 2019, 94 (95); kritisch hingegen *Richardi*, NZA 2017, 36.

in die Gesamtabwägung einzubeziehen.¹⁰⁴ Das ist zwar schon in der Vergangenheit auch in der Rechtsprechung geschehen, allerdings sind die Möglichkeiten, auf diese Weise mehr Rechtssicherheit zu erzielen, bei weitem nicht ausgereizt.

Ein Positivkatalog (für Selbstständigkeit) vermeidet die Schwächen eines reinen negativ zur Selbstständigkeit abgrenzenden Kataloges, weil er anders als jener lediglich das Ziel der Rechtssicherheit verfolgt, dagegen nicht den Versuch unternimmt, die Grenzlinie zwischen abhängiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit zu verschieben. Sowohl bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern und Selbstständigen als auch bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Fremdpersonaleinsatz auf Werk- oder Dienstvertragsbasis ist die Frage zu stellen, ob die eingeforderte Leistung ein spezifisches Know-How erfordert, auf das sich die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer spezialisiert hat. Insbesondere der Einsatz von Spezialisten liegt häufig in einem Graubereich. *Uffmann* sieht gerade in diesen Fällen in dem Positivkriterium des spezifischen Know-Hows ein geeignetes Abgrenzungsindiz für eine selbstständige Tätigkeit.¹⁰⁵ Als weiteres Indiz schlägt *Uffmann* die Vergütungshöhe vor, die bisher von der Rechtsprechung des BAG nicht als relevantes Kriterium angesehen wird. So besteht bei Erwerbstätigen, die hochqualifizierte Tätigkeiten ausüben, häufig keine typische wirtschaftliche und finanzielle Abhängigkeit. Ihr Einkommen liegt deutlich höher als bei vergleichbaren Arbeitnehmern.¹⁰⁶ Unlängst hat auch der 12. Senat des BSG im Rahmen der Prüfung einer abhängigen Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV 2017, die enge Parallelen zum arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aufweist, erstmals die Honorarhöhe als gewichtiges Indiz für eine Selbstständigkeit bewertet, wenn diese deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten liege und dadurch eine Eigenvorsorge zulasse.¹⁰⁷

Zweifelhaft erscheint dagegen, ob sich die zu fordernde persönliche Abhängigkeit bereits in einer „informationellen Abhängigkeit“ ausdrücken kann.¹⁰⁸ Entsprechende Literaturstimmen meinen, es könne keinen Unterschied machen, ob eine Steuerung des Erwerbstätigen durch mündliche Weisungen oder Algorithmen erfolge. Zu prüfen sei daher das Maß an arbeitsleistungsbezogenen Einfluss- und Kontrollmechanismen (Screenshots, Maus-Aktivitäten, Protokollierung von Arbeitsabläufen).¹⁰⁹ Die entscheidende Frage sei: Wird die Leistung derart eng kontrolliert, dass sie engmaschig Art und Weise der Leistung erfasst und von einer freien Wahl nicht mehr gesprochen werden kann, so dass der Erwerbstätige gewissermaßen an eine

¹⁰⁴ Zur Abgrenzung im Rahmen des drittbezogenen Fremdpersonaleinsatzes *Henssler* in *Henssler/Grau*, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, 2017, § 3 Rn. 22.

¹⁰⁵ *Uffmann*, NZA 2018, 265

¹⁰⁶ *Uffmann*, NZA 2018, 265 (269).

¹⁰⁷ BSG 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664.

¹⁰⁸ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 104; *Linnenkohl*, BB 1998, 45 (48).

¹⁰⁹ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 104.

„elektronische Leine“ genommen wird? Oder wird nur das Ergebnis, nicht aber die Arbeitsmethode kontrolliert? In letztgenanntem Fall kann sicherlich nicht von einem derart hohen Maß ausgegangen werden, welches eine persönliche Abhängigkeit begründet.¹¹⁰ Teilweise als schwierig beurteilt wird es, wenn die Plattform keine unmittelbaren Kontrollmechanismen vorsieht, sondern nur eine mittelbare Kontrolle durch die Einrichtung von Bewertungs-, Rating- und Feedback-Systemen erfolgt.¹¹¹ Hinsichtlich dieser mittelbaren Kontrollmechanismen ist die Indizwirkung für eine persönliche Abhängigkeit zweifelhaft. Auch andere Selbstständige (z. B. Ärzte) sehen sich zunehmend entsprechenden Bewertungssystemen ausgesetzt. Betreffen sie ausschließlich die Bewertung des Arbeitsergebnisses in Form einer Qualitätsbewertung kann hieraus keine Weisungsabhängigkeit geschlossen werden.¹¹² Die Einrichtung eines Bewertungssystems kann daher nur dann als Indiz für eine persönliche Abhängigkeit gewertet werden, wenn die Ausgestaltung darauf angelegt ist, es der Plattform zu ermöglichen, die Art und Weise der Leistungserbringung engmaschig zu erfassen. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein.

cc) Zusammenfassende Stellungnahme

Bestrebungen, den Arbeitnehmerbegriff an aktuelle Entwicklungen präzisierend anzupassen, sind anlässlich der AÜG-Reform erneut gescheitert und auch in absehbarer Zukunft ist keine für die Praxis hilfreichere Regelung zu erwarten.

Die Ersetzung des zentralen Merkmals der persönlichen Abhängigkeit durch andere Kriterien (wirtschaftliche Abhängigkeit, Kontextsteuerung) erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht zielführend. Zudem sollte der Arbeitnehmerbegriff im Interesse des europäischen Binnenmarktes nur unter Beachtung europarechtlicher Wertungen neu gestaltet werden.

Das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit bietet ausreichenden Auslegungsspielraum, um auch bei neuen Formen der Erwerbsarbeit unabhängig von der fehlenden Weisungsbindung hinsichtlich der Arbeitszeit und des Arbeitsortes zu einer sachgerechten Einordnung zu kommen. Sie vermeidet zugleich die Überbewertung von einzelnen Indizien, die für sich genommen die weitgehenden Eingriffe in die Privatautonomie, die mit der Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften verbunden ist, nicht rechtfertigen. So kann insbesondere der von *Bücker* in die Diskussion eingebrachten „Kontextsteuerung“ sachgerecht im Rahmen der persönlichen Abhängigkeit Rechnung getragen werden. Der Arbeitnehmerstatus ist nicht an eine klassische direkte Weisungserteilung gebunden. Eine Kontextsteuerung ist im Endeffekt eine „weiche“

¹¹⁰ Vgl. auch *Haupt/Wollenschläger*, NZA 2001, 289 (292).

¹¹¹ *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984 (988).

¹¹² *Deinert*, Soloselbstständige, Kapitel B Rn. 23; *Pacha*, 2018, S. 185; *Brose*, NZS 2017, 7 (12) für den sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff; a.A. wohl *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (321).

Form der Fremdsteuerung, bei der der Verzicht auf Weisungen so lange irrelevant ist, solange der Dienstberechtigte sich sein jederzeitiges detailliertes Weisungsrecht vorbehält.¹¹³ Die Probleme ergeben sich also nicht aus dem grundsätzlich weiterhin geeigneten Kriterium der persönlichen Abhängigkeit, sondern aus dem Bedarf an geeigneten Indizien, wenn auf die klassische, direkte Weisungsbindung hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit verzichtet wird.

Generell lässt sich aus der Verschiebung von Beschäftigung aus Arbeitsverhältnissen in selbstständige Erwerbstätigkeit nicht unmittelbar die Notwendigkeit der Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes schlussfolgern. Sie ist im Gegenteil erwünscht, wenn sie mit mehr Autonomie des Beschäftigten verbunden ist. Der Anstieg der Solo-Selbstständigkeit ist damit für sich genommen nicht aussagekräftig. Überzeugender als der Ruf nach einer pauschalen Ausdehnung des Arbeitnehmerschutzes ist es zu hinterfragen, für welche Beschäftigten welcher Schutz tatsächlich angemessen ist. Bereits heute existieren Gruppen von Selbstständigen, die teilweise arbeitsrechtlichem Schutz unterliegen.¹¹⁴

c) Einordnung von Crowdworkern

Für die arbeitsrechtliche Einordnung *de lege lata* bleibt damit entscheidend, ob der jeweilige Crowdworker in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht.¹¹⁵

Eine pauschale Einordnung von Arbeiten, die über Internetplattformen angeboten werden, verbietet sich aufgrund der Vielfalt der Geschäftsmodelle sowie der unverzichtbaren Gesamtabwägung der Einzelfallumstände.¹¹⁶ Grundsätzlich ist auch bei den vielfältigen Formen der Erwerbstätigkeit über Plattformen danach zu unterscheiden, zwischen welchen Personen tatsächlich ein Vertragsverhältnis besteht und welchen Rechtscharakter die Vertragsbeziehung im Einzelfall aufweist, insbesondere ob es von einer Weisungsbindung geprägt ist. Die Feststellung der Vertragsstrukturen wird durch die Mehrzahl der integrierten Akteure sowie die Pluralität der Vertragsverhältnisse erschwert. Es stellt sich bereits die Frage, zu welcher Vertragspartei überhaupt das Abhängigkeitsverhältnis bestehen soll. Im Folgenden sollen zunächst die Vertragsverhältnisse und beteiligten Akteure dargestellt werden, um darauf aufbauend die persönliche Abhängigkeit zum jeweiligen Akteur zu untersuchen.

¹¹³ ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 13.

¹¹⁴ Dazu im Einzelnen Abschnitt II. 2.

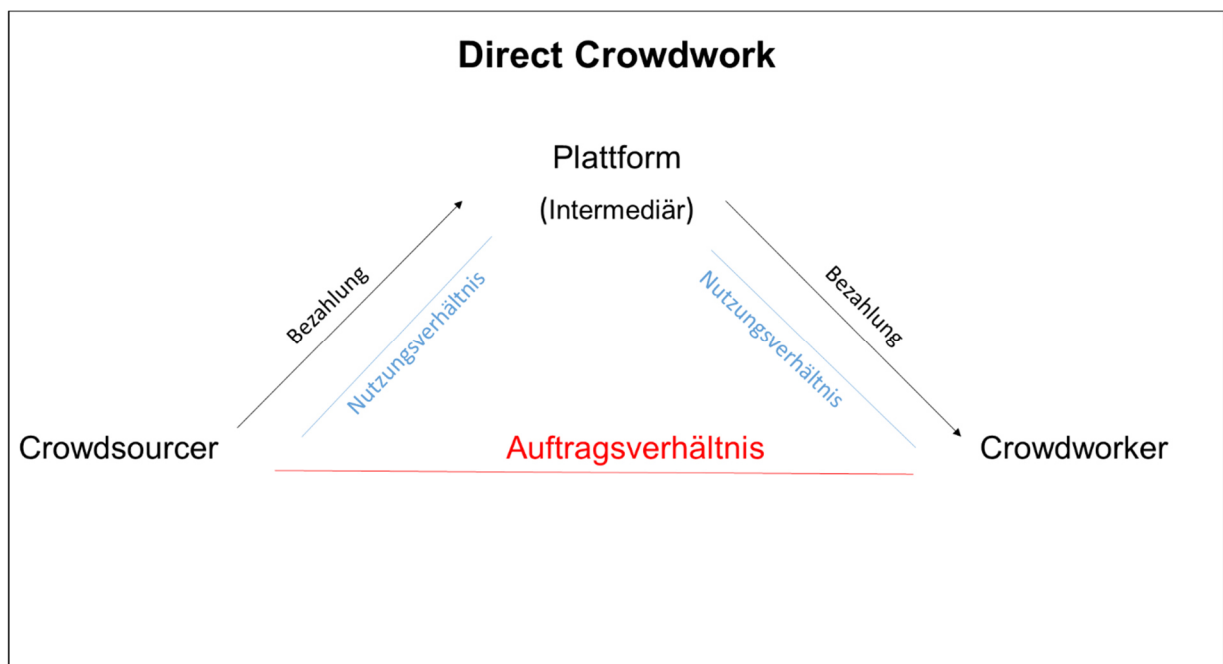
¹¹⁵ Eine Übersicht zur arbeitsrechtlichen Einordnung („Entscheidungsbaum“) findet sich im Anhang des Abschnitts II.

¹¹⁶ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 104; Rinck, RdA 2019, 126 (128), die zutreffend ausführt, dass es „DEN“ Crowdworker nicht gibt; so auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Fraktion „Die Linke“ zum Crowdwork, BT-Drucks 18/3032.

aa) Vertragsverhältnisse und beteiligte Akteure

Das Vertragskonstrukt zwischen den drei Akteuren (Plattformbetreibendes Unternehmen, Crowdsourcer und Crowdworker)¹¹⁷, teilweise sogar vier Akteuren¹¹⁸ kann sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.¹¹⁹ Zu unterscheiden ist zunächst zwischen den vorgeschalteten Nutzungsvereinbarungen zwischen der Plattform und den Crowdsourcern (Plattform <-> Crowdsourcer) sowie der Plattform und den Crowdworkern (Plattform <-> Crowdworker) sowie andererseits den konkreten Auftragsverhältnissen. Während die Nutzungsvereinbarungen auf der ersten Stufe jeweils die Bedingungen der Nutzung der Plattform regeln, sind die eigentlichen Auftragsverhältnisse (auf der zweiten Stufe) sowohl direkt zwischen Crowdsourcer und Crowdworker („**Direct Crowdwork**“: Crowdsourcer <-> Crowdworker) als auch in der Form vorzufinden, dass Crowdworker und Crowdsourcer keinen unmittelbaren Vertrag schließen, sondern – entsprechend den Nutzungsvereinbarungen - jeweils mit der Plattform einen Vertrag abschließen („**Indirect Crowdwork**“: Crowdsourcer <-> Plattform <-> Crowdworker).¹²⁰

Abbildung 5: Vertragsverhältnisse im „Direct“ und „Indirect Crowdwork“

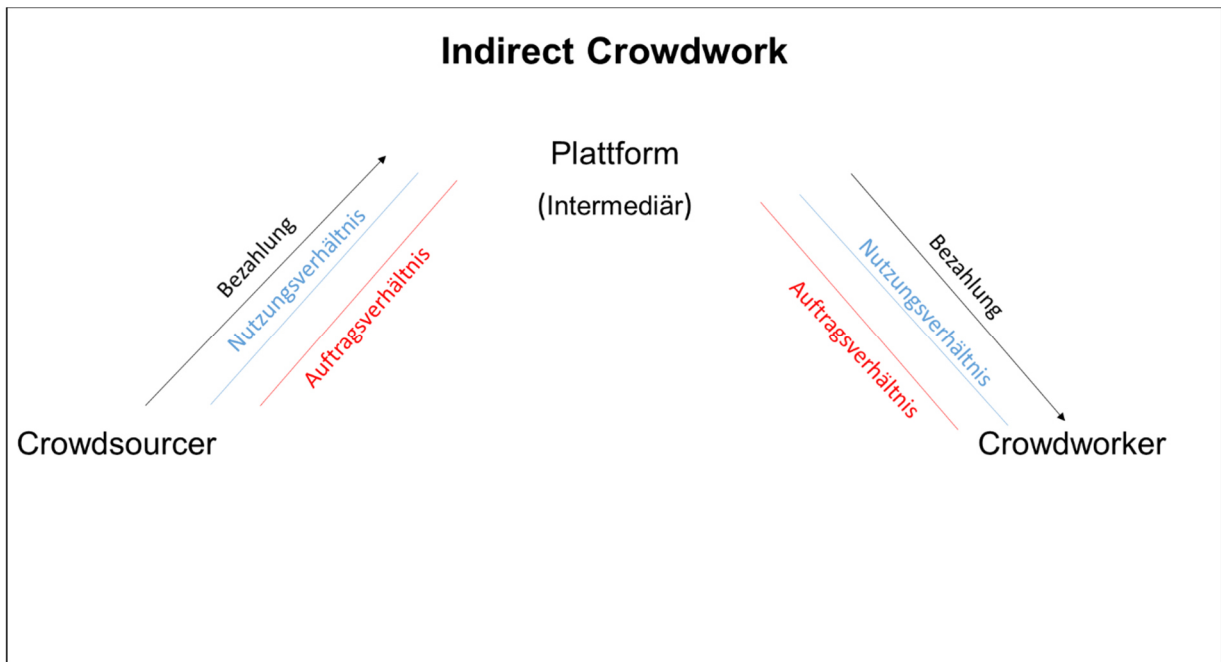


¹¹⁷ Crowdsourcer sind die Auftraggeberinnen und Auftraggeber, die eine Arbeit über die Plattform an die „Crowd“ auslagern; Crowdworker sind die Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer, die über die Plattform Aufträge erhalten.

¹¹⁸ So beispielsweise bei den Lieferdiensten *Foodora* und *Deliveroo*, bei denen die Plattform, die Endkundin bzw. der Endkunde, das jeweilige Restaurant sowie die Fahrerin bzw. der Fahrer beteiligt sind. *Foodora* schließt allerdings mit seinen Fahrern Arbeitsverträge ab, behandelt diese also nicht wie die anderen Plattformen als Selbstständige.

¹¹⁹ Im Rahmen des Gutachtens kann nur auf typische Formen eingegangen werden, eine Darstellung jeglicher Geschäftsmodelle und damit verbundenen Vertragskonstruktionen kann dagegen hier nicht geleistet und eine Vollständigkeit damit auch nicht gewährleistet werden.

¹²⁰ Dazu auch *Pacha*, 2018 S. 117 f.



(1) Nutzungsverhältnisse als Rahmenvereinbarungen

Das Nutzungsverhältnis kommt durch die Registrierung des Crowdworkers und die darauffolgende Freischaltung durch die Plattform zustande.¹²¹ Die Nutzungsvereinbarung zwischen Crowdworker und Plattform kann selbst weder als Dienst- noch als Arbeitsverhältnis angesehen werden. Sie regelt lediglich die Rahmenbedingungen für zukünftige über die Plattform abzuschließende Geschäfte. Sie verpflichtet den Crowdworker weder zu einer konkreten Leistung, noch dazu eine bestimmte Anzahl an Aufträgen annehmen zu müssen.¹²² Auch nach der Rechtsprechung des BAG ist notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, dass sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer vertraglich zur Leistung von konkreten Diensten verpflichtet. Eine Rahmenvereinbarung, welche nur die Bedingungen der erst noch abzuschließenden Arbeitsverträge wiedergibt, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, ist kein Arbeitsvertrag.¹²³ Das Nutzungsverhältnis ist als Rahmenvertrag ein Dauerschuldverhältnis eigener Art.¹²⁴ Auch die Plattform ist weder zur Bereitstellung von Aufträgen verpflichtet, noch muss sie dem Crowdworker eine dauerhafte Verfügbarkeit gewährleisten.¹²⁵ Trotzdem ist zu beachten, dass je nach Plattform (erheblicher) Einfluss auf die Gestaltung des Auftragsverhältnisses durch die

¹²¹ Bei der Registrierung stimmen Crowdworker sowie Crowdsourcer den jeweiligen Nutzungsbedingungen (AGB) der Plattformen zu; so z. B. Ziffer 1.3 AGB *Twago* oder Ziffer II 1.) a) S. 5 AGB *Streetspotr*; § 2.1 *Clickworker*.

¹²² *Brose*, NZS 2017, 7 (10).

¹²³ BAG v. 15. 2.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733 Rn. 15; v. 16.4.2003 - 7 AZR 187/02, NZA 2004, 40.

¹²⁴ *Pacha*, 2018, S. 114.

¹²⁵ *Pacha*, 2018, S. 112, 115, siehe auch beispielsweise § 1 Abs. 3 AGB *Appjobber*.

Nutzungsbedingungen (AGB) genommen wird.¹²⁶ Das Nutzungsverhältnis ist selbst aber nur Voraussetzung bzw. Vorstufe zum eigentlichen Auftragsverhältnis.¹²⁷

(2) Auftragsverhältnisse

Beim konkreten Auftragsverhältnis lassen sich die Geschäftsmodelle der Plattformen nach Direct und Indirect Crowdwork unterscheiden. Während beim **Direct Crowdwork** ein Auftragsverhältnis direkt zwischen Crowdworker und Crowdsourcer bestehen soll, werden beim **Indirect Crowdwork** Auftragsverhältnisse von Crowdsourcer und Crowdworker jeweils mit der Plattform geschlossen.¹²⁸ Die Plattform agiert in letzterem Fall damit nicht nur als Vermittlerin, sondern übernimmt und prüft auch die Arbeitsergebnisse.¹²⁹ Sie wickelt das komplette Auftragsverhältnis für den Crowdsourcer ab. Es kommt zu keinem Kontakt zwischen Crowdworker und Crowdsourcer.¹³⁰ Beispiele für solche sog. Full-Service-Plattformen sind *Clickworker*, *Crowd Guru*, *MylittleJob* und *Streetspotr*. Vertragspartnerin des Crowdworkers ist in diesen Fällen also nur die Plattform.

In anderen Fällen kommt es zu einer Mischung der Auftragsabwicklung durch die Plattform und den Crowdsourcer selbst, so dass häufig nicht transparent wird, wer unmittelbare Auftraggeberin oder Auftraggeber ist. Die Plattform kontrolliert die Arbeitsergebnisse nicht, sondern schaltet sich nur bei Konflikten zwischen Crowdsourcer und Crowdworker ein. Sie wickelt aber ggfs. die Bezahlung für den Crowdsourcer ab und vereinnahmt dabei eine Provision. Teilweise wird die Zahlungsabwicklung aber auch nur insoweit übernommen, als die Plattform ein virtuelles Konto zur Verfügung stellt, über das die Parteien die Zahlung abwickeln. Eine abschließende Darstellung kann im Rahmen des Gutachtens aufgrund der Fülle an unterschiedlichen Modellen sowie deren dynamischem Wandel¹³¹ nicht geleistet werden. In der Regel sehen sich

¹²⁶ So werden insbesondere Regelungen zur Aufgabendurchführung, zur Abnahme und Gewährleistungsrechten, zur Vergütung sowie zur Einräumung urheberrechtlicher Nutzungs- und Verwertungsrechte getroffen.

¹²⁷ Vgl. bspw. § 2.6 AGB *clickworker*: 2 Erfolgt eine Freischaltung des Benutzerkontos durch die Plattform „clickworker“, erhält der Clickworker die Möglichkeit, den Workplace zu nutzen und „clickworker“ Angebote gemäß Ziffer 3.1 zu unterbreiten. Ein weitergehendes Vertragsverhältnis zwischen dem Clickworker und der Plattform "clickworker" kommt durch die Freischaltung nicht zustande.“

¹²⁸ *Hötte* MMR 2014, 795 (798).

¹²⁹ Vgl. bspw. § 3.2. AGB *Clickworker*.

¹³⁰ *Pacha*, 2018, S. 119 f.

¹³¹ Die Geschäftsmodelle insbesondere der Self-Service Plattformen unterliegen einem stetigen Wandel. Helpling hat ggfs. aufgrund der starken Kritik und der Vermutung der Scheinselbstständigkeit bzw. verdeckten Arbeitnehmerüberlassung seine anfängliche Festsetzung der Preise aufgegeben. Nunmehr können die Reinigungskräfte die Preise selbst festlegen.

die Plattformen bei solchen sog. „Self-service-Plattformen“ nur als reine Vermittlerin, nicht hingegen als Vertragspartnerin des Crowdworkers (so z. B. *Amazon Mechanical Turk*¹³², *Appjobber*¹³³, *Helpling*¹³⁴).

bb) Bezeichnung der Crowdworker als Selbstständige

Unabhängig von Direct und Indirect Crowdwork¹³⁵ wird in den AGB der Plattformen i.d.R. durchweg klar gestellt, dass die Aufgabendurchführung des Crowdworkers weisungsfrei und damit selbstständig erfolge.¹³⁶ Während teilweise ausdrücklich eine Arbeitnehmereigenschaft ausgeschlossen wird¹³⁷, ergibt sich dies im Übrigen aus den Rahmenbedingungen zur Vertragsdurchführung, die durchweg als freier Dienst- oder Werkvertrag ausgestaltet sind.¹³⁸ Häufig vorzufinden ist eine Ausgestaltung als Werkvertrag: Der Crowdworker erhält die vereinbarte Vergütung erst, wenn er ein Arbeitsergebnis abliefert und nicht schon für das bloße Tätigwerden.¹³⁹ Die Zahlung der Vergütung ist damit abhängig vom Erfolgseintritt, wie dies für einen Werkvertrag kennzeichnend ist.

Die vertraglichen Vereinbarungen und auch die Nutzungsbedingungen haben hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Einordnung allerdings lediglich eine Indizfunktion¹⁴⁰ bzw. können bei direktem Auftragsverhältnis zwischen Crowdworker und Crowdsourcer als Auslegungshilfe herangezogen werden.¹⁴¹ Zeigt die tatsächliche Durchführung des Auftragsvertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung in der Nutzungsvereinbarung oder – bei separaten Vertragsbedingungen – des Auftragsverhältnisses nicht an. Maßgeblich ist nach allgemeinen Grundsätzen die tatsächliche Durchführung.¹⁴² Die Anwendung zwingender Arbeitsschutznormen kann generell nicht dadurch abbedungen werden, dass das Auftragsverhältnis formal als Werkvertrag ausgestaltet wird. Liegt eine persönliche Abhängigkeit vor, ist der Crowdworker Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer und wird nicht allein durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zur Werkunternehmerin oder zum Werkunternehmer.¹⁴³

¹³² So bspw. Ziffer 2 *Amazon Mechanical Turk* Participation Agreement (Stand: Letztes update Dezember 2018): “The Site is a venue for Requesters and Workers to conduct transactions. Unless we are participating on the Site as a Requester, we are not involved in the transactions, and have no control over the quality, safety, or legality of Tasks or consideration for Tasks, the ability of Workers to perform Tasks to Requesters' satisfaction, or the ability of Requesters to pay for Tasks. We are not responsible for the actions of any Requester or Worker, or performing any screening of Requesters or Workers. Your use of the Site is at your own risk. Because we are not a party to the transactions between Workers and Requesters, we are not responsible for resolving any disputes between participants related to any Tasks or any transaction. If you do become aware of a participant violating this Agreement or otherwise disrupting the operation of the Site, you may report that.”

¹³³ § 4 Abs. 1 AGB *Appjobber*.

¹³⁴ § 3 Ziffer 4. AGB *Helpling*.

¹³⁵ Zur mittelbaren Wirkung der Nutzungsbedingungen auf das Auftragsverhältnis bei Direct Crowdwork ausführlich *Pacha*, 2018, S. 128 ff.

¹³⁶ Vgl. bspw. § 3.2 AGB *Clickworker*; § 1 Nr. 1 S. 2 AGB *Testbirds*; § 3 Nr. 4 AGB *Helpling*; Ziffer 3 d) Participation Agreement *Amazon Mechanical Turk*; die Einschätzung teilend *Kocher/Hensel* NZA 2016, 984 (985).

¹³⁷ § 3 Nr. 4 AGB *Helpling*.

¹³⁸ Bspw. *Clickworker*, die die fehlende Verbindlichkeit sowie Abnahme der Arbeitsergebnisse betonen, § 3.2 AGB *Clickworker*

¹³⁹ So heißt es z. B. in den AGB von *Clickworker*: „Liefert der Clickworker die entsprechenden Leistungen fristgerecht ab, wird ihm die in der Projektbeschreibung genannte Vergütung auf sein Benutzerkonto vorläufig gutgeschrieben“ (§ 3.2 Abs. 4).

¹⁴⁰ ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 43 ff.

¹⁴¹ *Pacha*, 2018, S. 135.

¹⁴² § 611a Abs. 1 S. 6 BGB; Ständige Rechtsprechung, des BAG, vgl. BAG v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 16.

¹⁴³ BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348 Rn. 16.

Die Qualifikation der konkreten Aufträge wird durch die Aufteilung der Aufgaben zwischen Plattform und Crowdsourcer erschwert. Zusätzlich erschwert die Tatsache, dass regelmäßig nur die Nutzungsbedingungen Regelungen für das Auftragsverhältnis enthalten, es aber kein eigenständiges Vertragsdokument gibt, die Feststellung, zwischen welchen Parteien ein Vertragsverhältnis besteht und wie dieses zu qualifizieren ist. Inwiefern der Crowdsourcer die Bedingungen des Auftrages bestimmt oder die Plattform bereits die Auftragsbedingungen vorgibt, unterscheidet sich je nach Plattform erheblich. Von der im Einzelfall sehr anspruchsvollen Aufgabe der Feststellung der Vertragsverhältnisse sowie deren Charakter befreien die Nutzungsbedingungen der Plattformen sowie deren pauschale Einordnung als selbstständige Tätigkeit letztlich nicht. Sie geben aber einen Hinweis darauf, dass eine Einordnung der Crowdworker als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer regelmäßig, jedenfalls von Crowdsourcer- und Plattformseite, nicht gewollt ist.

cc) Persönliche Abhängigkeit zum Crowdsourcer

Beim **Direct Crowdwork** ist zunächst eine persönliche Abhängigkeit zum Crowdsourcer in Betracht zu ziehen. Ein direktes und ausdrückliches Vertragsverhältnis ist allerdings für die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit nicht erforderlich. So ist theoretisch auch beim **Indirect Crowdwork** eine persönliche Abhängigkeit denkbar, die ggfs. zur Qualifizierung als (verdeckte/illegale) Arbeitnehmerüberlassung führen kann.¹⁴⁴ Allerdings wird das Modell des Indirect Crowdwork häufig derart abgewickelt, dass der Crowdworker gar keinen Kontakt zum Crowdsourcer hat und der Crowdsourcer sogar in vielen Fällen anonym bleibt. Jedenfalls werden in der Regel im Modell des Indirect Crowdwork keine arbeitsbezogenen Weisungen durch den Crowdsourcer erteilt.

Hinsichtlich der Frage nach einer persönlichen Abhängigkeit zum Crowdsourcer kann zudem die Unterscheidung zwischen **Cloudwork** (ortsunabhängig) und **Gigwork** (ortsabhängige Leistungserbringung)¹⁴⁵ von Bedeutung sein. Während die ortsunabhängige Leistungserbringung in der Regel auch mit einer freien Wahl der Arbeitszeit(lage) und oftmals auch der Arbeitsweise verbunden ist, ist der Einfluss der Auftraggeberin oder des Auftraggebers bei einer Leistungserbringung vor Ort regelmäßig (naturgemäß) größer bzw. die Wahrscheinlichkeit höher, dass weitere Weisungen hinsichtlich Zeit und Inhalt der Arbeit erteilt werden. Allerdings verbietet es sich, allein aus der Tatsache, dass die Leistungen im Rahmen der organisatorischen Gegebenheiten der Auftraggeberin oder des Auftraggebers zu erbringen sind („On-site“-Verträge), auf eine Arbeitnehmereigenschaft zu schließen.¹⁴⁶ Kommen aber weitere Umstände hinzu, die über

¹⁴⁴ Auch bei der (legalen und offenen) Arbeitnehmerüberlassung liegt eine persönliche Abhängigkeit zum Entleiher vor ohne dass hier ein Vertragsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter besteht.

¹⁴⁵ Die juristische Fachliteratur spricht in diesem Rahmen häufig von „On Demand Economy“ und verwendet den Begriff Crowdwork (i.e.S.) häufig nur für den Bereich des Cloudwork, s. auch *Leist/Hießl/Schlachter*, Plattformökonomie Eine Literaturlauswertung, BMAS Forschungsbericht 499, 2017, S. 32.

¹⁴⁶ BAG v. 21.7.2015 – 9 AZR 484/14, NZA-RR 2016, 344.

diejenigen, die der Eigenart der zur erbringenden Leistung (Serviceleistung) geschuldet sind, hinausgehen, liegt die Annahme einer Weisungsbindung beim **Gigwork** näher als beim ortsunabhängigen Cloudwork. Praktisch bedeutsam ist insbesondere der häufig bei einfachen ortsgebundenen Tätigkeiten gegebene Umstand, dass der Auftraggeber auch die Arbeitsmittel zur Verfügung stellt (z. B. Haushaltsdienstleistungen oder sonstige einfache handwerkliche Tätigkeiten)¹⁴⁷ und weitere Vorgaben hinsichtlich Arbeitsinhalt oder der Arbeitsweise macht. So ist auch das BAG der Auffassung, dass bei untergeordneten, einfachen (manuellen/handwerklichen) Arbeiten eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen ist als bei gehobenen Tätigkeiten.¹⁴⁸ Bei einfachen Tätigkeiten bestehen von vornherein nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten. Daher können schon wenige organisatorische Weisungen den Gigworker in der Ausübung der Arbeit so festlegen, dass von einer im Wesentlichen freien Gestaltung der Tätigkeit nicht mehr die Rede sein kann. Der Bereitstellung der Arbeitsmittel kommt in diesem Rahmen jedenfalls eine stärkere Indizwirkung zu.¹⁴⁹ Zu beachten ist aber, dass aus einem einzelnen Indiz, wie dem Arbeiten mit fremden Arbeitsmitteln, nicht auf eine persönliche Abhängigkeit geschlossen werden kann. Ebenso wenig rechtfertigt umgekehrt der Einsatz eigener Arbeitsmittel den Schluss auf eine selbstständige Tätigkeit.

Aufgrund der zusätzlichen Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Reinigung wird ein Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber insbesondere bei Plattformen, die Reinigungsdienstleistungen anbieten, in Betracht gezogen.¹⁵⁰ Bei gehobenen Dienstleistungen (bspw. Online-Rechtsberatung oder Gesundheitsberatung) wird dagegen eine persönliche Abhängigkeit regelmäßig abgelehnt.¹⁵¹ Nationale Entscheidungen, in denen eine Arbeitnehmereigenschaft angenommen wurde, sind allerdings nicht bekannt. In Großbritannien und den Niederlanden wurden hingegen jüngst *Uber*-Fahrer und *Deliveroo*-Fahrer in zwei Entscheidungen als Arbeitnehmer der jeweiligen Plattformen eingestuft.¹⁵² Bei dem Fahrdienst *Uber* und dem Essens-Lieferdienst *Deliveroo* handelt es sich allerdings um sehr spezielle Fälle, bei denen die Plattformen umfassend den Arbeitsprozess bestimmen. Die Entscheidungen können nicht auf alle Geschäftsmodelle des Gigwork übertragen werden.

Neben einem Arbeitsverhältnis zum Crowdsourcer käme grds. auch eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung in Betracht. Gegen sie spricht allerdings regelmäßig die bei fast allen Plattform-Geschäftsmodellen einschlägige Besonderheit, dass der jeweilige Crowdworker (oder in diesem Fall Gigworker)

¹⁴⁷ BAG v. 22.6.1994 – 7 AZR 506/93, BeckRS 1994, 30919682.

¹⁴⁸ BAG v. 16.7.1997 5 AZR 312/96, NZA 1998, 368 Gründe zu I..

¹⁴⁹ BAG v. 22.6.1994 – 7 AZR 506/93, BeckRS 1994, 30919682; kritisch zur Hervorhebung wer die Arbeitsmittel stellt *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042 (1044).

¹⁵⁰ *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042 (1045), die aufgrund der regelmäßigen Weisungen hinsichtlich der konkreten Art und Weise der Reinigung ein Arbeitsverhältnis in Betracht ziehen.

¹⁵¹ *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042 (1045).

¹⁵² Vgl. Court of Appeal, London v. 19.12.2018, Case No. A2/2017/3467, [2018] EWCA Civ 2748 und Rechtsbank Amsterdam v. 15.1.2019, 7044576 CV EXPL 18-I4763 und 7044576 CV EXPL 18-I4762, FNV/Deliveroo); Bei den beiden Geschäftsmodellen handelt es sich aber um Spezialfälle, vgl. auch Kurzmitteilung in Heft 4 AuR 2019, 187.

nicht verpflichtet ist, Aufträge anzunehmen. Eine Arbeitnehmerüberlassung setzt ein Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und Crowdworker voraus. Die Überlassung freier Mitarbeiter fällt nicht unter das AÜG. Nur wenn der Verleiher (hier: Plattform) den Crowdworker anweisen kann, im Entleiherbetrieb tätig zu werden und der Crowdworker nach den Weisungen des Entleihers (hier Crowdsourcer) tätig wird, könnte das Geschäftsmodell als Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert werden. Bei den überwiegenden Plattformen, die Gigwork anbieten, hat die Plattform nicht das Weisungsrecht hinsichtlich des jeweiligen Einsatzes (z. B. Reinigungsportale).¹⁵³

Regelmäßig in Betracht kommen wird daher beim Modell des **Gigwork** nur ein unmittelbares Arbeitsverhältnis zur Auftraggeberin oder zum Auftraggeber.¹⁵⁴ Strikt abzulehnen ist die in der Literatur vertretene Auffassung, dass bereits die Regelmäßigkeit bzw. die wiederholte Auftragserteilung durch denselben Crowdsourcer auf eine persönliche Abhängigkeit schließen lasse.¹⁵⁵ Die Dauer oder Regelmäßigkeit der Geschäftsbeziehungen¹⁵⁶ gibt keinen unmittelbaren Hinweis darauf, um welche Vertragsart es sich handelt. Wiederkehrende Arbeiten können auch über Jahre hinweg auf Grundlage eines freien Werk- oder Dienstvertrages erbracht werden. Verwiesen sei nur auf die Leistungen eines Steuerberaters, die nicht selten sogar über Jahrzehnte für ein Unternehmen erbracht werden, ohne dass dies auch nur entfernt ein Indiz für eine persönliche Abhängigkeit wäre. Umgekehrt können Arbeitsverhältnisse oder eine Arbeitnehmerüberlassung auch für einen einmaligen kurzen Zeitraum oder sogar tagesweise abgeschlossen bzw. vereinbart werden.¹⁵⁷ Allenfalls lässt sich feststellen, dass sich mit zunehmender Dauer des Vertragsverhältnisses die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass konkrete Weisungen erteilt werden. Ein unmittelbarer Schluss auf eine persönliche Abhängigkeit kann aus der Dauer der Vertragsbeziehung dagegen nicht gezogen werden.

Der Umstand, dass der überwiegende Teil der **Cloudworker** nicht durch feste Vorgaben hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsweise sowie ebenso wenig durch eine Eingliederung in eine Betriebsorganisation oder den Betriebsablauf der jeweiligen Crowdsourcer bestimmt wird sowie die Tatsache, dass insbesondere beim **Indirect Crowdwork** (in Form des Cloudwork) oftmals gar kein persönlicher Kontakt zwischen Crowdsourcer und Cloudworker besteht, sprechen regelmäßig dafür, dass keine konkreten Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort und auch der Art und Weise der Auftragserfüllung gemacht werden.

¹⁵³ Dazu auch *Preis/Brose*, Forschungsbericht 490, 2017, S. 60.

¹⁵⁴ Hier kann lediglich eine punktuelle Tendenz vorgenommen werden, da nicht jegliche Geschäftsmodelle abgedeckt werden können. Entsprechende Aussagen stehen daher immer unter dem Vorbehalt der Prüfung der Umstände des Einzelfalls.

¹⁵⁵ *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042 (1045).

¹⁵⁶ BAG v. 13.5.1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357 (Gründe unter I 5. b); v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19 (unter Abschnitt III.2.b).

¹⁵⁷ BAG v. 19.1.2000 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 („Beide Rechtsformen sind sowohl mit als auch ohne Dauerverpflichtung denkbar“).

Auch beim (Direct) **Cloudwork** ist eine persönliche Abhängigkeit zum Crowdsourcer allerdings nicht völlig ausgeschlossen. So können Crowdsourcer über Emails oder andere digitale Kommunikationsmittel Weisungen an den Cloudworker erteilen. *Amazon Mechanical Turk* stellt z. B. eine plattforminterne Kommunikationsmöglichkeit via Chat für Crowdsourcer und Crowdworker zur Verfügung, so dass Weisungen auf diesem Weg erteilt werden könnten.¹⁵⁸ Bei einem großen Teil der Cloudwork-Plattformen wird in der Praxis aber der Auftrag abschließend durch die Einstellung auf der Plattform definiert und es kommt zu keinem weiteren Austausch.

Somit ist die Aussage, dass insbesondere **Cloudworker** „regelmäßig“ in **keinem Arbeitsverhältnis zur Auftraggeberin oder zum Auftraggeber** stehen, bei den geschilderten Modellen unter dem Vorbehalt der vertragskonformen Durchführung eine durchaus zutreffende Umschreibung des Regelfalles. Auch **Gigworker** (ortsgebundene Leistungserbringer) stehen nur dann im **Arbeitsverhältnis zum Crowdsourcer**, wenn über die Auftragsbeschreibung hinweg konkrete Weisungen hinsichtlich des Inhalts der Arbeit erfolgen bzw. die Auftragsbeschreibung bereits eine Weisungsabhängigkeit nahelegt.

dd) Persönliche Abhängigkeit zur Plattform

Die plattformbetreibenden Unternehmen sehen sich naturgemäß selbst lediglich als Vermittler, nicht als Arbeitgeber. Diese Selbsteinschätzung wird aber regelmäßig auch durch konkrete Fakten gestützt. Agiert die Plattform tatsächlich nur als reine Vermittlerin, ist ein Arbeitsverhältnis mit der Plattform abzulehnen. In den Fällen reiner Vermittlungstätigkeit lehnt das BAG unabhängig von den Einnahmen, die der Crowdworker über die Plattform erzielt, zutreffend auch eine Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ab. Die bloße Gewährung einer Verdienstmöglichkeit kann selbst keine wirtschaftliche Abhängigkeit begründen.¹⁵⁹ Ein entsprechend breites Angebot von Verdienstmöglichkeiten ist im Gegenteil gerade Voraussetzung von wirtschaftlicher Unabhängigkeit, sollte damit durch die Rechtsordnung gefördert und nicht durch Überregulierung unterbunden werden. Handelt es sich also sowohl vertraglich als auch tatsächlich um eine rein vermittelnde Tätigkeit in Form des **Direct Crowdwork**, scheidet ein Vertragsverhältnis zur Plattform aus.

Die Annahme einer reinen Vermittlertätigkeit wird aber vielfach durch die umfassenden Kontrollrechte in Frage gestellt, die sich die Plattformen vorbehalten.¹⁶⁰ So übernehmen die Plattformen häufig die passgenaue Auswahl von Crowdsourcer und geeignetem Crowdworker („Matching“), sie beurteilen damit die passende Qualifikation. Zudem bieten sie umfangreiche Service-Leistungen an, wie die Vertragsgestaltung, Rechnungstellungen, Beratung, sorgen teilweise für Urlaubs- und Krankheitsvertretung, unterstützen die

¹⁵⁸ Pacha, 2018, S. 173.

¹⁵⁹ BAG v. 21.2.2007 – 5 AZB 52/06, BAGE 121, 304. Zur Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person noch unter Ziffer 2.

¹⁶⁰ Klebe, AuR 2016, 277 (279); Koche/Hensel, NZA 2016, 984; Krause, Gutachten B DJT 2016, B 105.

Crowdworker bei formellen Angelegenheiten, wie etwa der Beantragung des Gewerbescheins, und vermitteln bzw. gewährleisten Haftpflichtschutz durch Gruppenversicherungen. Sehr häufig wird außerdem die Vergütung über die Plattform abgewickelt. Zusätzlich kontrollieren die Plattformen die Qualität der erbrachten Tätigkeit entweder durch eigene Einschätzung oder mittelbar durch Bewertungssysteme.¹⁶¹

Fungiert aufgrund einer Kumulierung dieser zusätzlichen Leistungen letztlich die **Plattform** selbst als **zentrale Akteurin**, kann sich daraus eine persönliche Abhängigkeit des Crowdworkers ergeben. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die Plattform in ihren AGB das Modell des **Indirect Crowdwork** ausdrücklich vorsieht, sondern kann auch bei Klauseln, die ein Auftragsvertragsverhältnis zur Plattform ausschließen sollen (und damit ein **Direct Crowdwork** suggerieren) der Fall sein, wenn die weiteren Vertragsbedingungen oder die tatsächliche Vertragsdurchführung hingegen auf ein Abhängigkeitsverhältnis zur Plattform schließen lassen. Wenn die Plattform enge Vorgaben für die zu erbringende Tätigkeit macht (z. B. Vorgabe zum Stundenlohn, zum zeitlichen und inhaltlichen Tätigkeitsumfang und zur Auftragsdurchführung) und diese auch engmaschig kontrolliert, kann dies eine Weisungsabhängigkeit begründen.¹⁶² Dagegen begründet allein die Aufstellung gewisser Konditionen für die zu erbringenden Tätigkeit durch die Plattform für sich genommen noch kein Arbeitsverhältnis. Hinzukommen müssen weitere Vorgaben oder Kontrollmaßnahmen, die auf eine Steuerung der Tätigkeit durch die Plattform hinweisen.¹⁶³ Wie stets kommt es damit ganz auf die konkrete Ausgestaltung der AGB sowie die Vertragsdurchführung im Einzelfall an.

Folgende Umstände werden idR gegen eine Einordnung als Arbeitsverhältnis sprechen¹⁶⁴:

(1) Freiwillige Leistungserbringung

Die Annahme einzelner Aufträge wird dem Crowdworker freigestellt, weswegen das Nutzungsverhältnis selbst nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden kann.¹⁶⁵ Für eine Selbstständigkeit spricht zusätzlich, wenn der Crowdworker auch im konkreten Auftragsverhältnis keiner Pflicht zur Leistungserbringung unterliegt. So erlauben einige Plattformen dem Crowdworker sogar nach Auftragserteilung den Auftrag ohne Konsequenzen abubrechen bzw. den Bearbeitungszeitraum verstreichen zu lassen.¹⁶⁶ Ist dies der Fall, kann der Crowdworker selbst nach Auftragserteilung frei über seine Arbeitskraft verfügen, was sogar im

¹⁶¹ Dazu auch *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984 (987).

¹⁶² Dazu bereits unter Abschnitt II. 1.b) bb) (3) „informationelle Abhängigkeit“.

¹⁶³ So auch *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1035).

¹⁶⁴ Es wird nochmals darauf hingewiesen, dass hier nicht alle denkbaren Konstellationen aufgegriffen werden können. Es werden an dieser Stelle daher typische Indizien, die gegen eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen aufgeführt. Auf Ausnahmen wird, soweit möglich, hingewiesen. Die folgenden Ausführungen haben daher keine Allgemeingültigkeit.

¹⁶⁵ Dazu bereits aa) (2).

¹⁶⁶ „Kein Erfüllungsanspruch“ der Plattform durch Auftragsannahme des Crowdworker: So § 3.2. AGB *Clickworker* sowie § 4.2. AGB *Crowdguru*.

freien Dienst- oder Werkvertragsverhältnis ungewöhnlich ist.¹⁶⁷ Eine persönliche Abhängigkeit liegt hier absolut fern.

Hervorhebung verdient, dass die für alle – selbstständigen und unselbstständigen – Vertragsbeziehungen typische Sanktionierung einer mangelhaften oder unterbliebenen Leistungserbringung umgekehrt keine Indizfunktion für eine persönliche Abhängigkeit hat. Gewährleistungsrechte und Vertragsstrafen sind sogar erst recht in freien Dienst- oder Werkverträgen unproblematisch und entsprechen gängiger Praxis. Entscheidend ist, ob die Plattform dem Crowdworker einseitig Aufgaben zuweisen kann. Rein wirtschaftliche Zwänge zur Annahme von Aufträgen wie die Sorge, zukünftig keine Aufträge mehr zu erhalten, begründen ggfs. eine wirtschaftliche, keinesfalls aber eine persönliche Abhängigkeit.¹⁶⁸ Sie sind im Gegenteil zwingender Bestandteil des allgemeinen Unternehmerrisikos jeder selbstständigen Unternehmerin oder jedes selbstständigen Unternehmers.

(2) Keine zeitliche und örtliche Weisungsbindung

Der Crowdworker kann grds. Lage und Umfang seiner Arbeitszeit selbst bestimmen. Das gilt insbesondere für **Cloudworker**, aber auch **Gigworker** können regelmäßig selbst entscheiden, für welche Zeiträume sie ihre Arbeitskraft anbieten bzw. welchen Auftrag sie annehmen wollen. Dass einzelne Aufträge zeitliche Vorgaben enthalten, ist noch kein Indiz für ein Arbeitsverhältnis, da auch freie Dienst- und Werkverträge regelmäßig Endtermine bzw. Deadlines für die Erledigung vorsehen. Solche werk- bzw. dienstleistungsbezogenen Weisungen sind nicht zu verwechseln mit dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers, das sich auf Umfang und Lage der täglichen bzw. wöchentlichen Arbeitszeit bezieht sowie den Zeitpunkt und die Länge der Pausen.¹⁶⁹

Zu einer arbeitsrechtlich relevanten zeitlichen Weisungsbindung könnte es allenfalls dann kommen, wenn die vorgegebene Zeit so kurz bemessen ist, dass gar kein Spielraum des Crowdworkers mehr besteht, die Lage und den Umfang selbst zu bestimmen. Zweifel an der zeitlichen Unabhängigkeit könnten sich daher z. B. bei *AppJobber* ergeben, weil nach deren AGB die Auftrags erledigung innerhalb einer Stunde zu erfolgen hat.¹⁷⁰ Allerdings hat das Verstreichenlassen der Zeit bei *AppJobber* lediglich zur Konsequenz, dass der Auftrag wieder für andere potenzielle Crowdworker freigeschaltet wird. Letztlich geht der Dienstleister damit keine vertragliche Leistungspflicht ein, deren Verletzung Sanktionen nach sich zieht. In der Kombination mit einer freiwilligen Auftrags erfüllung können kurze Zeitfenster somit nicht als zeitliche Weisungsbindung verstanden werden.¹⁷¹

¹⁶⁷ *Pacha*, 2018, S. 164.

¹⁶⁸ BAG 21.7.2015 9 AZR 484/14, NZA-RR 2016, 344 Rn. 25; BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 25.

¹⁶⁹ *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 (1030); *Pacha*, 2018, S. 167.

¹⁷⁰ § 2 Abs. 7 AGB *Appjobber*.

¹⁷¹ So im Ergebnis auch *Pacha*, 2018, S. 168.

Cloudworker sind auch hinsichtlich der Wahl ihres Arbeitsortes unabhängig. Bei **Gigworkern** spricht die Vorgabe des Ortes der Leistungserbringung ebenfalls nicht unmittelbar und zwingend für eine Weisungsabhängigkeit. Sie ergibt sich vielmehr aus der Eigenart der Tätigkeit (Reinigungsleistung, Handwerkerleistung etc.). Nur wenn über die zwangsläufig mit der Tätigkeit verbundenen zeitlichen und örtlichen Rahmenbedingungen hinausgehend weitere Vorgaben gemacht werden, kann eine arbeitsrechtlich relevante Weisungsbindung angenommen werden.

Die freie Wahl von Arbeitsort und Arbeitszeit besteht mittlerweile auch in vielen Arbeitsverhältnissen und ist Folge der Transformation der Arbeitswelt.¹⁷² Aus dem Fehlen von verbindlichen Vorgaben zur Arbeitszeit und zum Arbeitsort kann daher nur bedingt auf die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses geschlossen werden.

(3) Keine Weisungen hinsichtlich der Durchführung/Arbeitsweise

Neben der freien Wahl von Arbeitsort und Arbeitszeit können Crowdworker häufig aber auch selbst entscheiden, wie sie einen Auftrag erledigen. Außer einer Auftragsbeschreibung erhalten sie von der Plattform regelmäßig keine weitergehenden direkten Weisungen hinsichtlich der Methodik oder Durchführung. Allerdings enthalten die Nutzungsbedingungen häufig Regelungen zur Vertragsdurchführung. Die Leistungserbringung wird je nach Plattform unterschiedlich stark vertraglich „vorprogrammiert“ und zwar durch eine Kumulation von Auftragsbeschreibung und AGB. Diese detaillierte Vorprogrammierung durch umfassende Auftragsbeschreibung und Nutzungsbedingungen könnte im Einzelfall als vorweggenommene konkrete Weisungen angesehen werden. Allerdings werden in den AGB regelmäßig nur allgemeine Durchführungsregelungen im Sinne von „Verhaltensrichtlinien“ sowie zur Klarstellung der Abgabemodalitäten getroffen, hingegen werden keine konkreten Weisungen hinsichtlich der Durchführung des einzelnen Auftrages erteilt. Vorprogrammierungen in der Auftragsbeschreibung sind in aller Regel als Ausübung des werkvertraglichen (An-)Weisungsrechts zu verstehen (§ 645 BGB), wenn sie sich lediglich auf das vom Crowdsourcer gewünschte Arbeitsergebnis (das Werk) beziehen und nicht auf die Arbeitsweise oder die Zeiteinteilung an sich.¹⁷³ Während das werkvertragliche Anweisungsrecht projektbezogen und ergebnisorientiert ist, geht das arbeitsrechtliche Weisungsrecht darüber hinaus. Es ist personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert.¹⁷⁴

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass aus der Vorgabe einer zu verwendenden Software bzw. dem Zwang der Nutzung der von der Plattform zur Verfügung gestellten technischen Maske eine Weisungsbindung hinsichtlich der Durchführung resultieren könne.¹⁷⁵ Das überzeugt indes nicht. Allenfalls in

¹⁷² Dazu noch Abschnitt II. 4.

¹⁷³ BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348 Rn. 17; 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 26; *Pacha*, 2018, S. 176.

¹⁷⁴ BAG v. 1.12.1992 – 1 ABR 30/92, BeckRS 1992, 30743366 Gründe zu II.2).c).

¹⁷⁵ *H/S/H/Preis*, Multimedia-Recht, Teil 22.2 Rechtsfragen der Telearbeit Rn. 28.

Extremfällen mag eine solche Einstufung denkbar erscheinen, in denen durch eine Software alle einzelnen Arbeitsschritte vorgegeben werden. Grds. dient die zur Verfügung gestellte Software allerdings bloß der Unterstützung bzw. der optimalen Verwendbarkeit des Ergebnisses durch den Crowdsourcer. Entsprechende Vorgaben greifen dagegen im Normalfall nicht derart in den Arbeitsvorgang ein, dass dieser (alternativlos) vorgegeben wäre.¹⁷⁶

Auch die Einrichtung von Kontrollmechanismen begründet für sich genommen keine Weisungsbindung. Nur wenn die Kontrolle der Leistung derart eng erfolgt, dass sie engmaschig Art und Weise der Leistung erfasst und die Möglichkeit eines korrigierenden Eingriffs der Plattform eröffnen soll, ist ein Eingriff in den Arbeitsvorgang denkbar, der sich zu einer Weisungsbindung verdichtet.¹⁷⁷ Eine Überprüfung des Arbeitsergebnisses hingegen, wie sie von einigen Plattformen vorgenommen wird¹⁷⁸, ist für eine Qualifikation als selbstständige Tätigkeit unschädlich.

Auch die Einrichtung von Bewertungs-, Rating- und Feedback-Systemen durch die Plattform kann zwar eine mittelbare Kontrolle ermöglichen, auch diese wird sich in der Regel aber auf das Arbeitsergebnis beziehen und deswegen keine persönliche Abhängigkeit begründen.¹⁷⁹

(4) Keine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Während beim **Gigwork** entsprechend sonstiger On-Site-(Werk-)Verträge keine generelle Aussage über eine Eingliederung erfolgen kann, werden **Cloudworker** üblicherweise in die Arbeitsorganisation weder des Crowdsourcers noch der Plattform eingegliedert. Sie nutzen regelmäßig ihre eigenen Endgeräte (Laptop, Smartphone, Tablet) sowie ihren eigenen Internetanschluss. Allein die Tatsache, dass sie für die Aufgabenerledigung die Software/das Interface der Plattform nutzen, führt für sich genommen noch zu keiner Eingliederung. So entschied auch das BAG im Fall des IT-Programmierers, dass die Vorgabe der Programmierumgebung durch ein Betriebssystem noch nicht ein solches Ausmaß einer Einbindung in die Arbeitsorganisation erreiche, dass von einer persönlichen Abhängigkeit auszugehen wäre. Auch für Selbstständige sei es durchaus üblich, dass sie ihre Leistungen im Rahmen der organisatorischen Gegebenheiten des Auftraggebers zu erbringen haben¹⁸⁰ Dies gilt sowohl für die organisatorischen Gegebenheiten im Betrieb als auch die am „virtuellen Arbeitsplatz“.

Eine Eingliederung durch eine feste Koordination der Arbeit bzw. der Notwendigkeit einer Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern oder Crowdworkern der Plattform erfolgt ebenfalls in aller Regel nicht.

¹⁷⁶ So auch *Pacha*, 2018, S. 178.

¹⁷⁷ Dazu bereits Abschnitt II. 1. b) bb) (1); vgl. *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 104.

¹⁷⁸ So behält sich z. B. die Plattform Clickworker ein Prüfungsrecht hinsichtlich Mängel des Arbeitsergebnisses vor § 3.2. Abs. 4 S. 3 AGB *Clickworker*; ebenso § 4.2 AGB *Crowdguru*.

¹⁷⁹ Hierzu ebenfalls bereits b) bb) (1); Besonderheiten gelten ggfs. für Fahr- und Lieferdienste.

¹⁸⁰ BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 27.

Anders als bei vielen sonstigen On-Site-Werkverträgen kommt es nicht zu einer arbeitsorganisatorischen Zusammenarbeit, die ein Indiz für eine Eingliederung sein kann.¹⁸¹

ee) Zusammenfassende Stellungnahme zur Einordnung von Crowdworkern

Beim weit überwiegende Teil der **Crowdworker** erfolgen weder feste Vorgaben hinsichtlich Zeit, Ort, Durchführung und Inhalt der Arbeit noch eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation oder den Betriebsablauf der Plattform oder der jeweiligen Crowdsourcer. Ein Arbeitnehmerstatus des Crowdworkers scheidet damit in der Regel aus. In weniger typischen Fällen kommt allerdings eine Qualifikation als Arbeitnehmer in Betracht.¹⁸² Ein solcher Ausnahmefall liegt bei **Gigworkern** tendenziell näher als bei **Cloudworkern**. Unverzichtbar bleibt damit eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls. Sowohl zwischen Crowdworker und Plattform als auch zwischen Crowdworker und Crowdsourcer kann je nach tatsächlicher Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis bestehen. Das gilt unabhängig davon, ob die AGB der Plattformen ein Arbeitsverhältnis zur Plattform und/oder zum Crowdsourcer ausschließen. Eine abhängige Beschäftigung kann im Verhältnis zur Plattform anzunehmen sein, wenn diese die Leistungserbringung engmaschig kontrolliert und in den Arbeitsvorgang eingreift. Die jeweiligen Crowdsourcer können dann als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber einzustufen sein, wenn sie dem Crowdworker personenbezogene, ablauf- und verfahrensorientierte Weisungen erteilen.

Eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung liegt regelmäßig fern. Nur dann, wenn der Plattform ein originäres Weisungsrecht zuzusprechen ist, verfügt sie über die erforderliche Personalhoheit, die sie sodann auf etwaige Entleiher übertragen könnte. Die Vermittlung freier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stellt dagegen keine Arbeitnehmerüberlassung dar.¹⁸³

d) Der Arbeitgeberbegriff auf dem Prüfstand

Nur im Interesse der Vollständigkeit sei darauf hingewiesen, dass im Schrifttum vereinzelt auch der Arbeitgeberbegriff in Frage gestellt wird. Gemeinsames Anliegen jüngerer Überlegungen ist die Auflösung des bilateralen Arbeitsverhältnisses zugunsten eines multilateralen Arbeitsverhältnisses mit mehreren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern.¹⁸⁴

Nach derzeitigem, in verschiedenen Gesetzen (vgl. etwa § 7 Abs. 2 PflegeZG) ausdrücklich aufgegriffenem Rechtsverständnis ist Arbeitgeberin oder Arbeitgeber, wer mindestens eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer beschäftigt. Aus der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten folgt damit

¹⁸¹ Pacha, 2018, S. 185 ff.

¹⁸² Zu den Fahr- und Lieferdiensten bereits II. 1. c) cc) und dd).

¹⁸³ BAG v. 9.11.1994 – 7 AZR 217/94; zuletzt auch LAG Düsseldorf v. 21.7.2015 – 3 Sa 6/15.

¹⁸⁴ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit König, Arbeitgebermehrheiten, 2019.

unmittelbar die Qualifikation des Vertragspartners als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber. Bei einer Arbeitnehmerüberlassung ist dementsprechend nur das verleihende Unternehmen als Vertragspartner der (Leih-)Arbeitnehmerin bzw. des (Leih-)Arbeitnehmers Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber. Gesetzlich angeordnete Besonderheiten ergeben sich als Folge der Fiktion nach §§ 9, 10 AÜG, die ausnahmsweise zur Arbeitgeberbereitschaft des entleihenden Unternehmens unter gleichzeitiger Begründung eines Vertragsverhältnisses führt.

Das BAG hält bereits heute auch multilaterale Arbeitsverhältnisse mit mehreren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern für möglich (sog. einheitliches Arbeitsverhältnis). Ebenso wie auf Arbeitnehmerseite sog. Gruppenarbeitsverhältnisse begründet werden können, kann eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer auf der Grundlage einer einzigen Vertragsbeziehung auch mehrere Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber haben. Erforderlich ist ein rechtlicher Zusammenhang der vertraglichen Beziehungen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, der es verbietet, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln.¹⁸⁵ Die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses hat zur Konsequenz, dass die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber gesamtschuldnerisch für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis haften. Sämtliche Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sind verpflichtet, zwingende Arbeitsschutznormen zu beachten. Nicht notwendig ist eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung oder ein gemeinsamer Betrieb der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber. Sie müssen nicht einmal beide bzw. alle am Vertragsschluss beteiligt gewesen sein.¹⁸⁶

Das Modell des einheitlichen Arbeitsverhältnisses setzt eine persönliche Abhängigkeit der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers zu jeder einzelnen Arbeitgeberin bzw. jedem einzelnen Arbeitgeber voraus und löst daher nicht die Problematik der „Aufspaltung von Arbeitgeberfunktionen“. Eine Aufspaltung von Arbeitgeberfunktionen gibt es in vielfältigen Konstellationen, etwa bei konzernverbundenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, im mittelbaren Arbeitsverhältnis und generell, wenn ein Unternehmen nicht selbst beschäftigt, sondern beschäftigen lässt, so z. B. im Fall des Einsatzes eines Subunternehmens, welches selbst Erfüllungsgehilfinnen und Erfüllungsgehilfen einsetzt. Bereits heute bestehen Regelungen, die die Problematik aufgreifen. So ist für die Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns sowie der Mindestvergütungen nach dem AEntG nicht nur das unmittelbare Arbeitgeberunternehmen, sondern in Teilen auch das Auftragsunternehmen verantwortlich (§ 13 MiLoG/§ 14 AentG).

¹⁸⁵ BAG v. 19.4.2012 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27 Rn. 16; v. 15. 12. 2011 – 8 AZR 692/10, NZA-RR 2012, 570 Rn. 30.

¹⁸⁶ ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 191.

2. *De lege lata*: Schutz Selbstständiger durch Einordnung als „in Heimarbeit Beschäftigte“ oder „arbeitnehmerähnliche Person“?

Hervorhebung verdient angesichts manch missverständlicher Darstellung in der rechtspolitischen Diskussion, dass die Einordnung als Selbstständiger den Crowdworker nicht automatisch schutzlos stellt. Schon heute ist das deutsche Arbeitsrechtssystem weit komplexer. Vielfach und vermehrt in neueren Gesetzen werden auch Personen in den Schutzbereich arbeitsrechtlicher Normen einbezogen, die keine Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer sind. Das gilt insbesondere für arbeitnehmerähnliche Personen und in Heimarbeit Beschäftigte.¹⁸⁷

Der Gesetzgeber tendiert seit einigen Jahren dazu, in neuen Gesetzen nicht den Arbeitnehmerbegriff, sondern einen weiter gefassten Beschäftigtenbegriff zu verwenden. Vermisst wird insoweit allerdings ein klares und kohärentes Gesamtkonzept: Teilweise wird auf den Beschäftigtenbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV verwiesen und es werden weitere Personen explizit aufgezählt (so § 1 Abs. 2 MuSchG), teilweise wird der Beschäftigtenbegriff durch eine Aufzählung verschiedener Personengruppen konkretisiert (so § 5 EntgelttransparenzG sowie § 26 Abs. 8 BDSG: „Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind“... „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Beamtinnen und Beamte, Richterinnen und Richter, in Heimarbeit Beschäftigte“), wobei die Aufzählung je nach Gesetz unterschiedlich ist. Teilweise werden explizit arbeitnehmerähnliche Personen unter dem Oberbegriff der Beschäftigten den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gleichgestellt, so etwa in § 7 PflegZG¹⁸⁸ oder § 2 Abs. 3 FPfIZG. Es ist an der Zeit für eine Grundsatzentscheidung, ob das Arbeits- und Sozialrecht zu einem Beschäftigtenrecht zusammengeführt werden soll. Zu erwägen wäre dann eine einheitliche Definition des Beschäftigten. Weitere Personen sollten nicht unter den Begriff gefasst werden, sondern nur zusätzlich in das jeweilige Gesetz aufgenommen werden. Formulierungen wie „als Beschäftigte im Sinne des Gesetzes gelten auch ...“ oder „Beschäftigten im Sinne des Gesetzes gleichgestellt sind ...“ erscheinen gesetzestechnisch vorzugswürdig gegenüber einer stets neuen Definition des Beschäftigtenbegriffes „Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind ...“. Der Beschäftigtenbegriff müsste dann allerdings so gefasst sein, dass er auch auf die Kernbestimmungen des Arbeitnehmerschutzrechts, wie etwa das KSchG, anwendbar ist.

Von besonderem Interesse im Zusammenhang mit der Plattformarbeit sind die Rechtsfiguren der arbeitnehmerähnlichen Person und die der in Heimarbeit Beschäftigten, die zwar grds. als Selbstständige einzuordnen sind, auf die aber gleichwohl einzelne arbeitsrechtliche Schutznormen Anwendung finden. Diesen sei im Folgenden eine vertiefende Untersuchung gewidmet.

¹⁸⁷ Eine Übersicht zur arbeitsrechtlichen Einordnung von Crowdworkern („Entscheidungsbaum“) findet sich im Anhang des Abschnitts II.

¹⁸⁸ Kritisch zur Einbeziehung dieser Personengruppe Linck, BB 2008, 2738.

a) Anwendbare Schutzvorschriften (Beschäftigte in Heimarbeit/Arbeitnehmerähnliche Personen)

Bevor der Frage nachgegangen werden soll, ob Crowdworker als Beschäftigte in Heimarbeit oder als arbeitnehmerähnliche Person eingeordnet werden können, sei zunächst ein Überblick über die auf diese Personen anwendbaren Schutzvorschriften gegeben.

So fällt der Schutzzumfang von in Heimarbeit Beschäftigten und arbeitnehmerähnlichen Personen sehr unterschiedlich aus. Zunächst werden Streitigkeiten mit den Dienstberechtigten bei beiden Gruppen vor den Arbeitsgerichten ausgetragen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG). Unterschiedslos geschützt werden sie auch durch das AGG, MuSchG, PflZG und FPflZG. Auch im Tarifrecht ist der Schutz grds. gleich stark. Zwar erklärt § 12a TVG die Vorschriften des Tarifrechts nur auf arbeitnehmerähnliche Personen für anwendbar. Jedoch können nach § 17 HAG Gewerkschaften und Auftraggeberinnen und Auftraggeber oder deren Vereinigungen, die in Heimarbeit Beschäftigte beauftragen, schriftliche Vereinbarungen schließen, die ebenfalls als Tarifverträge gelten.

Stärker ist der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen im Rahmen des BUrlG. Während das Gesetz auf arbeitnehmerähnliche Personen uneingeschränkt Anwendung findet, gilt für in Heimarbeit Beschäftigte § 12 BUrlG, der dem in Heimarbeit Beschäftigten nur beschränkte Ansprüche entsprechend den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen der Heimarbeit gewährt. Insbesondere hinsichtlich eines Urlaubsentgelts werden die in Heimarbeit Beschäftigten schlechter gestellt (anstatt 100 % nur 9,1 %).

Der unterschiedliche Schutz von in Heimarbeit Beschäftigten und arbeitnehmerähnlichen Personen im Arbeitsschutzrecht erklärt sich aus der Tatsache, dass in Heimarbeit Beschäftigte grds. nicht in dem Herrschaftsbereich der Dienstberechtigten tätig werden. Das ArbSchG findet dementsprechend nur auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung. Für in Heimarbeit Beschäftigte finden sich Spezialregelungen im HAG. Das ArbZG gilt hingegen ausschließlich für die Arbeitnehmerschaft. Für in Heimarbeit Beschäftigte sieht das HAG allerdings Spezialregelungen zum Arbeitsschutz vor: Es verlangt von Auftraggeberinnen und Auftraggebern, dass sie unnötige Zeitversäumnisse bei der Ausgabe und Abnahme der Stoffe und Produkte vermeiden (§ 10 HAG) und die Arbeitsmenge auf alle in Heimarbeit Beschäftigte, mit denen sie in einem Vertragsverhältnis stehen, gleichmäßig verteilen (§ 11 HAG). Im Übrigen ordnet das HAG die Überwachung der Schutzvorschriften durch die Arbeitsbehörden der Länder und durch besonders einzurichtende Heimarbeitsausschüsse an (§§ 3, 4 HAG).

Deutlich umfassender „geschützt“ und zugleich in die Pflicht genommen sind in Heimarbeit Beschäftigte gegenüber arbeitnehmerähnlichen Personen im Sozialversicherungsrecht. Während arbeitnehmerähnliche Personen nur der Rentenversicherungspflicht unterliegen (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI) und ihnen ggfs. als „Wie-Beschäftigte“ Unfallversicherungsschutz zukommt; § 2 Abs. 2 SGB VII), gelten in Heimarbeit Beschäftigte sozialversicherungsrechtlich unmittelbar und uneingeschränkt als Beschäftigte (§ 12 Abs. 2 SGB IV).

Sie sind damit in allen Zweigen der Sozialversicherung, also auch der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung pflichtversichert, soweit keine nur geringfügige Beschäftigung (§ 8 Abs. 1 und 2, 8a SGB IV) vorliegt. Auch das Arbeitsförderungsrecht (SGB III) findet auf sie Anwendung.

Ein wesentlicher Unterschied im Schutzzumfang besteht auch in der Betriebsverfassung. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, wenn sie in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Aufgrund des Verweises auf § 5 Abs. 1 BetrVG in § 3 MitbestG sind sie damit auch in die Unternehmensmitbestimmung einbezogen. Arbeitnehmerähnlichen Personen hingegen bleibt die Beteiligung an der betrieblichen und der Unternehmens-Mitbestimmung verwehrt. Bei Kündigung eines Heimarbeitsverhältnisses ist daher auch der Betriebsrat gem. § 102 BetrVG anzuhören.¹⁸⁹ Unterschiedlich ist die Behandlung auch im Entgelttransparenzgesetz, das nur die in Heimarbeit Beschäftigten einbezieht (§ 5 Abs. 2 Nr. 6 EntgTranspG) sowie im Bereich der Entgeltfortzahlung, wobei selbst der den in Heimarbeit Beschäftigten gewährte Entgeltschutz minimal ist.¹⁹⁰

Maßgebliche arbeitsrechtliche Schutzvorschriften, wie das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sowie das Mindestlohngesetz (MiLoG) finden auf keine der beiden Personengruppen Anwendung. Der tendenziell etwas stärkere Schutz der in Heimarbeit Beschäftigten wird aber auch insoweit sichergestellt und zwar unmittelbar durch eigene Schutzvorschriften innerhalb des HAG. Das HAG sieht insbesondere eine eigene Kündigungsfristenregelung vor (§ 29 HAG), während arbeitnehmerähnlichen Personen entweder bei Tätigwerden auf Werkvertragsbasis gar kein Fristenschutz zukommt oder aber die Fristenregelungen des Dienstvertragsrechts für selbstständige Dienstleister gelten. In Heimarbeit Beschäftigte kommen regelmäßig in den Genuss längerer Kündigungsfristen, wenn sie ausschließlich oder überwiegend von einer Auftraggeberin oder einem Auftraggeber beschäftigt werden (§ 29 Abs. 3 HAG). Die verlängerten Fristen gelten damit nur nicht, wenn die in Heimarbeit Beschäftigten mehrere Heimarbeitsverhältnisse führen, ohne dass eines dieser Vertragsverhältnisse überwiegt.¹⁹¹

Als vorteilhaft erweist sich für die in Heimarbeit Beschäftigten auch, dass das HAG einen gewissen Entgeltschutz vorsieht. Zwar besteht dieser nicht in einem gesetzlichen Mindestentgelt, nach den §§ 17 ff HAG können Heimarbeitsausschüsse aber Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen mit bindender Wirkung für alle Auftragsunternehmen und in Heimarbeit Beschäftigte ihres Zuständigkeitsbereichs festsetzen (§ 19 HAG), wenn keine Gewerkschaften für die Rechte der in Heimarbeit Beschäftigten eintreten können bzw. der Organisationsgrad gering ist (Ersatzzuständigkeit der Heimarbeitsausschüsse¹⁹²).

¹⁸⁹ BAG v. 7.11.1995 - 9 AZR 268/94, NZA 1996, 380; Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, HAG § 29 Rn. 24.

¹⁹⁰ In Heimarbeit Beschäftigten wird lediglich ein eingeschränkter Entgeltschutz im Krankheitsfall durch einen Zuschlag von 3,4 % auf das Arbeitsentgelt gewährt (§ 10 EFZG).

¹⁹¹ Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, HAG § 29 Rn. 10.

¹⁹² NK-ArbR/Horcher, HAG § 19 Rn. 1.

Insgesamt lässt sich damit feststellen, dass **in Heimarbeit Beschäftigte vom geltenden Recht wesentlich stärker geschützt werden als arbeitnehmerähnliche Personen.**

Eine Mindestvergütung oder einen sozialen Kündigungsschutz wird aktuell allerdings keiner der beiden Beschäftigtengruppen gewährt. Den in Heimarbeit Beschäftigten kommt insoweit lediglich ein Schutz durch Spezialregelungen wie besondere Kündigungsfristen und Entgeltregelungen zu, während die arbeitnehmerähnlichen Personen von diesem Kernbestand arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften nicht profitieren.

Übersicht der anwendbaren Schutzvorschriften

Gesetz	In Heimarbeit Beschäftigte	Arbeitnehmerähnliche Person
AGG	(+)	(+)
ArbGG	(+)	(+)
ArbZG	(-), aber § 11 HAG	(-)
ArbSchG	(-), aber § 13 HAG	(+)
AÜG	(-)	(-)
BDSG	(+)	(+)
BetrVG/Mitbest G	(+)	(-)
BetrAVG	(+/-) möglich, aber nicht zwingend (§ 17 I 2 BetrAVG)	(+/-) möglich, aber nicht zwingend (§ 17 I 2 BetrAVG)
BUrlG	Nur sehr eingeschränkt (§ 12 BurlG)	(+)
EFZG	Nur sehr eingeschränkt (§ 10 EFZG)	(-)
EntgTranspG	(+)	(-)
KSchG	(-) aber vergleichbare Kündigungs- fristen § 29 II bis IV HAG	(-)
MiLoG	(-) aber §§ 17 ff HAG	(-)
MuSchG	(+)	(+)
NachwG	(-)	(-)
PfIZG/FPfIZG	(+)	(+)
SGB III, IV, V, VI, VII	(+) § 12 II SGB IV (alle Zweige)	(+/-) nur gesetzl. Rentenversicherungs- pflicht § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI, Unfall- versicherungsschutz (§ 2 Abs. 2 SGB VII)
TzBfG	(-)	(-)
TVG	(+) über § 17 I HAG	(+)

b) Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person?

aa) Keine allgemeingültige Legaldefinition, Definitionen des § 12a TVG

Arbeitnehmerähnliche Personen werden gemeinhin als Selbstständige bezeichnet,¹⁹³ die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig anzusehen sind. Bis heute existiert allerdings keine einheitliche Legaldefinition, die die wirtschaftliche Abhängigkeit konkretisiert. Während die meisten Gesetze nur die Voraussetzung der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit allgemein als Merkmal der arbeitnehmerähnlichen Person aufzählen (§ 2 S. 2 BurlG, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG) definiert § 12a TVG spezifischer, wann genau eine wirtschaftliche Abhängigkeit vorliegen soll.

So lautet die Definition in § 12a TVG: „... *Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und*

a) überwiegend für eine Person tätig sind oder

b) ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht; ist dies nicht voraussehbar, so sind für die Berechnung, soweit im Tarifvertrag nichts anderes vereinbart ist, jeweils die letzten sechs Monate, bei kürzerer Dauer der Tätigkeit dieser Zeitraum, maßgebend.“

Vorschläge für eine allgemeingültige Definition sind bisher nicht aufgegriffen worden.¹⁹⁴ Auch wenn das BAG klarstellt, dass die Definition in § 12a TVG keine Allgemeingültigkeit für alle arbeitsrechtlichen Vorschriften beinhaltet, so zieht es doch die Verdienstangabe der Vorschrift (mehr als die Hälfte des Entgelts) auch für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person im Rahmen anderer Gesetze heran.¹⁹⁵

bb) Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit

Anstelle des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit tritt bei arbeitnehmerähnlichen Personen damit das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Das BAG nimmt allgemein eine wirtschaftliche Abhängigkeit an, wenn der Betroffene auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Dienstleistung zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist. Insbesondere (und damit nicht ausschließlich) bei

¹⁹³ BAG v. 21.2.2007 5 AZB 52/06, NZA 2007, 699, Rn. 11.

¹⁹⁴ So bereits *Henssler/Preis* in ihrem Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, die die Definition des § 12a TVG mit der Ergänzung übernahmen, dass Personen nicht als arbeitnehmerähnliche Person eingeordnet werden können, wenn das vom Auftraggeber geschuldete Entgelt das Dreifache der Bezugsgröße des § 18 des SGB IV überschreitet oder ein Viertel der Bezugsgröße unterschreitet, § 3 Abs. 2 AVG-Entwurf NZA-Beil. 2007, 6.

¹⁹⁵ BAG v. 17.1.2006 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231 Rn. 13.

der Tätigkeit für nur eine einzige Auftraggeberin oder einen einzigen Auftraggeber, könne dies der Fall sein. Vorausgesetzt wird weiter eine gewisse Dauerbeziehung, da eine nur für kurze Zeit erbrachte Leistung regelmäßig keine wirtschaftliche Abhängigkeit begründen kann.

Der Beschäftigte muss außerdem seiner gesamten sozialen Stellung nach einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein. Das sei der Fall, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie es im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt und die geleisteten Dienste nach ihrer soziologischen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind. Maßgebend ist damit auch bei der Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls.¹⁹⁶ Wichtige Parameter sind im Rahmen der Abwägung die Höhe der Vergütung aus dem konkreten Vertragsverhältnis sowie die Frage, ob erhebliche anderweitige Einkünfte erzielt werden.¹⁹⁷ Dabei kommt es ausschließlich auf die tatsächlichen Verhältnisse, nicht auf die vertraglichen Absprachen an.

cc) Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen?

Die Einordnung von Crowdworkern als arbeitnehmerähnliche Personen bereitet vor dem Hintergrund dieser Begriffsbestimmung Schwierigkeiten. Sie wird vom überwiegenden Teil des Schrifttums *de lege lata* deswegen grundsätzlich verneint.¹⁹⁸ Dabei ist erneut zwischen einem Abhängigkeitsverhältnis zur Plattform sowie zum Crowdsourcer zu differenzieren.

Eine Einordnung als **arbeitnehmerähnliche Person im Verhältnis zu** den einzelnen **Crowdsourcern** scheidet in der Regel aus, weil die Aufträge nur eine kurze Zeit umfassen und Crowdworker für eine Vielzahl von Crowdsourcern tätig werden.¹⁹⁹ Anders kann dies bei regelmäßig wiederkehrender Beauftragung von **Gigworkern** sein. So ist es nicht unwahrscheinlich, dass ein Gigworker beispielsweise als Putzkraft von einem Crowdsourcer immer wieder beauftragt wird. Allerdings müsste der Gigworker den überwiegenden Teil seines Entgelts von einem Crowdsourcer beziehen. Zwar ist es auch möglich, dass beim Cloudwork ein **Cloudworker** für einen Crowdsourcer mehrere Aufträge erledigt, insgesamt gesehen dürfte es sich dabei allerdings eher um Sonderfälle handeln. Denkbar sind solche Fälle bei sehr speziellen Aufträgen, die eine besondere Qualifikation voraussetzen, z. B. Übersetzungstätigkeiten, die eine wenig geläufige Sprache betreffen.²⁰⁰

¹⁹⁶ BAG v. 17.1.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231 Rn. 14 m.w.N.; *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 47.

¹⁹⁷ BAG v. 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239 (240).

¹⁹⁸ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 105; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1036); *Meyer-Michaelis*, DB 2016, 2543 (2544).

¹⁹⁹ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1036); *Deinert*, Soloselbstständige, Kap. B Rn. 24; *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 105; *Pacha*, 2018, S. 200 f.

²⁰⁰ *Pacha*, 2018, S. 201.

In Betracht zu ziehen sein kann ein **wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis** zur **Plattform**, wenn ein Crowdworker seine Aufträge überwiegend von einer Plattform erhält. Nach bisherigen ersten Erkenntnissen werden im Bereich des **Cloudwork** Cloudworker zwar für viele Crowdsourcer tätig, aber in der Regel durchschnittlich nur für zwei Plattformen.²⁰¹ Soweit die Auftragsbearbeitung für eine Plattform überwiegt, ist eine wirtschaftliche Abhängigkeit denkbar. Soweit eine **Gigwork**-Plattform in Form des Indirect Crowdwork agiert, ist somit auch hier eine wirtschaftliche Abhängigkeit denkbar.

Die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person scheidet von vornherein bei solchen Erwerbstätigen aus, die Crowdwork (sowohl Gigwork als auch Cloudwork) nur nebenberuflich und als Zuverdienst zu ihrer eigentlichen Arbeit oder als Freizeitaktivität betreiben.²⁰² Diese Einsatzform machte nach einer 2016 veröffentlichten Studie mit 79 % den weit überwiegenden Teil der Cloudworker aus.²⁰³ Befragungen der Crowdworker einzelner Plattformen bestätigen dieses Bild. Andere Studien zeigen allerdings ein deutliches Wachstum auch an hauptberuflichen Cloudworkern an.²⁰⁴ So soll schätzungsweise jeder fünfte Cloudworker 2016 hauptberuflich als Cloudworker tätig gewesen sein.²⁰⁵ Im Bereich des Gigwork fehlen genauere Zahlen.

Wird die **Plattform** nur als **Kontaktvermittlerin** tätig, so scheidet eine wirtschaftliche Abhängigkeit von ihr aus. Die bloße Gewährung einer Verdienstmöglichkeit begründet noch kein Abhängigkeitsverhältnis. So liegt eine wirtschaftliche Abhängigkeit anerkanntermaßen nicht schon dann vor, wenn eine Person für ihre Existenzsicherung auf den Abschluss des Vertrags angewiesen ist. Vielmehr folgt die vom Gesetz vorausgesetzte Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person aus der Höhe der ihr vertraglich eingeräumten Vergütung. Findet der Leistungsaustausch nicht unmittelbar zwischen Plattform und Crowdworker statt²⁰⁶, sondern zwischen Crowdworker und Crowdsourcer, dann kann keine Abhängigkeit zur Plattform begründet werden.²⁰⁷ Allerdings bedeutet dies nicht zwingend, dass damit bei allen auf das **Direct Crowdwork** ausgelegten Geschäftsmodellen eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Crowdworker im Verhältnis zur Plattform ausgeschlossen ist. Vielmehr kommt es auch hier auf die tatsächliche Vertragsdurchführung an, ein durch die AGB vorgegebener direkter Vertrag zwischen Crowdworker und Crowdsourcer kann sich bei näherer Betrachtung der Nutzungsbedingungen als Vertrag zwischen Crowdworker und Plattform erweisen.²⁰⁸

²⁰¹ *Leimeister/Durward/Zogaj*, Crowdworker in Deutschland, 2016 S. 31.

²⁰² *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (325).

²⁰³ *Leimeister/Durward/Zogaj*, Crowdworker in Deutschland, 2016 S. 10.

²⁰⁴ Studien zusammenfassend *Leist/Hießl/Schlachter*, Plattformökonomie – Eine Literaturlauswertung, BMAS Forschungsbericht 499, 2017, S. 25.

²⁰⁵ *Leimeister/Durward/Zogaj*, Crowdworker in Deutschland, 2016 S. 48.

²⁰⁶ So führt das BAG aus, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit einen Austausch der Leistungen für den anderen Vertragspartner voraussetze, BAG v. 8.9.1997 – 5 AZB 3/97, NZA 1997, 1302 Gründe zu II.1.

²⁰⁷ Vorauszusetzen ist allerdings, dass tatsächlich der Leistungsaustausch zwischen Crowdsourcer und Crowdworker stattfindet.

²⁰⁸ So auch *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 104; *Schubert*, RdA 2018, 200 (202).

Auch wenn die Plattform ausdrücklich als konkrete Auftraggeberin tätig wird (**Indirect Crowdwork**), ist eine wirtschaftliche Abhängigkeit wohl abzulehnen, wenn keine Verpflichtung zur Dienstleistung begründet wird.²⁰⁹ Eine wirtschaftliche Abhängigkeit wird daher auch bei jenen Geschäftsmodellen abzulehnen sein, bei denen selbst nach Annahme eines Auftrages durch den Crowdworker kein Erfüllungsanspruch der Plattform begründet wird.²¹⁰ Ist der Crowdworker auch zur Leistung verpflichtet, besteht dagegen die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit.²¹¹

Weitere Indizien können in diesem Fall bei der erforderlichen Gesamtabwägung für eine einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer vergleichbare Abhängigkeit sprechen. So geben die Plattformen in ihren AGB (Nutzungsvereinbarungen) die Vertragsbedingungen vor, die regelmäßig von den Crowdworkern als alternativlos verstanden und angenommen werden. Insbesondere im Rahmen des **Cloudwork** geben die AGB sogar die Vergütungshöhe vor.²¹² Aber auch beim **Gigwork** finden sich Plattformen, bei denen die Vergütung für alle Gigworker von der Plattform fest vorgegeben wird. Sofern der Crowdworker eigene AGB für das Auftragsverhältnis verwendet (sich kreuzende AGB), setzen sich nach den Nutzungsbedingungen der Plattform allein diejenigen der Plattform durch.²¹³ Eine weitere Vergleichbarkeit zur Abhängigkeit des Arbeitnehmers folgt aus der Besonderheit, dass insbes. **Cloudworker** nicht selbst am Markt auftreten, sondern die Plattform entscheidet, welche Cloudworker und Crowdsourcer zusammenfinden. Zwar kann der Cloudworker frei entscheiden, ob er dann einen Auftrag annimmt, er hat aber auf vielen Plattformen keine Möglichkeit, sich frei allen Crowdsourcern „anzubieten“. Der Zugang wird also von der Plattform maßgeblich gesteuert und regelmäßig eingeschränkt.²¹⁴ Einige Plattformen sehen sogar vor, dass der Cloudworker erst mit Erledigung mehrere Aufträge und positiver Reputation attraktivere bzw. höher vergütete Aufträge erhalten kann.²¹⁵

Zusammenfassend muss gleichwohl der Schluss gezogen werden, dass derzeit der **überwiegende Teil der Crowdworker nicht als arbeitnehmerähnliche Person** eingeordnet werden kann. Allerdings kann im Einzelfall, und zwar insbes. beim **Indirect Crowdwork**, ein **wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis** zu einer **Plattform** bestehen. Ausschlaggebend ist die tatsächliche Durchführung und nicht das vorgegebene Geschäftsmodell. Eine **wirtschaftliche Abhängigkeit** zu den **Crowdsourcern liegt** dagegen **regelmäßig fern**.

²⁰⁹ BAG v. 17.2.1973 – 5 AZR 466/72, AP ArbGG 1953 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 31.

²¹⁰ So beispielsweise § 3.2. AGB *clickworker* sowie § 4.2. AGB *crowdguru*; siehe dazu bereits II. 1.c) dd) (1).

²¹¹ *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (325).

²¹² Vgl. z. B. § 4.2. AGB *Clickworker* für Kunden/Crowdsourcer: „Im Rahmen der auf der Plattform veröffentlichten Leistungsbeschreibung ist *clickworker* befugt, die Parameter, insbesondere hinsichtlich der an den für den Fall der Auftragsannahme über den *Clickworker* weiterzuleitende Vergütung, vorzugeben.“

²¹³ So lautet z. B. § 1.2 AGB abweichende oder ergänzende Allgemeine Geschäftsbedingungen von *Clickworkern* werden nur Vertragsbestandteil, wenn *clickworker* dies ausdrücklich erklärt.“

²¹⁴ Dies gilt wiederum insbesondere für den Bereich des *Cloudwork*, dazu auch *Brose*, NZS 2017, 7 (10); *Pacha*, 2018, S. 203.

²¹⁵ Vgl. <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/>; dazu auch *Pacha*, 2018, S. 67. f.

Selbst wenn Crowdworker im Einzelfall als arbeitnehmerähnliche Personen eingeordnet werden, kommt ihnen weder ein Kündigungsschutz noch ein Anspruch auf eine Mindestvergütung zu, auch bleibt ihnen der Schutz über das BetrVG verwehrt.²¹⁶

c) Einordnung als „in Heimarbeit Beschäftigte“ i.S.d. § 2 Abs. 1 HAG?

Ein stärkerer Schutz könnte Crowdworkern nach den Überlegungen unter 2. a) eventuell dann zukommen, wenn sie als in Heimarbeit Beschäftigte gem. § 2 Abs. 1 S. 1 HAG zu qualifizieren wären. Danach ist „Heimarbeiterin“ bzw. „Heimarbeiter“, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigene Wohnung oder Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftragserteilenden Unternehmen überlässt. In Heimarbeit Beschäftigte sind keine Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer²¹⁷ und nicht zu verwechseln mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die regelmäßig oder sogar ausschließlich im „Home Office“ arbeiten. Sie sind auch keine Beschäftigten im Sinne der Definition des § 7 SGB IV, sondern werden diesen lediglich gleichgestellt (§ 12 Abs. 2 SGB IV).²¹⁸

Das bis vor kurzem noch als „bedeutungslos“ angesehene Gesetz zur Heimarbeit soll Ende 2016 nur auf 27.605 klassische Heimarbeiter Anwendung gefunden haben.²¹⁹ Künftig könnte sich dies allerdings ändern. So hat das BAG in einer jüngeren Entscheidung zum Arbeitnehmerstatus eines IT-Programmierers die Arbeitnehmereigenschaft abgelehnt, ihm aber den Schutz des HAG zugesprochen.²²⁰ Nach Auffassung des 9. Senats des BAG können auch höherqualifizierte Tätigkeiten unter die Heimarbeit fallen. Zudem stellt sich der 9. Senat gegen die bisherige Ansicht²²¹, dass die Einordnung als Heimarbeit i.S.d. HAG so wie diejenige als arbeitnehmerähnliche Person eine wirtschaftliche Abhängigkeit voraussetze.²²²

Neben den in Heimarbeit Beschäftigten nennt das HAG auch die Hausgewerbetreibenden. Diese verrichten gewerbliche Arbeiten (Herstellung, Bearbeitung und Verarbeitung oder Verpackung von Waren), was regelmäßig kein Tätigkeitsbereich von Crowdworkern ist, so dass diese Personengruppe in diesem Gutachten ausgeklammert bleibt.

²¹⁶ Zu den anwendbaren Schutzvorschriften bereits unter II.2. a).

²¹⁷ BAG v. 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244 Rn. 15; *Bayreuther*, BMAS Forschungsbericht, 2018, S. 12; Erbs/Kohlhaas/*Amb*s, HAG § 1 Rn. 3; *Wank*, NZA 1999, 225 (232); aA wohl Hoeren/Sieber/Holzner/*Preis*, Multimedia und Recht, Teil 22.2 Rechtsfragen der Telearbeit Rn. 43, der grds. dem Gesetz keine Einschränkung auf Selbstständige entnehmen kann.

²¹⁸ Dazu noch unter Abschnitt III.1. zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung.

²¹⁹ Bekanntmachung des BMAS, v. 24.5.17, In Heimarbeit Beschäftigte und Auftraggeber/innen nach Wirtschaftszweigen und Ländern am Jahresende 2016, GMBI. 2017, S. 510; *Preis*, RdA 2019, 75 (87).

²²⁰ BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 47.

²²¹ 3. Senat des BAG v. 3.4.1990 – 3 AZR 258/88, NZA 1991, 267; *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 105.

²²² BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 47.

Im Rahmen der vorliegenden Studie ist von Interesse, ob und unter welchen Voraussetzungen **Cloudworker**²²³ im Einzelfall dem HAG unterfallen können. Für **Gigworker** scheidet eine Einordnung mangels Tätigkeit in eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte aus. Im Schrifttum wird die Frage der Einordnung von Cloudworkern als in Heimarbeit Beschäftigte sehr kontrovers diskutiert, eine Konsenslinie ist nicht einmal ansatzweise ersichtlich. Vielmehr ist bei fast allen Merkmalen des Begriffs der in Heimarbeit Beschäftigten streitig, ob sie bei der Tätigkeit von Cloudworkern erfüllt sind.

aa) Eigene Wohnung oder selbstgewählte Betriebsstätte

Umstritten ist bereits die Ausgangsfrage, ob alle **Cloudworker** tatsächlich im Sinne einer Heimarbeit in selbstgewählter Arbeitsstätte arbeiten. In der bisherigen Literatur zum HAG werden als „selbstgewählte Betriebsstätten“ solche Räume verstanden, die von den Erwerbstätigen gemietet, gepachtet oder in ihrem Eigentum stehend sind.²²⁴ Die erwerbstätige Person müsse über die Betriebsstätte verfügen können²²⁵. Diese Konkretisierung der Voraussetzung „eigene Wohnung oder selbst gewählte Betriebsstätte“ wird im Rahmen des Cloudwork unterschiedlich weit ausgelegt. So vertritt *Bayreuther* ein enges Verständnis, nach dem Cloudworker, die von unterwegs – im Café, in der Bahn etc. – und nicht in angemieteten, gepachteten oder eigenen Räumen tätig werden, nicht in selbstgewählter Betriebsstätte arbeiten.²²⁶ Danach fallen nur solche Cloudworker unter das HAG, die ihrer Tätigkeit in ihrer eigenen Wohnung oder gemieteten Räumen nachgehen. Ob das Merkmal „verfügen“ tatsächlich so eng zu verstehen ist, ist indes zweifelhaft. Das Heimarbeitsgesetz stammt aus den 1950er Jahren, in denen mobile Arbeit über Informations- und Kommunikationstechnologien noch gar nicht denkbar war. Überzeugender erscheint angesichts des Normzweckes des HAG ein weiteres Verständnis. Mit dem Merkmal soll nach dem Sinn des Gesetzes abgegrenzt werden von Arbeiten, die im Herrschaftsbereich der Auftraggeberin oder des Auftraggebers ausgeübt werden. Auch bei mobiler Arbeit ist der in Heimarbeit Beschäftigte räumlich und organisatorisch getrennt vom Betrieb des Auftragsunternehmens und kann den Tätigkeitsort frei wählen. Nach dieser Abgrenzung arbeiten all jene Cloudworker „in eigener Wohnung oder eigener Betriebsstätte“, die zu Hause, in gemieteten Räumen (z. B. Coworking-Spaces), im Café oder an einem sonstigen Ort, der nicht in der Verfügungsgewalt des auftragserteilenden Unternehmens liegt, tätig werden.²²⁷ Dass eine enge Auslegung zu sachfremden Ergebnissen führt, zeigt folgendes Beispiel: Arbeitet der Cloudworker in einem gemieteten Hotelzimmer, würde er selbst nach der engen Auslegung die Voraussetzung erfüllen, während seine Tätigkeit in der Lobby oder im Strandcafé direkt neben dem Hotel nicht erfasst wäre. Eine solche Differenzierung wäre aber ersichtlich

²²³ Auch wenn ein großer Teil der Literatur den Begriff des Crowdworkers (im engeren Sinne) verwendet, wird hier daher zur präzisen Unterscheidung der Begriff des Cloudworker genutzt.

²²⁴ Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Berg, Arbeitsrecht 4. Auflage 2017 § 2 HAG Rn. 3.

²²⁵ Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Berg, Arbeitsrecht 4. Auflage 2017 § 2 HAG Rn. 3; Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch 17. Auflage 2017, § 163 Heimarbeit Rn. 4.

²²⁶ *Bayreuther*, BMAS Forschungsbericht, 2018 S. 16 (46 f.).

²²⁷ *Deinert*, RdA 2018, 359 (363); *Preis*, RdA 2019, 75 (87); *Preis/Brose*, Forschungsbericht 2017, S. 38 f., 57; *Pacha*, 2018, S. 215.

sachfremd. Ob der Cloudworker damit Geld für eine Anmietung ausgibt oder aber öffentlich zugängliche Räumlichkeiten nutzt, kann im Ergebnis keine Rolle spielen.

bb) Erwerbsmäßige Arbeit, allein oder mit Familienangehörigen, unter Überlassung der Verwertung der Arbeitsergebnisse

Im Zuge der Novellierung des Heimarbeitsgesetzes zum 29.10.1974 wurde das Merkmal „gewerblich“ durch das Merkmal „erwerbsmäßig“ ersetzt. In der Tat kann es keinen Unterschied machen, ob die Tätigkeit als gewerblich oder aber als freiberuflich einzustufen ist. Beides sind erwerbsgerichtete unternehmerische Aktivitäten. Das BAG hat klargestellt, dass auch höherqualifizierte Tätigkeiten erfasst sind.²²⁸ Irrelevant ist es daher, ob der Cloudworker einfache oder komplexe Aufgaben übernimmt. Typisch ist dagegen, dass der in Heimarbeit Beschäftigte allein oder gemeinsam mit Familienangehörigen arbeitet.

Mit dem Merkmal der „erwerbsmäßigen Arbeit“ soll nach allgemeiner Auffassung auch ausgedrückt werden, dass das Heimarbeitsverhältnis auf eine bestimmte Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll.²²⁹ Die letztgenannte Voraussetzung ist bei **Cloudworkern** unproblematisch erfüllt, da sie zur Erzielung von Einkünften tätig werden.

Schwieriger zu beurteilen ist dagegen, was unter „*eine(r) bestimmte(n) Dauer*“ genau zu verstehen ist. In der jüngsten BAG Entscheidung zum Heimarbeitsverhältnis eines IT-Programmierers bereitete dieses Merkmal keine Probleme, da dieser bereits viele Jahre für das die Aufträge erteilende Unternehmen tätig war. Teile des Schrifttums lehnen eine auf eine bestimmte Dauer angelegte Tätigkeit bei Cloudworkern aufgrund der ständig wechselnden Auftraggeberinnen und Auftraggeber und der damit fehlenden Regelmäßig- und Beständigkeit ab, ohne auf die Rolle der **Plattform als Auftraggeberin** einzugehen.²³⁰ Heimarbeit kann allerdings nach der Rechtsprechung des BAG auch in einem geringen Umfang betrieben werden. Auf die Höhe des Entgelts und den zeitlichen Aufwand komme es nicht an; auch eine geringfügig und unregelmäßig ausgeübte Tätigkeit könne Heimarbeit sein.²³¹ Hierfür spricht im Übrigen die Kündigungsfristenregelung des § 29 HAG, die unterschiedliche Kündigungsfristen je nach Dauer des Heimarbeitsverhältnisses vorsieht. So gilt ab einer Dauer von vier Wochen eine Kündigungsfrist von zwei Wochen (§ 29 Abs. 1 HAG), während darunter das Beschäftigungsverhältnis eines in Heimarbeit Beschäftigten beiderseits an jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tages gekündigt werden kann (§ 29 Abs. 1 HAG).

²²⁸ BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 47.

²²⁹ BAG v. 12.7.1988 – 3 AZR 569/86, NZA 1989, 141; *Bayreuther*, BMAS Forschungsbericht, 2018 S. 16.

²²⁹ MüHdb/*Heinkel*, 4. Aufl. 2018, § 200 Schutz der Heimarbeit Rn. 6.

²³⁰ *Bayreuther*, BMAS Forschungsbericht, 2018 S. 16.

²³¹ BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 49 mit Verweis auf BAG v. 12.7.1988 – 3 AZR 569/86, NZA 1989, 141; NK-ArbR/*Horcher*, HAG § 2 Rn. 4.

Für länger andauernde Heimarbeitsverhältnisse gelten die Kündigungsfristen des Abs. 4. Damit wird jedenfalls deutlich, dass das Gesetz auch von der Möglichkeit kürzerer Heimarbeitsverhältnisse ausgeht.

Richtig erscheint es vor diesem Hintergrund, ein Heimarbeitsverhältnis zwischen Cloudworker und **Crowdsourcer** abzulehnen, wenn der Cloudworker entweder einmalig und nur kurzfristig für den Crowdsourcer oder jedenfalls nur in sehr unregelmäßigen bzw. großen Abständen²³² tätig wird. Dagegen ist ein Heimarbeitsverhältnis zu erwägen, wenn mehrere Aufträge für den Crowdsourcer innerhalb eines zeitlich zusammenhängenden Zeitraums erledigt werden. Einer Gesamtvertragsdauer von mehreren Monaten bedarf es nach dem Umkehrschluss aus § 29 HAG dabei nicht. Ab welcher Mindestdauer ein Heimarbeitsverhältnis bejaht werden kann, ist bislang offen geblieben.²³³ Feste Grenzen sind schwierig, da neben der Dauer der Tätigkeit auch die Anzahl der Aufträge eine Rolle spielt und zwar insbesondere dann, wenn es sich um nur sehr kurzfristige Einsätze handelt. Im Interesse einer gewissen Rechtssicherheit erscheint es aber durchaus erwägenswert, konkrete Maßstäbe aufzustellen, wann eine Tätigkeit von einer gewissen Dauer vorliegt.

Im **Verhältnis zur Plattform** liegt eine auf gewisse Dauer angelegte erwerbsmäßige Arbeit nahe, wenn diese als Auftraggeberin, insbesondere im Modell des **Indirect Crowdwork**, fungiert.²³⁴ Teilweise wird in diesem Rahmen die Plattform als moderne Form des „Zwischenmeisters“ im Sinne des § 2 Abs. 3 HAG angesehen.²³⁵ Diese Einordnung ist missverständlich, wörtlich genommen sogar unzutreffend und bringt darüber hinaus auch keinen Mehrwert. § 2 Abs. 3 HAG bestimmt nämlich nur die Rechte, nicht aber anderweitige Pflichten des Zwischenmeisters, der gegenüber der eigentlichen Auftraggeberin einem in Heimarbeit Beschäftigten gleichgestellt wird. Dies überzeugt für die klassische Heimarbeit, da der Zwischenmeister hier genauso wie der in Heimarbeit Beschäftigte vom „Gewerbetreibenden“ (Auftragsunternehmen) abhängig und deshalb auch schutzbedürftig ist. Dementsprechend geht die Regelung davon aus, dass es sich bei dem Zwischenmeister um eine natürliche Person handelt.²³⁶

Der Status als Zwischenmeisterin bzw. Zwischenmeister hat daher keine Vorbildfunktion für die Einordnung von Plattformen. Sie werden zwar ebenfalls als Intermediär tätig, allerdings ist das System der Zwischenmeisterin bzw. des Zwischenmeisters darauf ausgerichtet, dass diese bzw. dieser jeweils einen Vertrag mit dem Auftragsunternehmen und dem in Heimarbeit Beschäftigten schließt. Selbst wenn beim Cloudwork ein Auftragsverhältnis zwischen Plattform und Cloudworker unmittelbar besteht, ist die **Rolle**

²³² Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 57 f.; Pacha, 2018, S. 213; Selzer, 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 (45 f.).

²³³ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 57 f.

²³⁴ So auch Pacha, 2018, S. 213 f.

²³⁵ Pacha, 2018, S. 216; Selzer, 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 (46); vorsichtiger aber in die Richtung auch Waas in: Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka, Crowdwork – A Comparative Law Perspective, Crowdworking in Germany, S. 142 (170 f.).

²³⁶ Da Beschäftigte in Heimarbeit nur natürliche Personen sein können, ebenso wie die Arbeitnehmereigenschaft nur von natürlichen Personen erfüllt werden kann, ist auch die Einordnung als Zwischenmeister nur bei natürlichen Personen denkbar.

der Plattform eine andere als die der Zwischenmeisterin bzw. des Zwischenmeisters. Die Plattformen vermitteln bzw. koordinieren in der Regel nicht nur, sondern dominieren den Auftragsprozess durch Vorgabe der wesentlichen Vertragsbedingungen sowie den Einsatz von Kontrollmechanismen.²³⁷ Die Schutzbedürftigkeit der Plattform weist ersichtlich keine Parallelen zu derjenigen einer Zwischenmeisterin bzw. eines Zwischenmeisters auf. Es bedarf vielmehr umgekehrt einer gesetzlichen Regelung, um die Plattform bei fehlendem unmittelbarem Auftragsverhältnis in die Verantwortung ziehen zu können.²³⁸

Bei der Qualifikation als Heimarbeit stellt sich als Kernproblem damit die Frage nach der Einordnung der vorgegebenen Geschäftsmodelle des **Direct Crowdwork**, bei denen das Vertragsverhältnis nach den AGB der Plattformen unmittelbar zwischen Cloudworker und Crowdsourcer geschlossen wird. Auch wenn zwischen Plattform und Cloudworker kein konkretes Auftragsvertragsverhältnis begründet werden soll, übernimmt die Plattform doch auch in diesem Fall häufig den Leistungsaustausch und lässt sich teilweise auch die Nutzungsrechte an dem Arbeitsergebnis zunächst übertragen, bevor sie dieses an den Crowdsourcer weiterleitet. Eine rechtliche Bewertung kann hier nicht pauschal getroffen werden, sondern bedarf einer Prüfung der konkreten Modalitäten der AGB der jeweiligen Plattform sowie insbesondere der tatsächlichen Vertragsdurchführung im Einzelfall. Es liegt durchaus nicht fern, im Einzelfall eine erwerbsmäßige Arbeit im Verhältnis zur Plattform zu bejahen, auch wenn das Auftragsverhältnis aus Sicht der beteiligten Akteure unmittelbar zwischen Cloudworker und Crowdsourcer geschlossen werden soll.

Unproblematisch ist die weitere Voraussetzung, dass die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem Auftragsunternehmen (bzw. zunächst der Plattform) überlassen werden muss. Dies ist regelmäßig Geschäftsgrundlage des Crowdwork und steht daher einer Einordnung i.d.R. nicht entgegen.

cc) Vergabe der Arbeit

Trefflich streiten lässt sich darüber, ob das Auftragsvergabesystem des **Cloudwork** demjenigen der klassischen Heimarbeit vergleichbar ist sowie ob es für die Einordnung als Beschäftigung in Heimarbeit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit bedarf.²³⁹ Kritische Stimmen monieren, dass sich die Vergabesysteme wesentlich voneinander unterscheiden. Während die Vergabe der Arbeit beim klassischen Heimarbeitsverhältnis stets vom Auftragsunternehmen initiiert und gesteuert wird, müssten beim Cloudwork die Beschäftigten selbst aktiv werden und sich um Aufträge bewerben bzw. „bemühen“.²⁴⁰ Das Erfordernis

²³⁷ *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984 (986); *Pacha*, 2018, S. 353.

²³⁸ Zu den Handlungsoptionen noch Abschnitt II. 3.

²³⁹ Zur wirtschaftlichen Abhängigkeit II. 2.c) dd).

²⁴⁰ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1036); *Franzen*, *Industrie 4.0*, 2015, S. 107 (114); *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 105; *Preis/Brose*, Forschungsbericht, 2017, S. 56; *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (325); für das Sozialrecht *Brose*, NSZ 2017, 7 (13).

einer Ausgabe der Arbeit durch das Auftragsunternehmen wird aus § 11 HAG geschlossen, die Arbeitsmenge soll bei der Beauftragung mehrerer in Heimarbeit Beschäftigter auf diese gleichmäßig unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit verteilt werden (§ 11 Abs. 1 HAG).

Zwar beeinflussen auch die Plattformen die Möglichkeit der Bewerbung der Cloudworker, indem sie die Freischaltung von Aufträgen je nach Qualifikation vornehmen, allerdings werden die Aufträge nicht von den Plattformen einzelnen Cloudworkern zugeteilt.²⁴¹ Die Mehrheit der bisherigen Stellungnahmen geht davon aus, dass die Systeme nicht vergleichbar seien, so dass eine Einordnung als Heimarbeit ausscheide.

Demgegenüber sehen andere, darunter *Giesen/Kersten*²⁴² und *Pacha*²⁴³, keine Probleme bei der Vereinbarkeit der Vergabesysteme.²⁴⁴ Ausschlaggebend ist nach *Pacha*, dass sowohl beim Heimarbeitsverhältnis als auch beim Cloudwork ein Rahmenvertrag sowie konkrete Auftragsverträge geschlossen werden. Leistungspflichten ergeben sich bei beiden Systemen erst aus dem konkreten Auftragsverhältnis. Auch die in Heimarbeit Beschäftigten sind nicht zur Auftragsdurchführung verpflichtet, das Auftragsunternehmen kann sie nicht zur Auftragsausführung zwingen. In beiden Systemen werden konkrete Aufträge zur Erledigung angeboten, der Unterschied bestehe lediglich darin, dass sich das Angebot bei der klassischen Heimarbeit an eine bestimmte Person richtet, während beim Cloudwork alle geeigneten Personen adressiert sind, wobei sich die Ausschreibung der Dienstleistung lediglich als Einladung zur Abgabe eines Angebots (*invitatio ad offerendum*) versteht. Unabhängig davon, wer das Angebot abgibt und wer das Angebot letztlich annimmt, besteht in beiden Systemen eine Abhängigkeit dahingehend, dass Aufträge vergeben werden und diese auf den jeweiligen in Heimarbeit Beschäftigten oder Cloudworker zugeschnitten sind. Im Fall der klassischen Heimarbeit werden die Aufträge dem in Heimarbeit Beschäftigten quasi „in die Hand gedrückt“, während sie beim Cloudwork online zur Abholung bzw. zum Abruf bereitgestellt werden.²⁴⁵ Grds. handele es sich trotzdem um eine Vergabe von Aufträgen seitens des Auftragsunternehmens.²⁴⁶ Davon unabhängig könne aus § 11 HAG nicht zwingend auf eine einseitige Vergabe geschlossen werden. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des HAG ergeben sich ausschließlich aus § 2 Abs. 1 HAG.²⁴⁷

Die Argumentation *Pachas* erscheint durchaus bedenkenswert. Sie weist zurecht darauf hin, dass die **Schutzbedürftigkeit des Cloudworkers** im Fall des „Bewerben müssen“ und bei der offenen Vergabe an die Crowd vielleicht nicht größer, aber jedenfalls vergleichbar sein kann²⁴⁸ wie bei einem Angebot, das sich

²⁴¹ *Brose*, NSZ 2017, 7 (13).

²⁴² *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 110 f.

²⁴³ *Pacha*, 2018, S. 221 ff.

²⁴⁴ Entsprechend auch *Selzer*, 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 (45 f.).

²⁴⁵ *Giesen/Kersten* vertreten die Auffassung, dass es keine Rolle spielt, dass der Cloudworker „aussuchen“ kann, welche Aufträge er erledigen will, S. 111..

²⁴⁶ *Pacha*, 2018, S. 221 f.

²⁴⁷ *Pacha*, 2018, S. 223

²⁴⁸ *Pacha*, 2018, S. 224.

unmittelbar an eine bestimmte Person richtet. Gleichwohl bleibt das Hindernis, dass eine entsprechende Einordnung einen Leistungsaustausch zwischen Plattform und Cloudworker erfordert. Fungiert die Plattform tatsächlich nur als Vermittlerin, wird sie also nicht die Vertragspartnerin eines konkreten Auftrags, scheidet ein Heimarbeitsverhältnis aus.²⁴⁹ Ist sie hingegen eigentliche Auftraggeberin und bestimmt sie die Vergabe der Aufträge, indem sie letztlich entscheidet, welcher Cloudworker welchen Auftrag erhält, stehen dem Cloudworker nicht mehr eine Vielzahl an Crowdsourcern als Vertragspartner zur Verfügung, sondern nur die Plattform. Die Schutzbedürftigkeit richtet sich also danach, ob die Plattform zentrale Akteurin des Geschehens ist (dann ggfs. Schutzbedürftigkeit) oder ob sie das Auftragsverhältnis von Cloudworker und Crowdsourcer nur unterstützt (dann keine besondere Schutzbedürftigkeit).

dd) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Wirtschaftliche Abhängigkeit?

Streitig ist schließlich, ob die Einordnung als Heimarbeit eine wirtschaftliche Abhängigkeit voraussetzt. So wurde die Rechtsfigur der in Heimarbeit Beschäftigten nach bisher überwiegender Auffassung als Spezialfall der arbeitnehmerähnlichen Person angesehen.²⁵⁰ Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal war danach die wirtschaftliche Abhängigkeit. Nach anderer Ansicht, die auch schon vor der aktuellen Rechtsprechung des BAG vertreten wurde, handelt es sich bei dem Heimarbeitsverhältnis um ein *Rechtsverhältnis eigener Art*.²⁵¹ Der 9. Senat des BAG führte in seiner jüngsten Entscheidung aus, dass eine Beschäftigung in Heimarbeit keine gesonderte Prüfung einer besonderen Schutzbedürftigkeit erfordere.²⁵² Im Schrifttum ist hieraus die Aufgabe des ungeschriebenen Merkmals der wirtschaftlichen Abhängigkeit geschlossen worden.²⁵³ Allerdings hat das BAG nur klargestellt, dass sich die besondere Schutzbedürftigkeit nicht – so wie diejenige der arbeitnehmerähnlichen Person – danach bestimmt, ob die in Heimarbeit Beschäftigten ihre Einkünfte überwiegend vom Auftragsunternehmen beziehen. Maßgebend für die besondere Schutzbedürftigkeit der in Heimarbeit Beschäftigten ist vielmehr, dass sie selbst nicht auf dem Markt als Anbieter von Leistungen auftreten, sondern in eigener Betriebsstätte allein oder mit Familienangehörigen Aufträge des Auftragsunternehmens für eine gewisse Dauer erledigen.²⁵⁴ Die Schutzbedürftigkeit wird dann vom Gesetz unterstellt. Allerdings entstammt die Regelung einer Zeit vor dem „Internetzeitalter“ und hatte ursprünglich die in Heimarbeit Beschäftigten im Blick, die auf dem Land keine große Auswahl an potenziellen Auftraggeberinnen oder Auftraggebern hatten. Diese Überlegung lässt sich weder ohne weiteres auf den IT-

²⁴⁹ Aus ökonomischer Perspektive erscheint der Schutz der in Heimarbeit Beschäftigten im Zeitalter der Digitalisierung prinzipiell überholt, weswegen eine 1:1 Übertragung des Schutzsystems der Heimarbeit auf Cloudworker schon deswegen abgelehnt wird. Dazu auch noch III.2. e).

²⁵⁰ LAG Hamm 10.10.2005 – 2 Ta 332/05 –, juris; Rn. 12; *Deinert*, RdA 2018, 359 (363); *ErfK/Preis*, 19. Auflage 2019, § 611a BGB Rn. 84; *Küttner Personalebuch/Röller*, Stichwort Heimarbeit, Rn. 6; *Hoeren/Sieber/Holzsnigel/Preis*, Multimedia und Recht, 47. EL Oktober 2018, Teil 22.2 Rechtsfragen der Telearbeit Rn. 41; *Schubert*, Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen, 2004, S. 13 f; *Wank*, NZA 1999, 225 (232).

²⁵¹ *Otten*, NZA 1995, 289.

²⁵² BAG v. 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 Rn. 48.

²⁵³ *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018, S. 13.

²⁵⁴ *Preis/Brose*, Forschungsbericht, 2017, S. 55.

Programmierer der BAG Entscheidung aus 2016²⁵⁵ noch auf Cloudworker übertragen. Vielmehr wird von den meisten Stimmen darauf abgestellt, in welchem Umfang der Cloudworker für das auftragserteilende Unternehmen tätig wird.²⁵⁶ Allerdings hat das BAG bereits in den 1980er Jahren die Auffassung vertreten, dass eine Heimarbeit auch nebenberuflich erfolgen könne.²⁵⁷ Letztlich spricht die Gesetzessystematik gegen eine gesondert zu prüfende besondere Schutzbedürftigkeit im Sinne einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Auftragsunternehmen, allerdings nur dann, wenn tatsächlich die recht strengen Anforderungen an die Heimarbeit vorliegen. Lockert man dagegen die gesetzlichen Anforderungen an die in Heimarbeit Beschäftigten, um auch Cloudworker möglichst weitgehend einzubeziehen, dann hat dies als Kehrseite zur Folge, dass wiederum strenger nach einer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit gefragt werden muss. So können nach § 1 Abs. 2 HAG bestimmte Personen den in Heimarbeit Beschäftigten gem. § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 HAG nur dann gleichgestellt werden, wenn dies wegen ihrer Schutzbedürftigkeit gerechtfertigt erscheint. Erfolgt aber für eine Gleichstellung eine gesonderte Prüfung und fällt diese positiv aus, spricht dies im Umkehrschluss dafür, dass es bei Erfüllung der Merkmale des § 2 Abs. 1 HAG keiner derartigen Prüfung bedarf.

Für das geltende Recht gilt: In Heimarbeit Beschäftigte sind zwar in der Regel zugleich arbeitnehmerähnliche Personen, einer gesonderten Prüfung der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu einem Auftragsunternehmen bedarf es bei ihnen dagegen nicht. Sie folgt vielmehr bereits aus den besonderen Rahmenbedingungen und der Art der Erbringung der Dienstleistung. Bei den nur bei einer gewissen Dehnung der Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 HAG von dem Gesetz erfassten **Cloudworkern** ist dieser Verzicht nur dann gerechtfertigt, wenn im Einzelfall eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit bejaht werden kann.²⁵⁸

d) Bewertung des abgestuften Schutzsystems *de lege lata*

aa) Zusammenfassung der Einordnung

Crowdworker können je nach Vertragskonstruktion und den Umständen des Einzelfalls arbeitnehmerähnliche Personen sein und damit einem begrenzten arbeitsrechtlichen Schutz unterliegen. **Cloudworker** können zudem ggfs. unter den Schutz der Heimarbeit des HAG fallen.

Im **Verhältnis** zum **Crowdsourcer** wird ein Heimarbeitsverhältnis oder ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen. Denkbar sind solche Ausnahmefälle etwa bei **Gigworkern**, die regelmäßig und im erheblichen Umfang für einen Crowdsourcer tätig werden oder

²⁵⁵ Dazu bereits unter bb).

²⁵⁶ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1036); Erbs/Kohlhaas/Amb, § 1 HAG Rn. 3; *Preis/Brose*, Forschungsbericht, 2017, S. 40, 55; a.A. *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018, S. 16; für eine jedenfalls untergeordnete Rolle des Kriteriums NK-ArbR/*Horcher*, HAG § 2 Rn. 7.

²⁵⁷ BAG v. 12.7.1988 – 3 AZR 569/86 – NZA 1989, 141.

²⁵⁸ Zur Schutzbedürftigkeit bereits unter cc).

Cloudworkern mit seltenen Spezialisierungen, die wiederholt für denselben Crowdsourcer Aufträge bearbeiten. In aller Regel steht der Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Vertragsverhältnisses oder eines Heimarbeitsverhältnisses zu den einzelnen Crowdsourcern die Vielzahl der Crowdsourcer entgegen, für die der Crowdworker (Gigworker/Cloudworker) tätig wird.

Im **Verhältnis** zur **Plattform** kommt dagegen bereits *de lege lata* die Qualifikation eines Crowdworkers als arbeitnehmerähnliche Person oder als in Heimarbeit Beschäftigter in Betracht, sofern die Plattform nicht nur als Vermittlerin tätig wird.²⁵⁹ Eine entsprechende Einordnung hängt maßgeblich von der vertraglichen sowie tatsächlichen Ausgestaltung des Geschäftsmodells ab. Insbesondere beim **Indirect Crowdwork** können die Voraussetzungen für einen entsprechenden Schutz vorliegen.

Als arbeitnehmerähnliche Person sind Crowdworker zu qualifizieren, wenn sie auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft und die Einkünfte aus dem Crowdwork zur Sicherung ihrer Existenzgrundlage angewiesen sind. Die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person scheidet für Erwerbstätige aus, die Crowdwork nur nebenberuflich und als Zuverdienst zu ihrer eigentlichen Arbeit oder als Freizeitaktivität betreiben, was jedenfalls derzeit bei der Mehrzahl der Cloudworker der Fall ist. Die Anzahl der hauptberuflichen Cloudworker wächst allerdings, so dass auch die Zahl der als arbeitnehmerähnliche Person anzusehenden Cloudworkern steigen könnte.

Im Bereich des **Cloudwork** ist die Einordnung als in Heimarbeit beschäftigt aufgrund des weitergehenden Schutzes bedeutsamer als die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person. Bestimmt sich die Einordnung allein nach § 2 Abs. 1 HAG, könnte eine nicht unwesentliche Zahl ortsunabhängig tätiger Crowdworker (Cloudworker) als in Heimarbeit beschäftigt qualifiziert werden, wenn ein Auftragsverhältnis von einer gewissen Dauer besteht.²⁶⁰ Auf die Höhe des Verdienstes im Verhältnis zu sonstigen Einkünften käme es dann nicht an.

Der hier vertretene Verzicht auf eine gesonderte Prüfung der wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem Auftragsunternehmen ist allerdings nur gerechtfertigt, wenn bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 HAG im Einklang mit dem Normzweck des Gesetzes darauf geachtet wird, dass tatsächlich eine Schutzbedürftigkeit besteht, die mit den traditionell in Heimarbeit Beschäftigten vergleichbar ist. Werden die Cloudworker – wie dies in der Regel der Fall sein wird – **nicht** über einen längeren Zeitraum für denselben **Crowdsourcer** tätig, besteht kein Heimarbeitsverhältnis zum Crowdsourcer. Ein

²⁵⁹ So auch insbes. für die Einordnung als Heimarbeit *de lege lata* vgl. *Pacha*, 2018, S. 260 f.; *Selzer*, 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 (45 f.).

²⁶⁰ So auch *Selzer*, 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 (45 f.).

Heimarbeitsverhältnis mit der **Plattform** kommt nur dann in Betracht, wenn diese selbst als Auftraggeberin und nicht als reine Vermittlerin auftritt.²⁶¹

Wenig Raum für Schutzvorschriften bleibt insbesondere dann, wenn das Geschäftsmodell als **Direct Crowdwork** ausgestaltet ist.²⁶² Hier müsste nachgewiesen werden, dass nach der Gesamtbetrachtung der AGB und der tatsächlichen Vertragsdurchführung gleichwohl ein Auftrags- bzw. Abhängigkeitsverhältnis unmittelbar zur Plattform besteht.

bb) Bewertung des Schutzsystems durch die Zwischenkategorien *de lege lata*

Das Arbeitsrecht bietet bereits heute ein abgestuftes Schutzsystem, in dem auch Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, aber gleichwohl als schutzbedürftig anzusehen sind, einen partiellen Schutz genießen. Insbesondere werden die in Heimarbeit Beschäftigten nach dem HAG in zahlreiche arbeitsrechtliche Schutzgesetze einbezogen.²⁶³

Dem derzeitigen Schutzsystem fehlt es allerdings an Kohärenz und Transparenz.²⁶⁴ Weder gibt es eine allgemeingültige Definition der arbeitnehmerähnlichen Person noch sind die Voraussetzungen für die Einordnung als in Heimarbeit Beschäftigte nach dem HAG abschließend geklärt. Es entspricht daher einer verbreiteten Auffassung, dass die beiden Rechtsinstitute die neuen Erwerbsformen nicht ausreichend abdecken. Ähnlichkeiten bestehen zwischen dem System der Heimarbeit und dem des Cloudwork (in Form des **Indirect Crowdwork**).²⁶⁵ Bereits *de lege lata* erscheint daher denkbar, dass die Gerichte Cloudworker im Einzelfall der Heimarbeit zuordnen.²⁶⁶ Es bestehen aber erhebliche Unsicherheiten, insbesondere hinsichtlich der Frage, ab wann eine Plattform nicht mehr nur reine Vermittlerin, sondern zentrale Akteurin ist. Sieht die Plattform sich selbst als Auftraggeberin (**Indirect Crowdwork**), wird die Einordnung leichter fallen als in Konstellationen, in denen die Plattform sich als nicht an den einzelnen Auftragsverhältnissen beteiligt ansieht (scheinbares **Direct Crowdwork**).

Um die bestehenden Rechtsunsicherheiten einzudämmen, erscheint es anstelle einer kaum zu bewältigen Neujustierung des Arbeitnehmerbegriffes vorzugswürdig, die genannten Zwischenkategorien neu zu justieren bzw. sie als Vorbild für eine Regelung der neuen Erwerbsformen zu nehmen. Eine vollständige

²⁶¹ Vgl. auch *Pacha*, 2018, S. 224, die die Tätigkeit auf einer Cloudwork-Plattform letztlich als klassische Heimarbeit unter der Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien ansieht.

²⁶² Z. B. sehen die AGB der Plattform *Amazon Mechanical Turk* ausdrücklich vor, dass das Auftragsverhältnis nur zwischen Cloudworker und Crowdsourcer begründet wird. Allerdings behält sich die Plattform weitgehende Kontroll- und Eingriffsrechte vor, so dass ggfs. die Gesamtschau ergeben kann, dass es sich tatsächlich um Indirect Crowdwork handelt. Dies im Übrigen ungeachtet des Problems, dass in diesem Fall deutsches Recht keine Anwendung findet.

²⁶³ Zur sozialversicherungsrechtlichen Absicherung noch unter Abschnitt III.

²⁶⁴ Ein sich stimmiges Gesamtkonzept wünscht sich auch *Rinck*, RdA 2019, 126 (128).

²⁶⁵ So auch *Krause*, NZA 2016, 1004 (1007); *ders.*, Gutachten B DJT 2016, B 104 ff.; *Pacha*, 2018, S. 224 f.; *Preis*, SR 2017, 173 ff.; *ders.*, RdA2019, 75 (87); *Waltermann*, RdA 2019, 94 (98); a.A. wohl *Bayreuther*, Forschungsbericht 2018, S. 16, 46.

²⁶⁶ So auch *Pacha*, 2018, S. 224 f.; *Preis*, SR 2017, 173 ff.; *Selzer*, 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 (45 f.); a.A. allerdings *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 (1036); *Krause*, NZA 2016, 1004 (1007); *ders.*, Gutachten B DJT 2016, B 104 ff.; *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (325);

Einbeziehung von **sämtlichen Formen des Crowdwork** in das Arbeitsrecht unter Gleichstellung mit abhängig Beschäftigten ist hingegen verfehlt. Crowdwork, insbesondere Cloudwork ist und wird sicherlich auch künftig nicht die typische Arbeitsform sein, sondern bleibt eine spezifische Erwerbsform von vielen.²⁶⁷

Die im folgenden Kapitel erörterten Handlungsoptionen *de lege ferenda* beziehen sich entsprechend dem Schwerpunkt der Diskussion auf eine Ausweitung des Teilrechtsschutzes von schutzbedürftigen Selbstständigen.

3. Handlungsoptionen *de lege ferenda*: Bildung neuer Zwischenkategorien und/oder neuer Schutzvorschriften?

Im Folgenden sollen die wesentlichen Reformvorschläge dargestellt und bewertet werden. Es bestehen dabei unterschiedliche Vorstellungen, inwiefern der Schutz für weitere Selbstständige ausgebaut werden soll. Dabei unterscheiden sich die Vorschläge insbesondere hinsichtlich des Personenkreises (für wen soll der Schutz gelten?) als auch hinsichtlich des Schutzzumfangs (Beibehaltung der bisherigen Teilschutzsysteme oder Erweiterung?). Mit Blick auf die Erweiterung des Schutzzumfangs werden neben der bereits seit Jahren geforderten Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht auf (Solo-)selbstständige²⁶⁸ insbesondere ein Mindestvergütungsschutz sowie ein gewisser Bestandsschutz angedacht.

Der Kreis der als besonders schutzbedürftig anzusehenden Selbstständigen wird unterschiedlich weit gezogen und reicht von einer Ausweitung des HAG auf ortsunabhängige Crowdworker (**Cloudworker**) über eine Erweiterung des Schutzes von ertragsschwachen Solo-Selbstständigen bis hin zu einem stärkeren Schutz für alle Solo-Selbstständigen. Nach anderer Auffassung sollen Lösungen nicht über das Arbeitsrecht, sondern allgemein im Zivil- und Wirtschaftsrecht gesucht werden.

a) In der bisherigen Diskussion unterbreitete Vorschläge

aa) Spezifisches Schutzsystem für ortsunabhängige Crowdworker (Cloudworker)

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat in seinem Weißbuch „Arbeiten 4.0“ die bisherige Diskussion zum Crowdwork aufgegriffen. Es vertritt die Auffassung, dass *„pauschale Lösungen nicht allen Selbstständigen gerecht werden, [...] der Gesetzgeber [solle] die Schutzbedürftigkeit spezifischer Typen von Erwerbstätigen feststellen und sie nach jeweiliger Sachlage in den Schutz des Arbeits- und Sozialrechts*

²⁶⁷ So auch die Einschätzung des Instituts der deutschen Wirtschaft, s. *Stettes*, Köln, 9. Juni 2016 *Arbeitswelt und Arbeitsmarktordnung der Zukunft – Welche Schlüsse können aus der vorliegenden empirischen Evidenz bereits geschlossen werden?* IW Köln Gutachten, Juni 2016, S. 34; ebenso, aber vorsichtiger was die langfristige Prognose angeht *Deinert*, RdA 2018, 359 (365).

²⁶⁸ Dazu noch Abschnitt III.

einbeziehen. Naheliegend wäre etwa eine Regulierung von Crowdwork²⁶⁹, die sich an den bewährten, schon lange bestehenden Regelungen für Heimarbeiterinnen und -arbeitnehmer orientiert.²⁷⁰

Das Ministerium folgt damit der in der Diskussion dominierenden Auffassung, dass dem Phänomen des **Cloudwork** am besten über einen gruppenspezifischen Schutz Rechnung getragen werde. Eine Anlehnung an das Heimarbeitsgesetz soll dabei Ausgangspunkt für die Entwicklung des regulatorischen Rahmens sein, da sich Cloudworker in einer der in Heimarbeit Beschäftigten ähnlichen Lage befinden.²⁷¹ Der Vorschlag bezieht sich damit nur auf Crowdworker im engeren Sinne (Cloudworker), nicht auf Gigworker.

Krause hat in seinem Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag 2016 die spezifischen Schutzvorschriften des HAG als „Blaupause“ für das Cloudwork angesehen. So biete das Heimarbeitsrecht Arbeitszeitschutz, Gefahrenschutz, Entgeltregelungen und Kündigungsfristenschutz.²⁷² Bedarf für einen weitergehenden gesetzlichen Entgeltschutz sieht er nicht, vielmehr sei hier die kollektive Selbsthilfe die geeignete Form. Insoweit erscheine die Schaffung eines geeigneten Rechtsrahmens für eine kollektive Selbsthilfe sinnvoll, um das Problem der Selbstorganisation bei Anonymität im Cloudwork zu überwinden.²⁷³

Deinert schlug 2015 zunächst eine Neujustierung des Begriffes der arbeitnehmerähnlichen Person vor, bei der die Ertragsschwäche bzw. -stärke des Erwerbstätigen entscheiden solle.²⁷⁴ Schutzbedürftig seien Solo-Selbstständige, deren Tätigkeit besonders ertragsschwach sei. Dabei läge es nahe darauf abzustellen, ob der Selbstständige bei Ausschöpfung seiner Arbeitskraft einen Überschuss oberhalb der Pfändungsfreigrenze (§ 850c ZPO) erwirtschaften könne. So sollen Solo-Selbstständige, die bei Umrechnung auf einen Stundenlohn weniger als den Mindestlohn verdienen, als arbeitnehmerähnlich eingeordnet werden.²⁷⁵ Hinsichtlich des Schutzzumfanges überlegt er eine Ausweitung unter Einbeziehung in die Sicherung im Krankheitsfall, die Betriebsverfassung und das Arbeitnehmerhaftungsprivileg.²⁷⁶ Nachdem das BAG das Heimarbeitsgesetz auf qualifizierte Angestelltentätigkeiten angewendet hatte, hat auch *Deinert* seine Auffassung modifiziert und für eine Erstreckung des HAG auf Cloudworker plädiert. Nicht der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person, sondern derjenige der in Heimarbeit Beschäftigten solle dahin modifiziert werden, dass auch ortsunabhängig tätige Crowdworker (Cloudworker) erfasst werden. Er setzt aber weiterhin auf das Kriterium der Ertragsschwäche, indem er die Erteilung einer „Heimarbeiterbescheinigung“ davon

²⁶⁹ Gemeint ist in diesem Zusammenhang nur Cloudwork.

²⁷⁰ BMAS Weißbuch „Arbeiten 4.0“, S. 176.

²⁷¹ *Krause*, NZA 2016, 1004 (1007); *ders.*, Gutachten B DJT 2016, B 104 ff.; *Pacha*, 2018, S. 345 ff.; *Preis*, SR 2017, 173 ff.; *ders.*, RdA2019, 75 (87); *Waltermann*, RdA 2019, 94 (98).

²⁷² *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 106.

²⁷³ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 107.

²⁷⁴ *Deinert*, Solo-Selbstständige, Kapitel E Rn. 147.

²⁷⁵ Insoweit gehört der Vorschlag eigentlich in die nächste Kategorie zur Ausweitung des Schutzes der arbeitnehmerähnlichen Personen. Aufgrund des jüngsten Vorschlags von *Deinert*, der sich nunmehr nur auf eine moderate Reform des HAG bezieht, werden *Deinerts* Ideen zusammen an dieser Stelle aufgeführt.

²⁷⁶ *Deinert*, Solo-Selbstständige, Kapitel E Rn. 151.

abhängig machen will, dass die Summe aller Vergütungsbestandteile des Cloudworkers innerhalb eines Jahres unter Abzug von Betriebskosten im Durchschnitt unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns lag.²⁷⁷ Zudem sollte die Definition der Heimarbeit modifiziert und die Begriffe „Gewerbetreibende und Zwischenmeister“ durch „Unternehmer“ (§ 14 BGB) ersetzt werden. Durch das HAG verpflichtet werden sollen nach *Deinert* alle Auftragsunternehmen, da eine wirtschaftliche Abhängigkeit nicht nur von einem Auftragsunternehmen, sondern auch von allen gemeinsam (im Fall des Crowdwork den Crowdsourcern) bestehen könne. Dies dürfe keinen Unterschied machen.²⁷⁸ Hinsichtlich des Schutzzumfanges sieht er in Heimarbeit Beschäftigte bereits als durch die Einbeziehung in die Sozialversicherung sowie die Kündigungsfristen des § 29 HAG weitgehend geschützt an. Ein darüber hinausgehender sozialer Kündigungsschutz sei mit der Tätigkeit als Selbstständiger nicht vereinbar, denn wer frei bleiben möchte, könne im Gegenzug auch nicht erwarten, dass die Gegenseite uneingeschränkt leistungs- und abrufbereit sei.²⁷⁹ Auch hinsichtlich eines Vergütungsschutzes sieht er die Sonderregelungen des HAG, wenn auch bisher praktisch kaum genutzt, als vorzugswürdig gegenüber einer Einbeziehung von Heimarbeitern in das MiLoG an. So würde eine Einbeziehung in das MiLoG das Problem mit sich bringen, dass ein Nettoertrag, selbst wenn man ihn auf das Ergebnis vor Steuern bezieht, schwerlich justiziabel normiert werden könnte.²⁸⁰

Auch *Pacha* sieht eine Modernisierung des HAG unter Einbeziehung des Crowdwork als erstrebenswert an. Ihres Erachtens müsste gesetzlich klargestellt werden, dass die Qualifizierung als Heimarbeit keine eng verstandene Vergabe der Arbeit durch das Auftragsunternehmen verlangt. Zudem müsse auf das Merkmal der gesondert zu prüfenden wirtschaftlichen Abhängigkeit verzichtet werden.²⁸¹ Als Adressaten der Schutzpflichten will sie anders als *Deinert* jedenfalls beim **Indirect Crowdwork** die Plattform (quasi als „Zwischenmeister im Sinne des § 2 Abs. 3 HAG“) ansehen, also nicht den Crowdsourcer.²⁸² Im System des **Direct Crowdwork** sei problematisch, dass die Plattform nicht als Vertragspartnerin des Cloudworkers auftrete, da dann auch eine Haftung der Plattform nach dem HAG entfalle. So sieht die Regelung des § 21 Abs. 2 HAG eine Mithaftung des Auftragsunternehmens nur dann vor, wenn das Vertragsverhältnis unmittelbar zum Zwischenmeister besteht. Konstellationen, bei denen die Vertragsverhältnisse unmittelbar zwischen den in Heimarbeit Beschäftigten und den Auftragsunternehmen bestehen, gleichwohl aber ein Zwischenmeister tätig wird, kennt das HAG nicht. Entsprechend gibt es keine Regelungen zur Mithaftung des Intermediärs. Nach *Pachas* Vorschlag soll der Anwendungsbereich des HAG um die Konstellationen

²⁷⁷ *Deinert*, RdA 2018, 359 (367).

²⁷⁸ *Deinert*, RdA 2018, 359 (366).

²⁷⁹ *Deinert*, Solo-Selbstständige, Kapitel C. Rn. 107.

²⁸⁰ *Deinert*, RdA 2018, 359 (365).

²⁸¹ *Pacha*, 2018, S. 356.

²⁸² *Pacha*, 2018, S. 354 Fußnote 1486.

des Direct Crowdwork erweitert werden. So sollte unabhängig von der Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse ein identischer Schutz bestehen, Plattform und Auftragsunternehmen sollten gesamtschuldnerisch haften.²⁸³ Nicht erfasst von einer entsprechenden Anpassung werden Cloudworker, die nur unregelmäßig über eine Plattform tätig werden.²⁸⁴ Diese bedürften keines besonderen Schutzes.²⁸⁵ *Pacha* sieht durchaus, dass eine Erstreckung des Heimarbeitsschutzes auf Cloudworker neue wirtschaftliche und bürokratische Hürden aufstellt. Diese müssten sorgfältig ausbalanciert werden, um Nachteile für die deutsche Wirtschaft gering zu halten.²⁸⁶

bb) Vereinheitlichung des Schutzsystems aller arbeitnehmerähnlichen Personen

Weiter als die vorgenannten Vorschläge geht der Reformvorschlag von *Schubert*. Sie fordert ein einheitliches Konzept für alle arbeitnehmerähnlichen Personen (arbeitnehmerähnliche Person, Heimarbeiter und sonstige schutzbedürftige Solo-Selbstständige). Die Privilegierung der in Heimarbeit Beschäftigten möge historische Gründe haben, dennoch sei ihre Rechtsstellung im Vergleich zu derjenigen der arbeitnehmerähnlichen Personen nicht in jeder Hinsicht stimmig. Bei einer Neuausrichtung des Rechts der arbeitnehmerähnlichen Personen sei die Übertragung der Regelungen des Heimarbeitsrechts angezeigt, soweit die Heimarbeit nicht aufgrund ihrer Besonderheiten eine Sonderregelung gebietet.²⁸⁷

Offen bleibt *Schubert* in der Frage, ob (nur) die Entgeltfestsetzungsregelungen der § 17 ff. HAG auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen erstreckt oder ein Mindestentgeltschutz durch Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das MiLoG geschaffen werden sollten.²⁸⁸

cc) Weitgehende Einbeziehung aller Solo-Selbstständigen in die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften

Nach der am weitesten gehenden Auffassung bedarf es eines umfassenden Schutzes von allen (schutzbedürftigen) Solo-Selbstständigen. Eine Beschränkung auf das **Cloudwork** oder auf arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne der derzeitigen Rechtsprechung würde nach dieser Ansicht die Tatsache verschleiern, dass auch **andere Solo-Selbstständige** (Gigworker sowie andere Solo-Selbstständige), die nicht überwiegend von einem Auftragsunternehmen abhängig sind, immer häufiger im Niedriglohnsektor tätig werden und damit vergleichbar schutzbedürftig sind. Deswegen wird neben der bereits seit langem erhobenen

²⁸³ *Pacha*, 2018, S. 353 ff.

²⁸⁴ Gigworker wurden im Rahmen der Forschungsarbeit von *Pacha* nicht berücksichtigt.

²⁸⁵ *Pacha*, 2018, S. 359.

²⁸⁶ *Pacha*, 2018, S. 363 f.

²⁸⁷ *Schubert*, RdA 2018, 200 (205).

²⁸⁸ *Schubert*, RdA 2018, 200 (206).

Forderung nach einer sozialversicherungsrechtlichen Einbeziehung von Solo-Selbstständigen ein arbeitsrechtlicher Teilschutz aller Solo-Selbstständigen für notwendig erachtet.²⁸⁹

Preis, der ebenfalls wie *Krause*, *Deinert* und *Schubert* das soziale Schutzkonzept des HAG für die digitale Arbeitswelt neu ausrichten möchte, sieht in diesem Konzept auch Potenzial für eine Verallgemeinerung der Regelungen für alle (Solo-)Selbstständigen, die auf den Einsatz der eigenen Arbeitskraft angewiesen sind.²⁹⁰ So seien Heimarbeiter bereits umfassend geschützt, insbesondere durch ihre sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung mit den Beschäftigten im Sinne des § 7 SGB IV (§ 12 Abs. 2 SGB IV). Allerdings sind nach der Auffassung von *Preis* die Entgeltfestsetzungsregelungen der §§ 17 ff. HAG zu kompliziert, eine Einbeziehung in das MiLoG sei daher vorzugswürdig.²⁹¹ Die (auch) künftige Verweigerung eines Bestandsschutzes für (Solo-)Selbstständige sei hingegen aufgrund der fehlenden Weisungsbindung und die größere Freiheit bei selbstständiger Leistungserbringung gerechtfertigt.²⁹²

Einen konkreten Vorschlag zur Erweiterung des MiLoG um ein Mindestentgelt für (alle) Solo-Selbstständige sieht der Entwurf eines „Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Solo-Selbstständige“ des Hugo Sinzheimer Instituts (HSI) von Ende 2018 vor.²⁹³ Danach soll im Anschluss an die bisherigen Regelungen zum gesetzlichen Mindestlohn ein zweiter Teil (§§ 25 bis 31) in das Gesetz aufgenommen werden, der die Mindestentgelte für Selbstständige ohne eigene Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer regelt. Die Höhe des Mindestentgelts soll sich dabei nach der Höhe des gesetzlichen Mindestlohns gemäß § 1 Abs. 2 MiLoG zuzüglich eines pauschalen Sozialversicherungszuschlags in Höhe von 25 % bestimmen (§ 26 Abs. 1 MiLoG-Entwurf). Im Streitfall soll eine Vermutung weiterhelfen. So wird vermutet, dass der von dem Solo-Selbstständigen dargelegte und auf objektiv nachvollziehbaren Angaben beruhende zeitliche Umfang der Tätigkeit zutreffend sei, es sei denn, das Auftragsunternehmen könne einen abweichenden Umfang darlegen und beweisen. Im Zweifel soll eine angemessene Dauer als vereinbart gelten (§ 26 Abs. 2 MiLoG-Entwurf).²⁹⁴ Rechtsvergleichend wird in diesem Rahmen auf das polnische und das niederländische Recht Bezug genommen. Beide Rechtsordnungen haben in jüngerer Zeit Solo-Selbstständigen in den Anwendungsbereich ihrer Mindestlohngesetze aufgenommen.²⁹⁵ Das HSI sieht ein Mindestentgelt als mit

²⁸⁹ *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018; *Preis*, SR 2017, 173; *ders.*, RdA 2019, 75 (87 f.); Hugo- Sinzheimer-Institut, HSI-Working Paper Nr. 12, Dez 2018.

²⁹⁰ *Preis*, SR 2017, 173 (181); *ders.*, RdA 2019, 75 (87 f.).

²⁹¹ *Preis*, SR 2017, 173 (178).

²⁹² *Preis*, SR 2017, 173 (179).

²⁹³ HSI-Working Paper Nr. 12, Dez 2018, abrufbar unter https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/Working_Paper/12_2018/HSI-Working-Paper_Nr._12_2._Aufl_.pdf.

²⁹⁴ Darüber hinaus sieht der Entwurf vor, dass Unternehmen, die gegen das MiLoG verstoßen von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden sollen (§ 29 MiLoG-Entwurf).

²⁹⁵ HSI-Working Paper Nr. 12, Dez 2018, S. 4.

der Vertrags- und Berufsfreiheit vereinbar an. So habe das BVerfG²⁹⁶ u.a. in seinen Urteilen zur angemessenen Vergütung im Urheberrecht²⁹⁷ sowie einer Karenzentschädigung des Handelsvertreters²⁹⁸ anerkannt, dass dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zukomme, auf eine gestörte Vertragsparität mit einer gesetzlichen Regulierung der Vertragsfreiheit zu reagieren. Die Grenzen dieses weiten Spielraums würden durch den vorgelegten Gesetzentwurf nicht überspannt. Solo-Selbstständige befänden sich gegenüber Auftragsunternehmen, für die sie tätig sind, häufig in einer strukturell schwächeren Position und erzielten nicht selten nur ein Einkommen unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns.²⁹⁹

Einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV sieht das HSI nicht. Da die Regelung auf Inländer und Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten der EU unterschiedslos angewendet werde, scheide eine Diskriminierung von vornherein aus. Das Beschränkungsverbot werde ebenfalls nicht verletzt, da die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zur Vermeidung von „fortschreitendem Sozialdumping“ und zum Schutz von Solo-Selbstständigen, die einem Arbeitnehmer vergleichbar seien, gerechtfertigt sei.³⁰⁰

Bayreuther plädiert dafür, die notwendige Reform nicht auf das Crowdwork (insbes. Cloudwork) zu beschränken, sondern alle Solo-Selbstständigen in den Blick zu nehmen. Er widmet sich in seinem Forschungsbericht vertieft den Fragen nach Sicherung einer fairen Vergütung sowie einem sachgerechten Bestandsschutz und kommt zu dem Schluss, dass die Einführung einer „angemessenen Vergütung“ für Solo-Selbstständige vorzugswürdig wäre. Mindestvergütungen schließt er gleichwohl nicht aus.³⁰¹ Verfassungsrechtlich sieht er den durch die Festsetzung einer Mindestvergütung bestehenden Eingriff in die Berufs- und Vertragsfreiheit für die Gruppe der Solo-Selbstständigen im Ergebnis als gerechtfertigt an, zumal das BVerfG die bindende Entgeltfestsetzung im Heimarbeitsrecht bereits für verfassungsgemäß erklärt habe.³⁰² Eine gesetzliche Mindestvergütung begegne ebenfalls keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.³⁰³ Die praktischen Probleme bei Festsetzung einer Stundenvergütung seien überwindbar. So könne sich das Stundenentgelt an dem Zeitaufwand orientieren, den eine durchschnittliche Auftragnehmerin oder ein durchschnittlicher Auftragnehmer nach Art und Umfang des Auftrags üblicherweise für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung aufwenden müsse.³⁰⁴ Einen Ausbau des Schutzsystems durch Gewährung von

²⁹⁶ BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84; NZA 1990, 389; v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, – 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46.

²⁹⁷ BVerfG v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, – 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46 (Rn. 65: Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht gehindert, eine Regelung zu treffen, die den Urhebern einen Anspruch auf gerichtliche Kontrolle der von ihnen geschlossenen Verträge auf die Angemessenheit der vereinbarten Vergütung gewährt.).

²⁹⁸ BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, NZA 1990, 389.

²⁹⁹ HSI-Working Paper Nr. 12, Dez 2018, S. 5 f.

³⁰⁰ HSI-Working Paper Nr. 12, Dez 2018, S. 6 f.

³⁰¹ *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018.

³⁰² BVerfG v. 27.2.1973 – 2 BvL 27/69, NJW 1973, 1320.

³⁰³ *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018, S. 21.

³⁰⁴ *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018, S. 25.

Kündigungsschutz für alle Solo-Selbstständige lehnt auch *Bayreuther* als nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Privatautonomie ab.³⁰⁵

dd) Schutzsystem für Solo-Selbstständige durch das allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht

Für *Kocher* ist der angemessene Weg zum Schutz von Solo-Selbstständigen und damit in der Regel auch von Crowdworkern nicht zwingend in der Erstreckung des Arbeitsrechts, sondern im allgemeinen Zivilrecht zu finden.³⁰⁶ Um der Kommerzialisierung des Arbeitsrechts generell etwas entgegen zu setzen, bedürfe es der Einführung äquivalenter Schutzformen im Zivilrecht. So finde sich im englischen Recht die Rechtsfigur des „*personal work nexus*“. Zwar werde von Gewerkschaftsseite kritisiert, dass die Einführung weiterer Vertrags- und Schutzformen dazu führen könne, dass die Unternehmen künftig noch mehr Ausweich- und Umgehungsmöglichkeiten erhielten. Allerdings bestünden diese Ausweichmöglichkeiten bereits heute mit dem Unterschied, dass die soziale Absicherung bei den zivilrechtlichen Beschäftigungsformen (insbes. dem Dienst- und Werkvertragsrecht) unzureichend sei.³⁰⁷

b) Bewertung

Im Folgenden werden die Vorschläge insbesondere auf ihre Verfassungs- und Unionsrechtskonformität hin bewertet sowie verbleibende Regelungslücken und der Bedarf nach weiterer empirischer Forschung aufgezeigt:

aa) Fehlende Empirie zur Schutzbedürftigkeit aller Solo-Selbstständigen

Die Erstreckung des (heim-)arbeitsrechtlichen Schutzsystems auf alle Solo-Selbstständige stellt die am weitesten gehende Reform dar und ist mit einem tiefgreifenden Eingriff in die Privatautonomie verbunden, der einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Die bisherigen Vorschläge gehen unseres Erachtens nur oberflächlich auf diese Problematik ein und rechtfertigen bei einer Gesamtbetrachtung diesen weitreichenden Eingriff eindeutig nicht.

Zu bemängeln ist, dass von den Vertretern der Ausweitung des Schutzsystems für alle Solo-Selbstständigen gar nicht hinterfragt wird, ob tatsächlich alle Solo-Selbstständigen schutzbedürftig sind. Eine Erstreckung von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften ist aber nur dann zu Lasten der Berufs- und Vertragsfreiheit zulässig, soweit hierfür ein soziales Schutzbedürfnis besteht. Insbesondere lässt sich die Einführung einer Mindestvergütung nur dann verfassungsrechtlich rechtfertigen, wenn eine Machtasymmetrie zwischen den Vertragsparteien besteht. Es lassen sich indes eine Vielzahl von Beispielen für Solo-Selbstständige finden, bei denen eine besondere Schutzbedürftigkeit gerade nicht besteht. Eine generelle Schutzbedürftigkeit von

³⁰⁵ *Bayreuther*, Forschungsbericht, 2018, S. 32 ff.

³⁰⁶ *Kocher*, KJ 2013, 145 (156).

³⁰⁷ *Kocher*, KJ 2013, 145 (156).

Solo-Selbstständigen folgt insbesondere nicht schon aus dem Umstand, dass sich die Arbeitskraft, die Vertragsgegenstand ist, nicht von der Person trennen lässt.³⁰⁸ Die persönliche Leistungserbringung ist ein tradiertes Charakteristikum freiberuflicher Tätigkeit, das die besondere Stellung als Vertrauensberuf begründet und bis heute verschiedene Privilegien wie etwa die Freistellung von der Gewerbesteuer begründet. Als pauschale Rechtfertigung einer besonderen Schutzbedürftigkeit ist sie völlig ungeeignet. Allenfalls die Abhängigkeit von einem einzigen als Auftraggeber auftretenden Unternehmen könnte eine besondere Schutzbedürftigkeit aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit begründen. Dies ist indes gerade kein typisierendes Merkmal von Solo-Selbstständigen, sondern hängt stark vom konkreten Einzelfall ab. Ob etwa ein Handwerksbetrieb von der Inhaberin bzw. dem Inhaber allein, gemeinsam mit anderen Handwerkern oder mit abhängig Beschäftigten betrieben wird, liegt in der freien Entscheidung der Unternehmer. Unternehmen müssen sich bei der Erteilung eines Auftrages – etwa an eine Gärtnerei – keinesfalls Gedanken darüber machen, wie der Vertragspartner organisiert ist. Es würde im Gegenteil sogar zu einer Benachteiligung von Solo-Selbstständigen führen, wenn bei ihnen andere Kriterien gelten würden, als bei Unternehmen mit mehreren Beschäftigten. Ohnehin lässt sich eine scharfe Grenze zwischen Solo-Selbstständigen und „kleinen“-Selbstständigen, die einen oder wenige Hilfskräfte beschäftigen, nicht ziehen. Im Zeitalter von Diktierprogrammen, EDV und Kanzleisoftware lässt sich so manche Anwaltskanzlei, Heilpraktikerpraxis oder Hausverwaltung durchaus ohne Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter betreiben. Der einzelne Rechtsanwalt oder IT-Spezialist ist aber sicherlich nicht generell schutzbedürftiger als ein Handwerker, der noch eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter beschäftigt. Hinzu kommt, dass die Soloselbstständigkeit im Bereich der Freien Berufe und des Handwerks überhaupt keine neue Entwicklung ist, ohne dass hier generelle Fehlentwicklungen bekannt geworden wären.

Der aktuelle rechtstatsächliche Erkenntnisstand liefert für eine pauschalierende These, alle Solo-Selbstständigen seien schutzbedürftig, aber vom geltenden Recht nur unzureichend geschützt, keine argumentative Unterstützung. Daran anknüpfende Reformvorschläge bergen die Gefahr in sich, unüberlegt zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung verschiedener Formen selbstständiger unternehmerischer Tätigkeit zu führen. Ihnen ist daher dezidiert entgegenzutreten.

bb) Zweifel an der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität einer gesetzlichen Mindestvergütung für alle Solo-Selbstständigen

Nicht zu überzeugen vermag vor diesem Hintergrund auch der Vorschlag eines Mindestentgelts für alle Solo-Selbstständigen durch pauschale Einbeziehung in das MiLoG. Auch wenn man mit dem BVerfG davon ausgeht, dass der Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum hat, um

³⁰⁸ *Kocher*, KJ 2013, 145 (151). Anders kann dies für das Sozialversicherungsrecht zu beurteilen sein. Dazu Abschnitt III..

Kräfteungleichgewichte durch gesetzliche Restriktionen auszugleichen, so sind in den hier zu beurteilenden Sachverhalten doch verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten. Die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit umfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen verbindlich auszuhandeln. Die Legislative darf zwar durch gesetzliche Beschränkungen sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenwirken, sie muss aber die grundrechtlichen Wertungen nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich bringen, dass die Interessen aller Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.³⁰⁹ Die Bestimmung des Personenkreises sowie die Reichweite der Regelung dürfen die Berufsfreiheit nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen.

Die von den Befürwortern einer weiten Reform in Bezug genommene Rechtsprechung des BVerfG befasst sich weder mit der Festsetzung von konkreten Mindestentgelten noch wird in den den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten ein vergleichbar weiter Personenkreis als typischerweise unterlegen eingestuft. Die genannte Entscheidung zum Urheberrecht kann nicht auf alle Solo-Selbstständigen übertragen werden, sondern ist den besonderen Gegebenheiten des Urheberrechts geschuldet. Freiberuflich tätige literarische Übersetzerinnen oder Übersetzer erhalten zumeist nur sehr geringe Pauschalhonorare, dies ist aber ein branchenspezifisches Phänomen, da Urheber bei der Vermarktung von ihren Verwertern abhängig sind und nicht selbst ihre Werke an den Endkunden bringen. Diese Abhängigkeit wurde zudem durch rechtstatsächlich aufgearbeitete Ungleichgewichte in Teilbereichen der Medienwirtschaft und eine Vielzahl einschlägiger Stellungnahmen aus interessierten Kreisen und der Wissenschaft belegt.³¹⁰ Außerdem gewährt das Urheberrecht lediglich eine „angemessene Vergütung“ und setzt keine konkreten Mindestvergütungen fest.

Die weitere Entscheidung zum Handelsvertreter lässt sich ebenfalls nicht auf alle Solo-Selbstständigen übertragen, da auch hier die Besonderheit besteht, dass der Handelsvertreter für das Unternehmen Verträge vermittelt oder abschließt und damit in einem Dauerrechtsverhältnis zu einem Unternehmen steht. Auch er bietet seine Leistungen nicht selbstständig am Markt an.

Die Existenz von Entgeltsicherungsregelungen für eine spezifische Gruppe von Selbstständigen, deren Abhängigkeit von einem besonderen Vermarktungsweg abhängt, lässt keinen Schluss auf die Verfassungskonformität eines ausgedehnten Mindestentgeltes für alle Solo-Selbstständigen zu. Ein Abhängigkeitsverhältnis zu bestimmten „Verwertern“ oder Unternehmen ist kein typisches Merkmal der Solo-Selbstständigkeit. Zudem kontrahieren viele Solo-Selbstständige direkt mit privaten Auftraggeberinnen und Auftraggebern, so dass sicherlich nicht von einer typischerweise unterlegenen Stellung von Solo-Selbstständigen gesprochen werden kann. Selbst bei b2b-Verträgen erscheint die pauschalierende Annahme einer

³⁰⁹ BVerfG v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, – 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46 Rn. 68.

³¹⁰ BVerfG v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, – 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46 Rn. 77.

unterlegenen Stellung fragwürdig. Die unterlegene Stellung, die ein **Crowdworker** im Einzelfall gegenüber der Plattform haben kann, ist sicherlich nicht auf alle b2b-Verträge von Solo-Selbstständigen übertragbar.

Eine derart weite Ausdehnung des Sozialschutzes stünde schließlich auch in einem Spannungsverhältnis zur Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Staatlich festgesetzte Mindestvergütungen beschränken ebenso wie staatlich regulierte Preise für freiberufliche Leistungen die Dienstleistungsfreiheit sogar massiv. Eine Beschränkung müsste daher durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, und außerdem verhältnismäßig sein.³¹¹ Die pauschale, nicht auf konkrete Schutzbedürfnisse abstellende Erfassung aller Solo-Selbstständigen würde diesen Anforderungen nicht gerecht.

Nur im Interesse der Vollständigkeit sei auf die enormen praktischen Schwierigkeiten verwiesen, die sich bei der Bestimmung und Berechnung der Mindestvergütung ergeben. Für typische Werkverträge wird sich ein angemessener Stundenlohn nicht nach einem hypothetisch durchschnittlichen Zeitaufwand und der dafür entsprechend angemessenen Vergütung ermitteln lassen. Auch diese praktischen Schwierigkeiten sprechen dagegen, vorschnell und ohne klaren rechtstatsächlichen Befund arbeitsrechtliche Schutzvorschriften pauschal auf alle Solo-Selbstständige zu erstrecken.

cc) Begrenzung einer Reform auf einen gruppenspezifischen Schutz von Cloudworkern, die für eine gewisse Dauer tätig werden

Überzeugender ist eine Lösung über einen gruppenspezifischen Schutz. Dabei ist ein Schutz für das ortsunabhängige Crowdwork (Cloudwork) einem allgemeinen Schutz von allen **Crowdworkern** und arbeitnehmerähnlichen Personen vorzuziehen. Nicht alle **Cloudworker** sind in gleicher Weise schutzbedürftig, sondern allenfalls diejenigen, die regelmäßig und für eine gewisse Dauer auf einer und für eine Plattform tätig werden.

Ein Cloudworker, der nicht selbst am Markt auftritt, sondern bei dem die Plattform die Auftragsvergabe nebst Rahmenbedingungen steuert (**Indirect Crowdwork**), ist insbesondere aufgrund der damit verbundenen Anonymität, der fehlenden bzw. eingeschränkten Vermarktungsmöglichkeit sowie der Machtasymmetrie hinsichtlich der Gestaltung der Vertragsbedingungen in seiner Stellung am ehesten einem in Heimarbeit Beschäftigten vergleichbar. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Cloudworker die Preise für seine Leistungen nicht frei bestimmen kann, wie es auf derzeit auf vielen Plattformen der Fall ist.

Für die Schutzbedürftigkeit von Cloudworkern in Auftragsverhältnissen „von einer gewissen Dauer“ bzw. Häufigkeit gibt es konkrete Anhaltspunkte, anders fällt die Beurteilung bei Cloudworkern aus, die nur

³¹¹ EuGH 19.12.2012 – C-577/10, EuZW 2013, 234.

unregelmäßig tätig werden. Um hier für die erforderliche Rechtssicherheit zu sorgen, bietet es sich an die Begriffe der „erforderlichen Dauer“ bzw. Regelmäßigkeit zu konkretisieren. Hinsichtlich eines absoluten Minimums kann man sich in einem ersten Schritt an den Vorschriften der Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der EU orientieren, die aus ihrem Anwendungsbereich alle Arbeitsverhältnisse ausschließt, bei denen der Arbeitszeitumfang weniger als 12 Stunden im Monat (3 Stunden die Woche) beträgt. Als Clickworker sind häufig Schülerinnen und Schüler, Studierende, Rentnerinnen und Rentner oder sonstigen Personen tätig, die keiner festen beruflichen Tätigkeit nachgehen wollen und die für ihre Existenzsicherung nicht auf die Einnahmen aus dem Clickwork angewiesen sind. Ein gruppenspezifischer Schutz der Cloudworker wäre keinesfalls gerechtfertigt, wenn die selbstständige Tätigkeit nicht einmal einen Mindestumfang von 3 Stunden in der Woche erreicht. Mit dieser (negativen) Mindestgrenze wäre freilich wenig erreicht, weil mit ihr lediglich die ohnehin völlig unproblematischen Fälle ausgeschlossen würden, bei denen die fehlende gesetzliche Schutzbedürftigkeit evident ist. Eine für die Praxis hilfreiche Grenze müsste daher höher angesiedelt werden, wobei es sich bei dem konkreten Schwellenwert letztlich um eine politische Entscheidung handelt.

Eine Orientierung allein am zeitlichen Umfang wird außerdem dem Phänomen der Cloudwork nicht ausreichend gerecht, da ein einzelner Auftrag bereits die entsprechende zeitliche Voraussetzung erfüllen könnte, ohne dass ein Bedarf für einen zwingenden gesetzlichen Schutz erkennbar ist. Oberhalb der gesetzlich zu fixierenden Mindestgrenze kann sich die erforderliche Stetigkeit daher nur aus einer Gesamtschau ergeben, in die neben der Anzahl der Aufträge, der zeitliche Zusammenhang bzw. die Regelmäßigkeit der Aufträge sowie der zeitliche Umfang der einzelnen Aufträge einbezogen werden muss (beispielsweise mindestens x Aufträge mit einem zeitlichen Umfang von mindestens x Stunden über einen Zeitraum von mindestens x Monaten).

Eine solche stärker problemorientierte Lösung ist einer Überregulierung durch Einbeziehung aller Solo-Selbstständiger deutlich vorzuziehen. Allein die Tatsache, dass Solo-Selbstständigen keine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen, rechtfertigt es sicherlich nicht, sie dem umfassenden Schutz der Heimarbeit zu unterstellen. Besonderheiten gelten im Bereich des noch näher zu untersuchenden Sozialversicherungsrechts.³¹²

Ein atypisches Schutzbedürfnis, das nicht über den anerkannten Arbeitnehmerbegriff aufgefangen werden kann, ist zudem nur bei **Cloudworkern** erkennbar. **Gigworker** werden im Gegensatz hierzu nicht anonym tätig. Sie können ihre Dienstleistung daher auch selbst vermarkten. Eine höhere Schutzbedürftigkeit als bei anderen Solo-Selbstständigen ist hier nicht erkennbar. Entgegenstehende AGB, die dem Gigworker eine

³¹² Dazu noch Abschnitt III.

außerhalb der Plattform mögliche Vermarktung verbieten wollen, sind auf ihre Vereinbarkeit mit AGB-Recht zu hinterfragen. Sie rechtfertigen für sich genommen keinen allgemeinen (heim-)arbeitsrechtlichen Schutz dieser Erwerbstätigengruppe. Im „Missbrauchsfall“ werden **Gigworker** bereits auf der Grundlage der derzeitigen Entscheidungspraxis der Gerichte durch die mögliche Einordnung als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer oder ggfs. als arbeitnehmerähnliche Person geschützt.³¹³ Ein darüber hinausgehender gruppenspezifischer Schutzbedarf besteht für Gigworker nicht.

dd) (Mit-)Verantwortung der Plattform

In der rechtspolitischen Reformdebatte vermisst man bislang eine vertiefende Untersuchung, ob und inwiefern die Plattform als Adressat von Schutzpflichten in die (Mit-)Verantwortung genommen werden kann. *Deinerts* Entwurf beschäftigt sich beispielsweise nur insoweit mit einer Modifizierung des HAG, als dort die Begriffe „Gewerbetreibende und Zwischenmeister“ durch „Unternehmer“ (§ 14 BGB) ersetzt werden sollen. Weder wird die zentrale Rolle der Plattform im **Indirect Crowdwork** noch die Problematik, dass im Fall des tatsächlichen Auftragsverhältnisses unmittelbar zwischen Cloudworker und Crowdsourcer, jeweils ein Teilanspruch gegen jeden Crowdsourcer geltend gemacht werden müsste, näher beleuchtet. Allein *Pacha* geht hier explizit auf die bedeutende Rolle der Plattform und die notwendigen Anpassungen ein.

Geht die Rolle der Plattform deutlich über eine reine Vermittlungstätigkeit hinaus, so erscheint es erwägenswert, sie stärker in die Pflicht zu nehmen. Beim Indirect Crowdwork (im Bereich des Cloudwork) ist dies bereits nach geltendem Recht denkbar. Generell sollte überprüft werden, ob die Schutzvorschriften des HAG hinsichtlich des haftenden Adressaten erweitert werden müssen. So könnte die Plattform auch bei fehlendem Auftragsverhältnis, aber massiven faktischen Einflussmöglichkeiten, in die Haftung mit einbezogen werden. Eine solche Haftungserweiterung sollte aber wohl überlegt sein und nur unter Abwägung der wirtschaftlichen Folgen für die Plattformarbeit und damit auch die Crowdworker erfolgen.

ee) Kein Bestandsschutz für Selbstständige

Ganz zu Recht wird nahezu einhellig davon ausgegangen, dass ein Kündigungsschutz für Solo-Selbstständige oder in Heimarbeit Beschäftigte nicht in Betracht zu ziehen ist. Ein solcher Bestandsschutz wäre mit der Vertragsfreiheit nicht vereinbar und würde zudem den erheblichen Freiräumen, über die Solo-Selbstständige im Gegensatz zu abhängig Beschäftigten verfügen, nicht gerecht. Diskussionswürdig erscheint dagegen eine Übertragung der Kündigungsfristen des § 29 HAG, der unterschiedliche Fristen je nach Dauer des Auftragsverhältnisses vorsieht. Stellt man hierbei auf das einzelne Auftragsverhältnis ab, wäre der Mehrwert für die **Cloudworker** bei kurzen Aufträgen gering. Bei einer Orientierung an dem

³¹³ Zu *Uber*-Fahrer und *Deliveroo*-Fahrer bereits unter II. 1. c) cc) und dd).

gesamten für eine Plattform erledigten Auftragsvolumen ergäbe sich dagegen die Problematik, dass die Plattform zur Weiterbezahlung des durchschnittlichen Entgelts der letzten Auftragsverhältnisse verpflichtet würde, mit potenziell unverhältnismäßigen Kostenfolgen für die Plattformen. Diskussionsbedürftig erscheinen allenfalls spezifische Regelungen, die den Cloudworkern ein Recht zur weiteren Nutzung der Plattform gewähren und die Kündigung des Nutzungsverhältnisses an weitere Voraussetzungen koppeln.

c) Elemente eines Reformgesetzes

Auch wenn im Rahmen dieses Gutachtens Möglichkeiten erarbeitet wurden, einen gewissen Schutz des **Cloudworkers** durch Rückgriff auf die Rechtsfiguren der arbeitnehmerähnlichen Personen und der in Heimarbeit Beschäftigten zu verwirklichen und ein entsprechender Ergänzungsbedarf aufgezeigt wurde, so wäre doch eine schlichte Erweiterung des HAG kein geeigneter Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Regelung *de lege ferenda*. Schon der antiquierte Begriff „**Heimarbeit**“ passt von vornherein nicht auf die neuen Erwerbsformen, die sich aktuell entwickeln. Das Gleiche gilt für verschiedene Regelungen dieses schon für sich genommen reformbedürftigen Gesetzes, insbesondere §§ 10, 11 und 29 HAG.³¹⁴ Auch muss die Übertragbarkeit der Regelungen aus dem zweiseitigen Heimarbeitsverhältnis auf das dreiseitige Cloudwork genau geprüft werden.

Der rechtsdogmatisch ideale Weg wäre es, diese neu justierten Zwischenkategorien in einem eigenen Abschnitt eines Arbeitsvertragsgesetzbuches zu verorten, der den **arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen** gewidmet wäre. Da die Realisierungschancen einer solch weitreichenden Reform trotz ihrer Überfälligkeit indes gering sind, sollte angedacht werden, in einem eigenständigen „**Gesetz über die Rechtsbeziehungen der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen**“ die neuen Erwerbsformen sowie weitere Problemgruppen zu erfassen. In dieses Gesetz sollten zunächst die Regelungen des HAG in einer entschlackten und an aktuelle Entwicklungen angepassten Form übertragen werden. Außerdem könnten dort systematisch zusammenhängend das bisher zersplittert geregelte Recht der arbeitnehmerähnlichen Personen unter gleichzeitiger einheitlicher Definition dieses Begriffs geregelt werden.

Nicht ausgeschlossen erscheint es, innerhalb der Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen gewisse Differenzierungen einzuführen, etwa je nach Intensität der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des auftragserteilenden Unternehmens. In diesem Kontext wäre auch die Bedeutung des Merkmals der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu klären. So könnten im Interesse der Rechtssicherheit etwa Vermutungstatbestände gebildet werden, in denen eine wirtschaftliche Abhängigkeit widerleglich vermutet wird.

³¹⁴ Zu Zweifeln an der Rechtfertigung des heimarbeitsrechtlichen Schutzsystems insbesondere im Sozialversicherungsrecht siehe auch Abschnitt III.2.e)

Die Erarbeitung eines konkreten Gesetzesvorschlages ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Es sei daher nur allgemein darauf hingewiesen, welche nächsten Schritte anstehen, wenn sich die Politik für den hier aufgezeigten Weg eines eigenständigen "Gesetzes über arbeitnehmerähnliche Selbstständige" entscheidet:

1. Die derzeit verstreuten Regelungen über die Rechte **arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger** (arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeiter) sollten in diesem Gesetz zusammengeführt werden
2. Die Regelungen der klassischen Heimarbeit müssten an die aktuellen Entwicklungen angepasst werden. Will die Politik den traditionell in Heimarbeit Beschäftigten weiterhin einen privilegierten Schutz zukommen lassen, sollte die **traditionelle Heimarbeit** von **neuartigen Erwerbsformen** ausreichend klar abgegrenzt werden.
3. Das derzeitige heimarbeitsrechtliche Schutzsystem sollte zudem auf seine (partielle) Übertragbarkeit auf **weitere arbeitnehmerähnliche Selbstständige** überprüft werden.
4. Letztlich müsste geprüft werden, ob es innerhalb der Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen mit Blick auf die neueren Entwicklungen weiterer Unterkategorien bedarf. Zu bedenken wäre insbesondere, ob bestimmten **Cloudworkern** (im Indirect Crowdwork) ebenso wie derzeit den in Heimarbeit Beschäftigten ein höherer Schutz zukommen soll als anderen arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen.
5. Ein pauschaler Schutz aller **Cloudworker** unabhängig von Vertragskonstrukt und Auftragsvergabesystem erscheint dagegen nicht sachgerecht.

4. Ausgleich durch Abstufung innerhalb des Arbeitnehmerkreises?

Neben der Erstreckung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf (schutzbedürftige) Selbstständige wird bereits seit längerem im Gegenzug eine „Lockerung“ der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften für unternehmerähnliche Beschäftigte diskutiert (so unter anderem auf dem 1. Deutschen Arbeitsrechtstag 2014 in Berlin unter dem Titel „Sichere Arbeitsbedingungen für eine moderne Arbeitswelt – wen und wovon soll das Arbeitsrecht schützen?“). Während sich der Schwerpunkt der Diskussion zunächst auf die Frage des Ausschlusses von Spitzenverdienern insbesondere aus dem Kündigungsschutz konzentrierte, steht mittlerweile auch ein Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des ArbZG zur Debatte. So werden die bestehenden Regelungen zur täglichen Höchstarbeitszeit sowie zu den Mindestruhezeiten teilweise als zu starr angesehen. Auch wird die bisherige klassische Abstufung innerhalb des Arbeitnehmerkreises nach leitenden Angestellten, für die bereits heute arbeitsrechtliche Schutzvorschriften nur teilweise Anwendung finden, und sonstigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hinterfragt. Die bisherige Auslegung des in verschiedenen Gesetzen unterschiedlich definierten Begriffs des leitenden Angestellten wird sowohl im Rahmen des BetrVG/ArbZG als auch im KSchG als zu eng und nicht mehr praxisgerecht empfunden.

Neben der im Fokus der Prüffragen stehenden abgestuften Ausweitung arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Schutzvorschriften auf selbstständige Erwerbsformen ist daher auch ein abgestuftes System zur Flexibilisierung der für ausgeprägt selbstbestimmte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden Schutzvorschriften in Betracht zu ziehen. In diesem Zusammenhang steht auch die Prüffrage nach einer erwerbsformneutralen Regulierung.

a) Kritik an derzeitiger Abstufung des Schutzniveaus innerhalb des Arbeitnehmerkreises

In der rechtspolitischen Diskussion wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Instrumentarium des Arbeitsrechts, das den strukturell und wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmer vor Fremdbestimmung und Ausbeutung schützen soll, bei unternehmerähnlichen Beschäftigten deplatziert und zweckentfremdet sei. Die derzeitige undifferenzierte Regelung stellt die Akzeptanz des Schutzsystems in Frage und birgt die Gefahr einer „Abkopplung“ von der Realität in sich, die sich der Gesetzgeber nicht dauerhaft erlauben kann.

aa) Befürworter einer Binnendifferenzierung nach dem Einkommen

Für eine Lockerung des Kündigungsrechts von gutverdienenden Führungskräften wird angeführt, dass sich unternehmerähnliche Beschäftigte selbst nach unternehmerischen Gesichtspunkten auf dem Arbeitsmarkt „vermarkten“ und durch ihre individuelle Marktstärke Erträge realisieren, die den mit einem Arbeitsplatzverlust verbundenen Transaktionsaufwand abdecken.³¹⁵ Spitzenverdienerinnen und Spitzenverdiener können vorsorgen und bedürften deswegen keines Bestandsschutzes.³¹⁶ Der neue § 25a KWG, der Risikoträgerinnen und Risikoträger in Finanzinstituten bei einem Einkommen, welches den dreifachen Betrag der Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung übersteigt, leitenden Angestellten im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG gleichstellt, veranlasst die Befürworter, eine Einkommensgrenze für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu fordern.³¹⁷

Vorgeschlagen wird, für den Begriff des leitenden Angestellten sowohl im KSchG als auch im ArbZG eine Vermutungsregelung einzuführen, die bei gutverdienenden Beschäftigten den Status als leitende Angestellte grds. begründet.³¹⁸ Die Anknüpfung des Schutzniveaus an die Vergütung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers ist dem Arbeitsrecht nicht fremd. Bereits § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 stellte in der Variante, die dem heutigen § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG entspricht, u. a. auf den Jahresarbeitsverdienst ab. Auch im Arbeitszeitrecht wurde in der vor dem ArbZG geltenden AZO lange Zeit der Status des leitenden

³¹⁵ *Annuß*, NZA 2017, 345 (349).

³¹⁶ *Aldenhoff*, NZA 2010, 800 (801); *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233 (1236).

³¹⁷ *Zumkeller*, BB Die erste Seite 2018, Nr 15.

³¹⁸ *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233 (1236).

Angestellten davon abhängig gemacht, ob der Jahresarbeitsverdienst der Beschäftigten die im Versicherungsgesetz für Angestellte für die Versicherungspflicht bestimmte Höchstgrenze übersteigt. Eine Differenzierung nach der Einkommenshöhe erhöht für beide Seiten die Rechtssicherheit. Bei einem Überschreiten ist der Status eindeutig, bei einem Unterschreiten kann weiter auf die bisherigen Abgrenzungsmerkmale abgestellt werden. Spitzenverdiener sind in der Regel leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG und selbst wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, üben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einem hohen Gehalt in aller Regel Tätigkeiten aus, die für das Unternehmen wirtschaftlich genau so bedeutsam sind wie die eines „echten“ leitenden Angestellten.³¹⁹

Für die konkrete Einkommensgrenze werden verschiedene Vorschläge unterbreitet. Denkbar ist zunächst eine Orientierung an § 5 Abs. 4 BetrVG, mit der Folge, dass ein Überschreiten der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV um ein X-faches zur Qualifizierung als Spitzenverdienerin oder Spitzenverdiener führt.³²⁰ Gem. § 2 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2019 beträgt die Bezugsgröße im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB IV im Jahr 2019 jährlich 37.380 Euro und monatlich 3.115 Euro im Westen sowie jährlich 34.440 Euro und monatlich 2.870 Euro im Osten. Bei einem dreifachen Satz liegt die Grenze im Westen im Jahr 2019 bei 112.140 Euro/Jahr oder 9.345 Euro/Monat, im Osten bei 103.320 Euro/Jahr bzw. 8.610 Euro/Monat.

Eine sehr hohe Grenze bietet die Orientierung am Spitzensteuersatz (§ 32a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EStG 2019: 265.327 Euro/Jahr).³²¹ Auch eine Anknüpfung an der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 159 SGB VI³²²) wäre denkbar, z. B. eine Jahresverdienstgrenze bei Überschreitung um 100 % (2-fache, 2019: 160.800 Euro (West) bzw. 147.600 Euro (Ost)).³²³ An letztere Bezugsgröße knüpft nunmehr die für Risikoträger in Finanzinstituten geltende Regelung an, die Risikoträger nach ihrem Einkommen bei dreifacher Überschreitung der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung unterteilt. 2019 ist dies bei einem Jahreseinkommen von über 241.200 Euro (West) bzw. 221.400 Euro (Ost) der Fall.

Einen aus deutscher Sicht weniger geeigneten Orientierungspunkt bietet der Mindestlohn.³²⁴ Allerdings schließt das niederländische Recht Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitrechts aus, wenn deren Einkommen das Dreifache des gesetzlichen Mindestlohns übersteigt.³²⁵

³¹⁹ *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233 (1236).

³²⁰ Für eine Überschreitung um ein Fünffaches der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV, Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes Henssler/Preis NZA-Beil. 2007, 6; ein Sechsfaches *Sieg*, FS Etzel, 2011, S. 361 (389).

³²¹ *Aldenhoff*, NZA 2010, 800 (801).

³²² § 159 SGB VI sowie Anlage 2 und 2a zum SGB VI sehen eine Beitragsbemessungsgrenze von 80.400 Euro (West) bzw. 73.800 Euro (Ost) für das Jahr 2019 vor.

³²³ *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233 (1237).

³²⁴ *Wisskirchen/Schiller*, NJW-Aktuell 2018, 19.

³²⁵ Art. 2.1:1 Abs. 1 lit. a) der niederländischen Arbeitszeitverordnung (*Arbeidstijdenbesluit*).

Der dreifache Mindestlohn wird auf Deutschland übertragen bereits bei einem Gehalt von ca. 5000 Euro/Monat bzw. 60.000 Euro/Jahr überschritten (2019: 9,19 Euro x 174 Arbeitsstunden/Monat = 1599,06 Euro/Monat).³²⁶ Letztlich denkbar wären auch eine konkrete summenmäßige Begrenzung im Gesetz oder branchenspezifische Unterscheidungen.

Auch im Rahmen des ArbZG, das auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anwendung findet, wenn sie nicht nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG als leitende Angestellte ausgenommen sind, wird erwogen, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von leitenden Angestellten nach dem Verdienst abzugrenzen. Das Unionsrecht dürfte insoweit nicht entgegenstehen, da Spitzenverdiener in der Regel ihre Arbeitszeit selbst bestimmen, die Herausnahme nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG daher auf die Abweichungsregelung des Art. 17 Abs. 1 der RL 2003/88/EG gestützt werden kann.³²⁷

bb) Ablehnung einer Binnendifferenzierung nach dem Einkommen

Andere Literaturstimmen lehnen eine Anknüpfung an die Verdiensthöhe ab.³²⁸ Entsprechende Vorschläge werden als grundlegende Abkehr von bisherigen Prinzipien des Arbeitsrechts kritisiert.³²⁹ So sehe es das Arbeitsrecht bislang nicht vor, die Schutzbedürftigkeit der einzelnen Person von ihrer Vergütung abhängig zu machen.³³⁰ Auch werden – allerdings wenig substantiierte – verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), dem Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) geäußert. Spitzenverdiener könnten ihre gesellschaftliche Stellung ebenfalls nur durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses halten. Gerade gutverdienende Spezialisten könnten es auf dem Arbeitsmarkt sogar schwerer haben, neue Arbeit zu finden.³³¹

Im Bereich des Arbeitszeitrechts, welches maßgeblich unionsrechtlich bestimmt wird, werden Bedenken auf die Arbeitszeitrichtlinie RL 2003/88/EG sowie Art. 31 Abs. 2 GRCh gestützt. Eine Differenzierung allein nach der Vergütungshöhe sei mit dem Schutzzweck der Arbeitszeitrichtlinie, der vorrangig in einem Gesundheitsschutz liege, nicht vereinbar.³³² Zwar könne eine Anknüpfung an spezifische Tätigkeiten eine differenzierte Betrachtung rechtfertigen, das Einkommen reiche aber als Differenzierungskriterium nicht

³²⁶ In den Niederlanden gilt die Regelung ab einem Monatseinkommen von 4782,60 Euro/brutto (Mindestlohn in den Niederlanden 2019: EUR 1.594,20 brutto (ab 22 Jahren); der Mindestlohn ist bis 22 Jahren nach dem Alter gestaffelt).

³²⁷ *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233 (1238).

³²⁸ *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735); *EUArbR/Gallner*, RL 2003/88/EG Art. 17, Rn. 4; *Conzelmann*, Arbeitszeit in der digitalen Arbeitswelt, 2017, S. 51

³²⁹ *Absenger/Heidfeld*, AuR 2018, 571 (572); *Bayreuther*, NZA 2013, 1238 (1240); *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735).

³³⁰ So *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735), vorsichtiger *Bayreuther*, NZA 2013, 1238 (1240) der nur eine vollständige Herausnahme von Spitzenverdienern aus dem gesamten Arbeitsrecht als Systembruch ansieht, durchaus aber eine Abdingbarkeit in Bereichen sieht „die sich mit Geld regeln lassen“.

³³¹ *Absenger/Heidfeld*, AuR 2018, 571 (572); *Bayreuther*, NZA 2013, 1238 (1241).

³³² *EUArbR/Gallner*, RL 2003/88/EG Art. 17, Rn. 4; *Conzelmann*, Arbeitszeit in der digitalen Arbeitswelt, 2017, S. 51; *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425 (1429); *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735).

aus.³³³ Das niederländische Arbeitszeitrecht, welches Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausnimmt, wenn ihr Gehalt das Dreifache des gesetzlichen Mindestlohns übersteigt, wird von der EU-Kommission als bedenklich eingestuft,³³⁴ ohne dass sie freilich bislang dagegen vorgegangen wäre.

cc) Erweiterung des Kreises der leitenden Angestellten auf alle Führungskräfte

Andere Reformüberlegungen gehen dahin, den Personenkreis der leitenden Angestellten nach § 14 Abs. 2 KSchG auf weitere Führungskräfte zu erstrecken. Die Beschränkung auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, denen selbstständige Einstellungs- und Entlassungsbefugnisse zukommen, sei weder sachgerecht noch verfassungsrechtlich zulässig.³³⁵

Grds. ist eine Differenzierung zwischen leitenden Angestellten und sonstigen Arbeitnehmern gerechtfertigt. Für die Gruppe der leitenden Angestellten wird der reine Abfindungsschutz damit begründet, dass bei Schlüsselpositionen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber und den Beschäftigten bestehe. Die Verhältnismäßigkeit einer Schlechterstellung von leitenden Angestellten ist bei Gewährung eines Abfindungsschutzes ausreichend gewahrt. So steigt die Notwendigkeit, den „richtigen Mitarbeiter oder die richtige Mitarbeiterin am richtigen Platz zu haben“, mit dem Einfluss auf die Unternehmensleitung.³³⁶ Das Abstellen auf selbstständige Einstellungs- und Entlassungsbefugnisse ist dagegen, wie *Hromadka* nachgewiesen hat, willkürlich und entspricht nicht mehr der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention, Führungskräfte aus dem Bestandsschutz auszunehmen. Die restriktive Auslegung des BAG steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 3 Abs. 1 GG, da einige wenige Führungskräfte, die selbstständige Einstellungs- und Entlassungsbefugnisse besitzen, gegenüber anderen Führungskräften ohne derartige Befugnisse schlechter gestellt werden.³³⁷ Ein denkbarer Ausweg könnte die Erstreckung des Kreises der leitenden Angestellten auf alle Führungskräfte sein.³³⁸ Im Schrifttum halten viele Stimmen eine Harmonisierung der beiden Begriffe für sinnvoll,³³⁹ während vertiefende Stellungnahmen, die weiterhin von der Zeitgemäßheit des § 14 KSchG ausgehen und dessen Ansatz rechtfertigen, nicht ersichtlich sind.³⁴⁰

Weitere Reformvorschläge werden in jüngerer Zeit insbesondere für das Arbeitszeitrecht unterbreitet. Anders als im Bereich des Kündigungsrechts dient ein Abweichen von den Vorgaben des ArbZG hier nicht

³³³ *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1434).

³³⁴ Bericht über die Durchführung der Richtlinie 2003/88/EG, EU Kommission v. 26.4.2017, COM (2017) 254 final, S. 10 f.

³³⁵ *Hromadka*, Kündigungsschutz für leitende Angestellte, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 395 (407).

³³⁶ *Hromadka*, Kündigungsschutz für leitende Angestellte, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 395 (407).

³³⁷ *Hromadka*, Kündigungsschutz für leitende Angestellte, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 395 (407).

³³⁸ *Hromadka*, Kündigungsschutz für leitende Angestellte, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 395 (408).

³³⁹ *Bayreuther*, NZA 2013, 1238 (1242 f.); *Entzeroth*, Der leitende Angestellte im Individualarbeitsrecht, 2010, S. 147 ff.; *Sieg*, Plädoyer für ein faires Trennungsmanagement bei Leitenden Angestellten, FS Etzel, 2011, S. 361 (389) zumindest als Minimum der Anpassung *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233 (1236).

³⁴⁰ *Entzeroth*, Der leitende Angestellte im Individualarbeitsrecht, 2010, S. 147 ff.

zwingend nur der Arbeitgeberseite, sondern auch dem Flexibilisierungsinteresse der jeweiligen Führungskräfte, insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und der täglichen Mindestruhezeit. Gefordert wird eine Ausdehnung des Kreises der leitenden Angestellten auf weitere Führungskräfte bzw. „sonstige Personen mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen“.³⁴¹ Die Formulierung orientiert sich am Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 der RL 2003/88/EG, die Abweichungsmöglichkeiten von den wesentlichen Regelungen der Richtlinie zur Höchstarbeitszeit und den Mindestruhezeiten zulässt. Eine entsprechende Regelung findet sich auch im österreichischen Arbeitszeitgesetz.³⁴²

b) Zusammenfassende Bewertung

aa) Ausrichtung der Neujustierung am jeweiligen Gesetzeszweck

Die derzeitige gesetzliche Regelung ist dringend reformbedürftig. Sachgerecht erscheint die Erarbeitung eines Gesamtkonzeptes, bei dem die Anwendbarkeit der einzelnen arbeitsrechtlichen Schutzgesetze auf den Prüfstand gestellt wird. Zahlreiche Vorschriften, wie etwa der Schutz durch das Urlaubsrecht, behalten auch bei Führungskräften und besser verdienenden Beschäftigten uneingeschränkt ihre Schutzfunktion. Umgekehrt schließen Systembruchargumente sowie verfassungsrechtliche Bedenken ebenso wenig wie das Unionsrecht eine Abstufung von vornherein aus.

Ein schwaches Argument ist der Hinweis, eine Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern werde nach dem bisherigen System des Arbeitsrechts nicht von der Verdienstgrenze abhängig gemacht, eine Reform sei daher ein Systembruch. Eine Bestandsgarantie für ein einmal gesetztes System besteht nicht. Nur weil der ohnehin umstrittene Begriff der bzw. des leitenden Angestellten derzeit nicht an die Verdiensthöhe anknüpft, folgt sicherlich nicht, dass es dem Gesetzgeber verwehrt wäre, aus „Systemgründen“ auch künftig an dieser Entscheidung festzuhalten.

Aus gutem Grund tendiert auch die Rechtsprechung dazu, Gutverdienern einen geringeren Schutz zuzusprechen bzw. das Kriterium der Verdiensthöhe jedenfalls im Rahmen der Schutzbedürftigkeit zu berücksichtigen. So entschied das BAG, dass bei Diensten höherer Art, die mit einem deutlich herausgehobenem Gehalt einhergehen, eine Vergütung von Überstunden nur dann beansprucht werden kann, wenn eine solche Vergütung nach den konkreten Umständen zu erwarten war.³⁴³ Auch bei der Befristung im Profisport wurde die außergewöhnliche Vergütungshöhe als Argument gegen eine soziale Schutzbedürftigkeit und gegen Anwendung des Befristungsrechts angeführt.³⁴⁴ Der 12. Senat des BSG hat im Rahmen der Prüfung einer

³⁴¹ *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418 (3420); *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425 (1429).

³⁴² So sind nach § 1 Abs. 2 Nr. 8 AZG Österreich aus dem Gesetz ausgenommen: „leitende Angestellte oder sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, denen maßgebliche selbstständige Entscheidungsbefugnis übertragen ist und deren gesamte Arbeitszeit auf Grund der besonderen Merkmale der Tätigkeit a) nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder b) von diesen Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann.“

³⁴³ BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NJW 2012, 552.

³⁴⁴ LAG Rheinland-Pfalz v. 17.2.2016 – 4 Sa 202/15, NZA 2016, 699.

abhängigen Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV 2017, die enge Parallelen zum arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aufweist, die Honorarhöhe als gewichtiges Indiz für eine Selbstständigkeit bewertet.³⁴⁵ Die Entscheidungen zeigen, dass bei der Beurteilung der sozialen Schutzbedürftigkeit an das Kriterium der Vergütungshöhe angeknüpft werden kann. Ebenso wäre eine Anknüpfung *de lege ferenda* möglich.

Verfassungsrechtliche Bedenken, die im Bereich des Kündigungsschutzes artikuliert werden, greifen nicht durch. Dem Gesetzgeber bleibt die Ausgestaltung des Bestandsschutzes überlassen. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet keinen Anspruch auf eine Bestandsgarantie und damit einen Kündigungsschutz wie ihn das KSchG derzeit kennt. Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition wird nach zutreffender Auffassung des BVerfG bereits durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (und das AGG) gewährleistet.³⁴⁶ Generell darf der Gesetzgeber außerdem innerhalb des Arbeitnehmerkreises differenzieren. So sieht auch die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG eine Unterteilung der Arbeitnehmerschaft vor. Das BVerfG hat § 23 KSchG für mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen.³⁴⁷ Der Gesetzgeber hat hier einen weiten Gestaltungsfreiraum. Es gelten die Hinweise des BVerfG: *„Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkung seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit.“*³⁴⁸

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt lediglich, dass eine Differenzierung so gewählt werden muss, dass die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmerschaft sachlich gerechtfertigt ist. Im Übrigen geht es bei unterschiedlichen Einkommenskategorien um unterschiedliche Sachverhalte, die auch unterschiedlich behandelt werden dürfen. Die Härten, die bei fixen Schwellenwerten auftreten, sind diesen immanent, stellen aber ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit generell nicht in Frage. Derzeit wird für die Neuregelung des § 25a KWG zu Unrecht angezweifelt, ob die dort vorgesehene Lockerung des Kündigungsschutzes Risikoträger gegenüber anderen Spitzenverdienern benachteiligt.³⁴⁹ Risikoträger stehen in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu ihrem Finanzinstitut und üben eine risikogeneigte Tätigkeit³⁵⁰ aus, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Zwar kann dies bei Spitzenverdienern in anderen Branchen mit einem sechsstelligen Jahresarbeitsentgelt von über 200.000 Euro häufig ähnlich sein. Besondere Anforderungen

³⁴⁵ BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664.

³⁴⁶ So auch *Eufinger*, WM 2018, 1778 (1782 f.).

³⁴⁷ BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470.

³⁴⁸ Gründe B.3. a) BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470.

³⁴⁹ So *Eufinger*, WM 2018, 1778 (1781 f.).

³⁵⁰ *Bonanni*, ArbRB 2019, 79 (81); a.A. So auch *Eufinger*, WM 2018, 1778 (1782 f.) der das Argument nicht als durchgreifend ansieht.

an die Gruppe der Risikoträger lassen sich jedoch mit der Bedeutung ihrer Position für die Stabilität des Finanzwesens und damit für die Allgemeinheit begründen.³⁵¹

Ganz unabhängig von der Beurteilung der geschilderten Regelung zeigen die Bedenken, dass jedenfalls eine allgemeine Einkommensgrenze für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weit problematischer ist als der jetzt gewählte Sonderweg für Risikoträger.³⁵² Einkommensstarke Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können selbstverständlich eine weit bessere finanzielle Vorsorge für den Fall der Entlassung treffen, insbesondere dann, wenn die Einkommensgrenze sehr hoch angesetzt wird.

Die begrenzten, im Rahmen des Arbeitszeitrechts aus dem Unionsrecht folgenden Hürden erscheinen ebenfalls überwindbar. Der Arbeitszeitrichtlinie legt der EuGH den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV zugrunde. Eine Unterscheidung nach der Verdiensthöhe muss sich an Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie sowie Art. 31 Abs. 2 GRCh messen lassen. Von dem grundsätzlich weiten persönlichen Anwendungsbereich des Arbeitszeitrechts können die Mitgliedsstaaten nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL Abweichungen vornehmen,

„wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann“.

Dies gilt insbesondere für

„leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis“.

Die Höhe des Einkommens muss danach ein Kriterium für die Selbstbestimmtheit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers darstellen. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss sich die Selbstbestimmtheit auf die ganze Arbeitszeit³⁵³ beziehen, weshalb die Einkommensgrenze so gewählt werden muss, dass eine Vermutung aufgestellt werden kann, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer bei der entsprechenden Gehaltshöhe die gesamte Arbeitszeit selbst festlegen oder diese nicht gemessen oder im Voraus festgelegt werden kann. Eine entsprechende Vermutung ist bei einer zulässigen typisierenden Betrachtung jedenfalls bei einem über 200.000,00 Euro liegenden Einkommen gerechtfertigt.

³⁵¹ *Bonanni*, ArbRB 2019, 79 (81), die deswegen von einer Vereinbarkeit der Sonderregelung in § 25 Abs. 5a KWG mit Art. 3 Abs. 1 GG ausgeht.

³⁵² Dies wird sogar von Gegner einer Anknüpfung an das Einkommen eingestanden *Absenger/Heidfeld*, AuR 2019, 571 (573).

³⁵³ EuGH 7.9.2006 – C-484/04, Slg 2006, I 7471 Rs. “Kommission/Vereinigtes Königreich” Rn. 9 und 17; EuGH 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113 Rs. „Hälvä“ Rn. 32.

bb) Ablehnung einer erwerbsformneutralen Regulierung, aber Befürwortung einer Anpassung des derzeitigen Schutzsystems

Die Annäherung von abhängiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit bedarf einer sinnvoll angepassten Abstufung des derzeitigen Schutzsystems. Eine erwerbsformneutrale Regulierung im Sinne von sozialen Schutzvorschriften für alle unter Auflösung der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und Selbstständigen ist verfehlt, da entsprechende Regelungen der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit bei abhängiger und selbstständiger Tätigkeit nicht gerecht werden. Sie würden entweder zu einem Ausufern des arbeitsrechtlichen Schutzsystems oder zu einer Aushöhlung desselbigen führen. Die einfache Handhabbarkeit ginge zu Lasten der Darstellung der komplexen Wirklichkeit. Erstreckt man Teile des arbeitsrechtlichen Schutzes auf Selbstständige, die einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind, erscheint es konsequent, über eine Flexibilisierung des arbeitsrechtlichen Schutzes dort nachzudenken, wo dieser nicht benötigt wird bzw. sogar hinderlich sein könnte. So gilt *de lege lata* bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, dass alle arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften (überwiegend unabdingbar) Anwendung finden, soweit etwaige Wartezeiten erfüllt sind. Für leitende Angestellte³⁵⁴ sieht das Arbeitsrecht bisher einen abgestuften Schutz vor, wobei der Begriff der leitenden Angestellten nicht für alle Gesetze einheitlich definiert ist, ohne dass dies durch den jeweiligen Normzweck geboten wäre. Die tradierte Abstufung innerhalb des Arbeitnehmerkreises bedarf daher hinsichtlich der zu restriktiven Definition(en) des leitenden Angestellten einer Neujustierung.

5. Zusammenfassung zum arbeitsrechtlichen Anpassungsbedarf in Thesen

1. Der nationale Gesetzgeber hat nur einen sehr begrenzten Einfluss auf die Regulierung grenzüberschreitender Sachverhalte. Ist der Crowdworker – wie im Regelfall – nicht in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt, können die Plattformen über ihre AGB in weitem Umfang das anzuwendende Recht und den Gerichtsstand vorgeben.
2. Das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit bietet ausreichenden Auslegungsspielraum, um auch bei neuen Formen der Erwerbsarbeit unabhängig von der fehlenden Weisungsbindung hinsichtlich der Arbeitszeit und des Arbeitsortes zu einer sachgerechten Einordnung zu kommen.
3. Ein **Arbeitnehmerstatus** von **Crowdworkern** (Cloud- sowie Gigworkern) **scheidet** bei AGB-konformer Durchführung der Geschäftsmodelle **in der Regel aus**. Ein Arbeitsverhältnis mit der **Plattform** ist im Einzelfall denkbar, wenn diese nicht nur als reine Vermittlerin tätig wird. Die jeweiligen **Crowdsourcer**

³⁵⁴ Sowie gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, soweit diesen ein arbeitsrechtlicher Schutz zukommt. Insoweit lässt sich eine Dreiteilung in Organmitglieder, leitende Angestellte und sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vornehmen, die hier aber aufgrund der fehlenden Relevanz zu vernachlässigen ist. Zudem wird noch eine Unterteilung in AT-Angestellte und tarifgebundene Arbeitnehmer vorgenommen, die aber für die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen insbes. KSchG und ArbZG keine Rolle spielt.

können im Einzelfall als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber einzustufen sein, wenn sie dem Crowdworke personbezogene, ablauf- und verfahrensorientierte Weisungen erteilen. Entsprechende Weisungen von Seiten der Crowdsourcer werden in der Praxis eher gegenüber **Gigworkern** als gegenüber Cloudworkern erfolgen.

4. Dem derzeitigen abgestuften arbeitsrechtlichen Schutzsystem fehlt es an Kohärenz und Transparenz. Weder gibt es eine allgemeingültige Definition der arbeitnehmerähnlichen Person noch sind die Voraussetzungen für die Einordnung als in Heimarbeit Beschäftigter nach dem HAG abschließend geklärt.

5. Ein **arbeitnehmerähnliches Verhältnis** zum **Crowdsourcer** wird nur in Ausnahmefällen vorliegen. Im Modell des **Indirect Crowdwork** scheidet ein Vertragsverhältnis zum Crowdsourcer regelmäßig aus. Im Modell des **Direct Crowdwork** bedarf es einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem Crowdsourcer.

6. Im **Verhältnis** zur **Plattform** könnte bereits *de lege lata* die Qualifikation eines Crowdworkers als arbeitnehmerähnliche Person erfolgen, wenn die Plattform nicht nur als Vermittlerin tätig wird. Dies ist im Bereich des Cloudworks häufiger bereits nach den AGB der Fall als im Bereich des Gigworks.

7. Die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person scheidet für Erwerbstätige aus, die Crowdwork nur nebenberuflich und als Zuverdienst zu ihrer eigentlichen Arbeit betreiben, was derzeit jedenfalls bei der Mehrzahl der Cloudworker der Fall ist. Die Anzahl der **hauptberuflichen Cloudworker** wächst allerdings, so dass auch die Zahl der als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehenden Cloudworker jedenfalls im Modell des **Indirect Crowdwork** steigen könnte.

8. Im Bereich des **Cloudwork** (ortsunabhängiges Crowdwork) ist die Einordnung des Cloudworkers als **Heimarbeiterin** bzw. **Heimarbeiter** aufgrund des weitergehenden Schutzes bedeutsamer als die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person. Die Voraussetzungen einer Einordnung als Heimarbeitsverhältnis sind umstritten. Ob Cloudworker bereits *de lege lata* als in Heimarbeit Beschäftigte eingeordnet werden können, hängt entscheidend davon ab, ob

(1) das Auftragsvergabesystem von der Rechtsprechung als mit dem der klassischen Heimarbeit vergleichbar angesehen wird und

(2) der Cloudworker für „eine gewisse Dauer tätig“ wird.

Auf die Höhe des Verdienstes im Verhältnis zu sonstigen Einkünften kommt es bei der Heimarbeit dagegen nicht an.

9. Eine Einordnung als in Heimarbeit Beschäftigte kommt für **Gigworker** nicht in Betracht.

10. Eine pauschale **arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit** von **Crowdworkern** kann nicht festgestellt werden. So sind **Gigworker** nicht schutzbedürftiger als andere (Solo-)Selbstständige. Sie bedürfen nur dann eines besonderen Schutzes, wenn sie persönlich oder wirtschaftlich abhängig sind.

11. Auch **Cloudworker** sollten nicht generell dem arbeitsrechtlichen Schutzsystem unterworfen werden. Eine besondere **Schutzbedürftigkeit von Cloudworkern (beim Indirect Crowdwork)** kann – je nach Ausgestaltung – aber dann zu bejahen sein, wenn sie nicht selbst am Markt auftreten, die Crowdsourcer ihnen häufig gar nicht bekannt sind und die Vermarktung ihrer Dienstleistung im Wesentlichen von der Plattform abhängt, die die Auftragsvergabe nebst Rahmenbedingungen steuert.
12. Der gesetzestechnisch überzeugendste Reformansatz wäre es, die neu justierten Zwischenkategorien in einem eigenen Abschnitt eines Arbeitsvertragsgesetzbuches zu verorten, der den **arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen** gewidmet wäre.
13. Solange dieser grundlegende Reformschritt rechtspolitisch nicht umsetzbar ist, sollte als „kleine Lösung“ der Weg eines eigenständigen „**Gesetzes über die Rechtsbeziehungen der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen**“ gewählt werden, um die neuen Erwerbsformen sowie weitere Problemgruppen zu erfassen. Regelungen des HAG können hier in einer entschlackten und an aktuelle Entwicklungen angepassten Form als Anknüpfungspunkt für einen Schutz von **Cloudworkern** dienen. Die einzelnen Regelungen des HAG wären dabei kritisch auf ihre Übertragbarkeit hin zu hinterfragen.
14. Erstreckt man Teile des arbeitsrechtlichen Schutzes auf Selbstständige, die einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind, erscheint es konsequent, über eine Flexibilisierung des arbeitsrechtlichen Schutzes auch dort nachzudenken, wo dieser nicht benötigt wird bzw. sogar hinderlich sein könnte (Neujustierung der Binnendifferenzierung). Rechtlich zulässig und rechtspolitisch bedenkenswert wären Abstufungen innerhalb der Arbeitnehmerschaft, die am Einkommen der Erwerbstätigen anknüpfen.

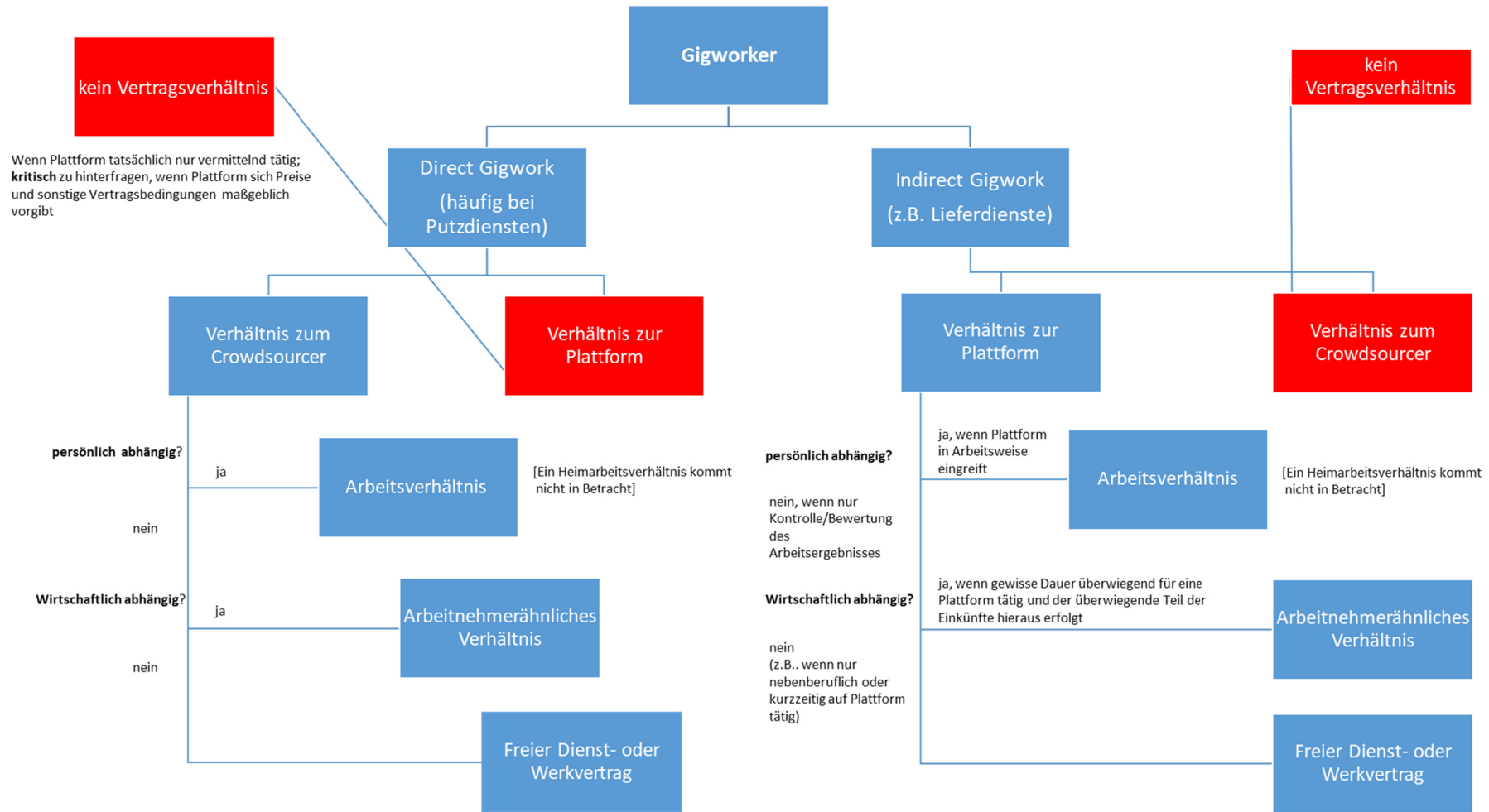
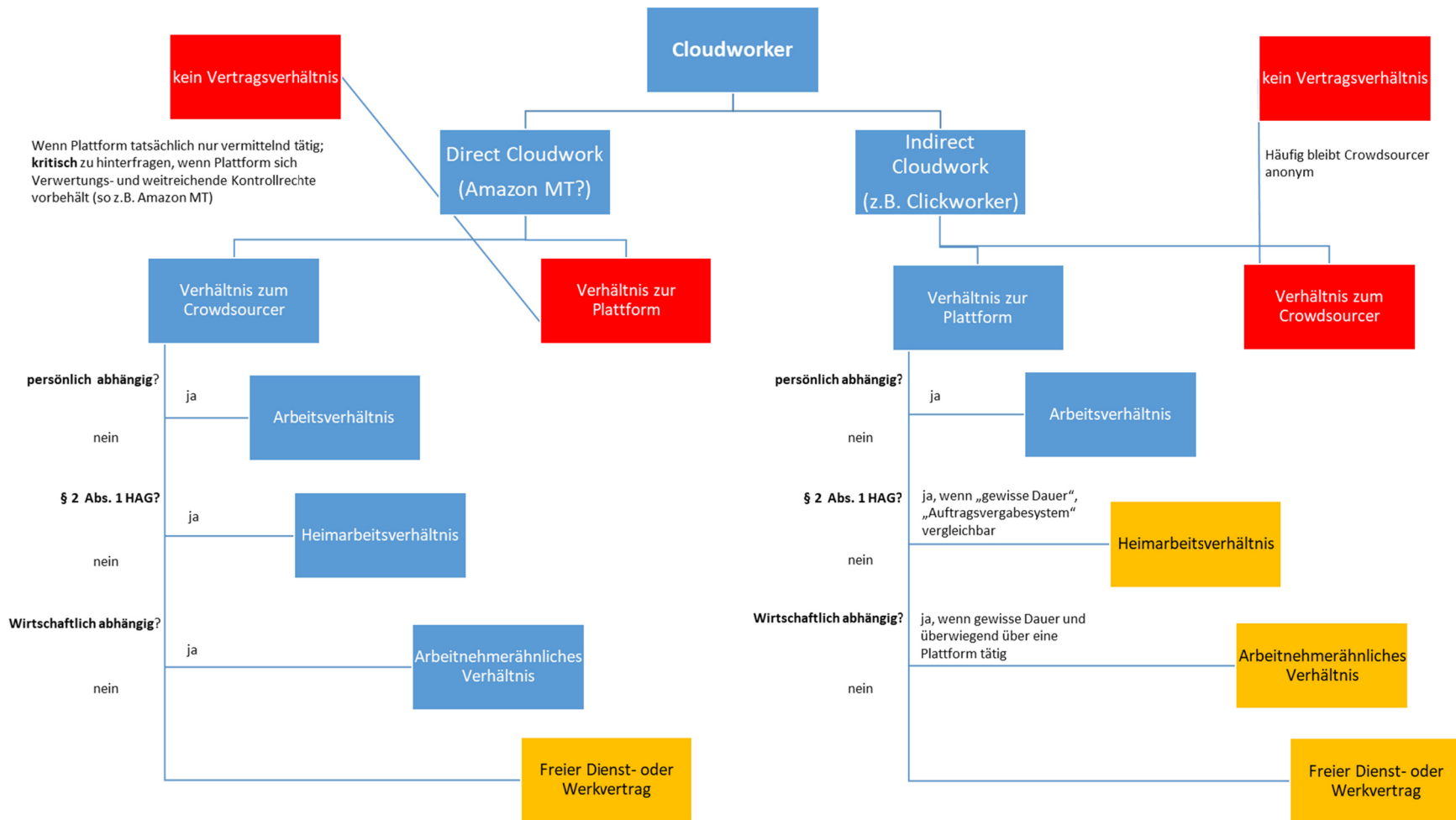


Abbildung 6: Entscheidungsbaum zur arbeitsrechtlichen Einordnung



III. Anpassungsbedarf hinsichtlich der sozialen Sicherung

1. *De lege lata*: Sozialversicherungsrechtlicher Schutz der Erwerbstätigen in neuen Erwerbsformen

Dieser Teil der Untersuchung widmet sich ergänzend zur arbeitsrechtlichen Einordnung der Frage, inwiefern Crowdworker bereits nach derzeitiger Rechtslage der Sozialversicherungspflicht unterfallen. Zwar ergibt sich aus einer Arbeitnehmereigenschaft auch eine Sozialversicherungspflicht, das Sozialversicherungsrecht knüpft aber grds. am teilweise abweichenden Beschäftigtenbegriff an (§ 7 SGB IV), so dass ergänzende Ausführungen erforderlich sind. Daneben werden weitere Personengruppen, darunter die in Heimarbeit Beschäftigten, den Beschäftigten sozialversicherungsrechtlich gleichgestellt (§ 12 Abs. 2 SGB IV). Zudem sehen die einzelnen Versicherungszweige Öffnungen für weitere Gruppen von Selbstständigen vor und es existiert mit der Künstlersozialversicherung ein berufsspezifischer eigenständiger Sozialversicherungsschutz von Selbstständigen.

Welchem nationalen sozialen Sicherungssystem ein Crowdworker unterfällt, richtet sich anders als die Anwendbarkeit des Arbeitsschutzrechts nach dem Recht des Staates, von dem oder in dem der Crowdworker einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgeht (Art. 11 Abs. 3 Lit a) VO 883/2004³⁵⁵). Eine Unterscheidung nach der Erwerbsform erfolgt hier nicht.

a) Beschäftigtenbegriff und Gleichgestellte

Die sozialversicherungsrechtliche Einordnung von neuen Erwerbsformen richtet sich maßgeblich danach, ob die Erwerbstätigen Beschäftigte im Sinne des § 7 SGB IV oder diesen gleichgestellt sind.

aa) § 7 SGB IV Begriff der Beschäftigung

Der Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV unterscheidet sich vom Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB dadurch, dass er nicht nur die Arbeit in einem Arbeitsverhältnis umfasst, sondern weitere Vertragsformen einbezieht.³⁵⁶ So sind GmbH-Geschäftsführer in der Regel auf der Basis eines selbstständigen Dienstvertrags tätig, sie unterfallen nach der Rechtsprechung des BSG aber abhängig davon, ob und in welcher Höhe sie am Kapital der Gesellschaft beteiligt sind, der Sozialversicherungspflicht.³⁵⁷

Der 1999 eingeführte Vermutungskatalog in § 7 Abs. 4 SGB IV a.F., der einzelne konkrete Kriterien für die Einordnung als Beschäftigung vorsah, wurde bereits 2003 wieder abgeschafft, nachdem er sich in der

³⁵⁵ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

³⁵⁶ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 24.

³⁵⁷ So unterfallen nach der Rechtsprechung des BSG Fremdgeschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Mindestkapitalbeteiligung von 50 % oder umfassende Sperrminorität dem Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV, BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662 Rn. 18.

Praxis als völlig ungeeignet erwiesen hatte.³⁵⁸ Die Kriterien des § 7 S. 2 SGB IV, nämlich „*eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers*“, sind lediglich Anhaltspunkte für das Vorliegen einer sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung. Auch im Rahmen des § 7 SGB IV bedarf es einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls. Diese wird aber unabhängig von der Arbeitsgerichtsbarkeit durch die Sozialgerichtsbarkeit vorgenommen. Denkbar sind daher unterschiedliche Tendenzen in der Gewichtung. In der Literatur wird teilweise davon ausgegangen, dass sich die Rechtsprechung unterschiedlich entwickelt habe. So messe das BSG den vertraglichen Vereinbarungen ein stärkeres Gewicht zu, als dies in der Rechtsprechung des BAG bei der Prüfung der Arbeitnehmer-eigenschaft der Fall sei.³⁵⁹

Auf der Grundlage dieses Begriffsverständnisses des BSG sprechen die AGB der Plattformen zunächst gegen eine Einordnung als abhängige Beschäftigung gem. § 7 SGB IV. Allerdings führt dies in der Regel zu keinen nennenswerten Abweichungen, da das BSG den vertraglichen Vereinbarungen nur eine indizielle Bedeutung zuspricht. Auch für den Beschäftigtenbegriff wird im wesentlichen auf die tatsächliche Vertragsdurchführung abgestellt. Entscheidend ist, ob eine Tätigkeit nach Weisung erfolgt und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation besteht. Der Kreis der Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, aber einer abhängigen Beschäftigung nachgehen, beschränkt sich aufgrund der ähnlichen Gesichtspunkte in der Regel auf wenige weitere Beschäftigtengruppen, insbesondere Beamtinnen und Beamte, Soldatinnen und Soldaten, Richterinnen und Richter.³⁶⁰ Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hat aber außerdem GmbH-Fremdgeschäftsführerinnen und Fremdgeschäftsführer, Organmitglieder mit bloßen Minderheitsbeteiligungen³⁶¹ sowie ehrenamtliche Bürgermeisterinnen und Bürgermeister³⁶² unter den Begriff gefasst. Mit diesen Erweiterungen wäre der Begriff theoretisch für weitere Beschäftigtengruppen geöffnet.³⁶³ In der praktischen Umsetzungen sind allerdings zusätzliche Erweiterungen nicht erkennbar. Insbesondere sind arbeitnehmerähnliche Personen weder im arbeitsrechtlichen Sinne abhängig beschäftigt noch Beschäftigte im Sinne des SGB IV.³⁶⁴ Dies ergibt sich zwingend aus der Gesetzessystematik.³⁶⁵ So stellt § 12 Abs. 2 SGB IV in Heimarbeit Beschäftigte den Beschäftigten nach § 7 SGB IV gleich. § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI sieht nur speziell für die gesetzliche Rentenversicherung eine Pflichtversicherung für bestimmte Selbstständige vor, wobei die Voraussetzungen denen der Definition der arbeitnehmerähnlichen Person gem. § 12a TVG sehr ähneln.

³⁵⁸ Rolfs, NZA 2003, 65 (66).

³⁵⁹ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 23 m.w.N.

³⁶⁰ Diese werden aber wiederum explizit aus der Sozialversicherung ausgenommen.

³⁶¹ BeckOK SozR/Rittweger, SGB IV, § 7 Rn. 5.

³⁶² BSG 25.1.2006 B 12 KR 12/05.

³⁶³ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 23.

³⁶⁴ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 36.

³⁶⁵ Brose, NZS 2017, 7 (9).

Während bei **Gigworkern** eine Weisungsbindung sowie Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Plattform oder der Crowdsourcer im Einzelfall vorliegen kann, wird es bei **Cloudworkern** in der Regel an der erforderlichen Weisungsbindung sowie Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Dienstberechtigten entsprechend der arbeitsrechtlichen Parallelenfrage nach einer persönlichen Abhängigkeit fehlen.³⁶⁶ Sie sind in der Regel nicht als Beschäftigte im Sinne des § 7 SGB IV einzuordnen.³⁶⁷ Eine über die genannten Personengruppen hinausgehende Tendenz zur Erweiterung des Beschäftigtenbegriffs ist in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu erkennen. Das BSG hat im Gegenteil in seiner jüngeren Rechtsprechung³⁶⁸ auch eine hohe Vergütungshöhe als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit herangezogen und damit umgekehrt neue Kriterien zur Feststellung einer Selbstständigkeit entwickelt. Für die Überprüfung der fehlenden Weisungsbindung kann damit auf die parallelen Kriterien in der arbeitsrechtlichen Einordnung verwiesen werden.³⁶⁹ Nur in Randbereichen erscheint es denkbar, dass die Sozialgerichtsbarkeit auch bei fehlender Arbeitnehmereigenschaft Crowdworker unter den Beschäftigtenbegriff fasst, indem sie die Weisungsbindung tendenziell weiter auslegt als die Arbeitsgerichtsbarkeit. Die vereinzelt aufgestellte These, bereits *de lege lata* könne der Beschäftigtenbegriff als offener Begriff auch die besondere Abhängigkeit des Crowdworkers erfassen,³⁷⁰ findet weder in der Rechtsprechung noch in den spezifischen Normzwecken des SGB eine Stütze.

bb) § 12 Abs. 2 SGB IV (in Heimarbeit Beschäftigte)

Im Bereich des Sozialversicherungsrechts kommt der Gruppe der in Heimarbeit Beschäftigten noch weit stärker als im Arbeitsrecht eine Sonderstellung zu. Für sie gelten alle Versicherungszweige der Sozialversicherung, da sie gem. § 12 Abs. 2 SGB IV den Beschäftigten gleichgestellt werden.³⁷¹ Beiträge zu den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung sind in einem Heimarbeitsverhältnis damit genauso wie in einem Arbeitsverhältnis von beiden Seiten zu tragen.

Die pauschale Einordnung von **Cloudworkern** als in Heimarbeit Beschäftigte *de lege ferenda* hätte damit insbesondere für die Sozialversicherung weitreichende Folgen. Die sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung von im Heimarbeit Beschäftigten und Beschäftigten im Sinne des § 7 SGB IV zeigt, dass eine generelle Unterwerfung unter das HAG nicht vorschnell vorgenommen werden sollte.

§ 12 Abs. 2 SGB IV enthält eine eigenständige Definition der in Heimarbeit Beschäftigten für das Sozialversicherungsrecht:

³⁶⁶ Dazu bereits Abschnitt II.1.c).

³⁶⁷ So auch *Brose*, NZS 2018, 7 (124); *Mecke*, SGB 2016, 481 (484); *Preis/Brose*, Forschungsbericht, 2017, S. 36.

³⁶⁸ BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664, dazu bereits 2. Teil Abschnitt I. b) bb) (3).

³⁶⁹ Allerdings immer unter Berücksichtigung, dass die Sozialgerichtsbarkeit eine eigenständige Gewichtung vornimmt.

³⁷⁰ *Brose*, NZS 2018, 7 (12).

³⁷¹ *Preis/Brose*, Forschungsbericht, 2017, S. 37 f.

„Heimarbeiter sind sonstige Personen, die in eigener Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Gewerbetreibenden, gemeinnützigen Unternehmen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften erwerbsmäßig arbeiten, auch wenn sie Roh- oder Hilfsstoffe selbst beschaffen.“

Zudem stellt § 12 Abs. 3 SGB IV klar, wer „Arbeitgeberin oder Arbeitgeber“³⁷² (Vertragspartnerin bzw. Vertragspartner) des in Heimarbeit Beschäftigten ist:

„Als Arbeitgeber der Hausgewerbetreibenden oder Heimarbeiter gilt, wer die Arbeit unmittelbar an sie vergibt, als Auftraggeber der, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung sie arbeiten.“

Die Definition unterscheidet sich von der des § 2 Abs. 1 HAG insoweit, als nur ein Teil der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 HAG aufgegriffen wird. Es fehlen die Beschränkungen, dass (1) der in Heimarbeit Beschäftigte „allein oder mit Familienangehörigen“ tätig wird sowie dass (2) die Verwertung des Arbeitsergebnisses dem anderen Teil überlassen wird. Zudem spricht das Gesetz von „*eigener Arbeitsstätte*“ anstatt von „*selbstgewählter Arbeitsstätte*“. Die wesentliche Voraussetzung ist aber auch hier eine erwerbsmäßige Arbeit (3), die nicht in der Arbeitsstätte des Auftragsunternehmens erfolgt (4). In der Kommentarliteratur wird gleichwohl regelmäßig auf die Definition des § 2 Abs. 1 HAG verwiesen.³⁷³ Es sei nicht davon auszugehen, dass dem Wort „*eigene*“ eine andere Bedeutung zukommen solle als der Formulierung „*selbstgewählte*“ Arbeitsstätte.³⁷⁴ Zudem würden die nicht ausdrücklich genannten Kriterien für die Definition des § 12 Abs. 2 SGB IV (Tätigkeit allein oder mit Familienangehörigen, Überlassung der Verwertung des Arbeitsergebnisses) ebenfalls gelten. Folgt man dieser im Schrifttum vorherrschenden Ansicht, kann auf die Ausführungen zur Definition des in Heimarbeit Beschäftigten nach § 2 Abs. 1 HAG Bezug genommen werden.³⁷⁵

Auch im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Definition ist heftig umstritten, ob Cloudwork unter das Auftragsvergabesystem der Heimarbeit fallen kann. Dagegen spricht, dass die Vergabe der Aufträge nicht durch die Plattform erfolgt, sondern die Cloudworker sich um Aufträge bewerben.³⁷⁶ Zu konzedieren ist zwar, dass auch im klassischen Fall der Heimarbeit die in Heimarbeit Beschäftigten nicht verpflichtet sind, dauerhaft Aufträge für das Auftragsunternehmen anzunehmen.³⁷⁷ Eine pauschale Vergleichbarkeit kann aber nicht angenommen werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob die **Aufgabe der Plattform** insbesondere darin besteht, einen Marktplatz zu etablieren oder die Plattform selbst als Marktteilnehmerin

³⁷² Das Gesetz verwendet für die Vertragspartnerin bzw. den Vertragspartner des in Heimarbeit Beschäftigten den Begriff des Arbeitgebers. Gemeint ist damit aber nur der fiktive sozialversicherungsrechtliche Arbeitgeber; dies ist nicht zu verwechseln mit einem Arbeitsverhältnis. KassKomm/Zieglmeier, § 12 SGB IV Rn. 15; Winkler/Lüdike/Winkler, 2. Auflage 2015, § 12 SGB IV, Rn. 5.

³⁷⁴ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 38.

³⁷⁵ Siehe unter Abschnitt II. 2. c).

³⁷⁶ So handele es sich nur um eine „*invitatio ad offerendum*“ auf die der Cloudworker ein Angebot abgibt, welches die Plattform annimmt, Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 39.

³⁷⁷ Siehe dazu bereits Abschnitt II.3. .

fungiert.³⁷⁸ Unabhängig von der Entscheidung dieser Streitfrage, bestehen jedenfalls *de lege lata* aufgrund der zahlreichen kritischen Stimmen erhebliche Unsicherheiten. Eine bedeutende Zahl an sozialversicherungsrechtlichen Kommentierungen schließt wegen der Unterschiede im Vergabesystem eine Einordnung von **Cloudwork** als Heimarbeit aus.³⁷⁹

Im Ergebnis ist festzuhalten: Ob Cloudworker bereits *de lege lata* als in Heimarbeit Beschäftigte im Sinne § 12 Abs. 2 SGB IV eingeordnet werden können, hängt ebenso wie bei der arbeitsrechtlichen Einordnung entscheidend davon ab, ob

- (1) das Auftragsvergabesystem von der Rechtsprechung als kohärent zur klassischen Heimarbeit angesehen wird und
- (2) der Cloudworker für „eine gewisse Dauer tätig“ wird.

Entscheidet man sich dafür, Cloudworker (beim **Indirect Crowdwork**) *de lege lata* oder *de lege ferenda* als in Heimarbeit Beschäftigte einzuordnen³⁸⁰, werden sie mit Beschäftigten gleichgestellt, was in der Regel zu einer vollständigen Versicherungspflicht in allen Versicherungszweigen führt, soweit nicht Ausnahmeregelungen wie die des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV für geringfügige Beschäftigungen bzw. geringfügige selbstständige Tätigkeiten bis 450 Euro im Monat greifen. Allerdings müssen auch bei einer geringfügigen Beschäftigung Pauschalbeiträge durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber entrichtet werden, falls man der Einordnung der Cloudworker als in Heimarbeit Beschäftigte folgt. Sie sind jedoch wesentlich niedriger angesetzt.

b) Einbeziehung in die Gesetzliche Rentenversicherung nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI

Für die gesetzliche Rentenversicherung sieht § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI eine erweiterte Versicherungspflicht für Selbstständige vor, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer und keine versicherungspflichtige Arbeitnehmerin beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber oder eine Auftraggeberin tätig sind (sog. arbeitnehmerähnliche Selbstständige). Die Begriffsbestimmung ähnelt derjenigen der arbeitnehmerähnlichen Person, bei der ebenfalls an die Selbstständigkeit ohne versicherungspflichtige Angestellte sowie einem Tätigwerden überwiegend für eine Auftraggeberin oder einen Auftraggeber angeknüpft wird.

Allerdings wird die Grenze, wann ein Tätigwerden überwiegend für eine Auftraggeberin oder einen Auftraggeber vorliegt, unterschiedlich gezogen. Während es bei der arbeitnehmerähnlichen Person genügt,

³⁷⁸ Dazu bereits unter Abschnitt II.2.c) cc).

³⁷⁹ KassKomm/Zieglmeier, § 12 SGB IV Rn. 20; Brose, NZS 2017, 7 (13); Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 39.

³⁸⁰ Soweit eine sichere Einordnung gewollt wäre, müssten die Voraussetzungen entsprechend klargestellt werden. Dies betrifft insbesondere das Vergabesystem und die Frage danach, wann eine erwerbsmäßige Arbeit von einer gewissen Dauer vorliegt. Dazu bereits Abschnitt II. 3.-

wenn sie von ihrer Auftraggeberin oder ihrem Auftraggeber im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts erhält, das ihr für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht, sind für den arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI bisher von der Rechtsprechung des BSG keine vergleichbaren Einschränkungen entwickelt worden. Ob der arbeitnehmerähnliche Selbstständige im „Wesentlichen“ für einen Auftraggeber oder eine Auftraggeberin tätig ist, wird auf der Grundlage der erzielten Bruttoeinkünfte beurteilt, wobei sich eine exakte Bestimmung der Wesentlichkeitsgrenze dem Gesetz nicht entnehmen lässt.³⁸¹ Klar ist lediglich, dass das Einkommen aus der konkreten selbstständigen Tätigkeit deutlich mehr als 50 % des Einkommens aus allen Erwerbstätigkeiten zusammen ausmachen muss. In der Praxis wird entsprechend dem "Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit" vom 20.10.1999 das Erfordernis der Wesentlichkeit als erfüllt angesehen, wenn der oder die Selbstständige mindestens 5/6 seiner gesamten Einkünfte aus der Tätigkeit für eine Auftraggeberin oder einen Auftraggeber erzielt.³⁸²

Unabhängig davon, ab welchem Einkommensverhältnis der oder die Selbstständige im Wesentlichen für eine Auftraggeberin oder einen Auftraggeber tätig wird, ist weitere Voraussetzung, dass die Tätigkeit „auf Dauer angelegt“ ist. Von einer Dauerhaftigkeit der Tätigkeit für einen Auftraggeber oder eine Auftraggeberin ist auszugehen, wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder eines regelmäßig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses erfolgt. Hierbei sind nach dem Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung neben den zeitlichen auch wirtschaftliche Kriterien zu beachten und branchenspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen. Bei einer im Voraus begrenzten, lediglich vorübergehenden Tätigkeit für einen Auftraggeber oder eine Auftraggeberin (insbesondere bei projektbezogenen Tätigkeiten) wird grundsätzlich keine Dauerhaftigkeit dieser Tätigkeit für nur einen Auftraggeber bzw. einer Auftraggeberin vorliegen, wenn die Begrenzung innerhalb eines Jahres liegt: im Einzelfall kann auch bei längeren Projektzeiten keine dauerhafte Tätigkeit nur für einen Auftraggeber vorliegen. Hierfür ist im Zeitpunkt der Aufnahme des Auftrags eine vorausschauende Betrachtung vorzunehmen.³⁸³

Cloudworker, die Aufträge regelmäßig in **Indirect Cloudwork**-Beziehungen für dieselbe Plattform erledigen und nicht nur nebenberuflich tätig sind oder trotz vertraglich als **Direct Cloudwork** gestalteten Beziehungen aufgrund einer tatsächlich sehr engen Anbindung dem Grunde nach als von der Plattform beauftragt gelten müssen, könnten diese Voraussetzung erfüllen. Dies werden derzeit freilich nur wenige sein, bei Zunahme des hauptberuflichen Crowdworks wäre eine steigende Zahl aber denkbar. In der Praxis erscheint diese allerdings nur denkbar, wenn die Plattform feste Beziehungen zu bestimmten

³⁸¹ SG Köln v. 9.10.2015 – S 29 R 1291/12 –, juris

³⁸² Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. 12. 1999, NZS 2000, 184 (185).

³⁸³ Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999, NZS 2000, 184 (185).

Crowdworkern unterhält. Bei häufig wechselnden Cloudworkern werden sich kaum wesentliche und dauerhafte Tätigkeit zu einer bestimmten Plattform entwickeln können.

Auf einen wesentlichen Unterschied sei ausdrücklich hingewiesen: Anders als bei einer Versicherungspflicht wegen abhängiger Beschäftigung oder Heimarbeit gem. § 12 Abs. 2 SGB IV muss der Crowdworker im Fall des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI als arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger die Beiträge der Rentenversicherung alleine tragen (§ 169 Nr. 1 SGB VI).

c) Weitere Bereiche (Künstlersozialversicherung)

In Betracht zu ziehen ist als weiterer Anknüpfungspunkt eine Einbeziehung in die Künstlersozialversicherung. Die Künstlersozialversicherung ist eine Pflichtsozialversicherung für die Berufsgruppe der Künstlerinnen und Künstler oder Publizistinnen und Publizisten. Sie deckt insbesondere eine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung ab. Eine Besonderheit ist, dass die Beiträge nicht vollständig von den selbstständigen Künstlern und Publizisten zu tragen sind, sondern zu 30 % von den abgabeverpflichteten Verwertern und zu 20 % vom Bund getragen werden, so dass es für den Versicherten nur zu einer hälftigen Beitragszahlung kommt, ähnlich wie bei der abhängigen Beschäftigung.³⁸⁴

Nach § 1 KSVG sind nur selbstständige Künstlerinnen und Künstler oder Publizistinnen und Publizisten erfasst, die die künstlerische oder publizistische Tätigkeit erwerbsmäßig und nicht nur vorübergehend ausüben und im Zusammenhang mit der künstlerischen oder publizistischen Tätigkeit nicht mehr als einen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer oder eine versicherungspflichtige Arbeitnehmerin beschäftigen. § 2 KSVG definiert den Begriff der Künstlerinnen und Künstler: „... wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt“ sowie denjenigen der Publizistinnen und Publizisten, „... wer als Schriftsteller, Journalist oder in ähnlicher Weise publizistisch tätig ist oder Publizistik lehrt.“ Auch hier handelt es sich um Typusbegriffe. Entscheidend für die Einordnung eines Crowdworkers als Künstlerin oder Künstler ist damit, ob seine Tätigkeit den aufgezählten Tätigkeiten entspricht. So sieht das BSG u.a. die Tätigkeit von Graphik-, Foto- und Webdesignern als künstlerische Tätigkeit an.³⁸⁵

Die häufig von Cloudworkern übernommenen Übersetzaufträge können im Einzelfall dem Begriff der Publizistik unterfallen. Allerdings sieht das BSG nicht jede Übersetzertätigkeit als Publizistik an. Vielmehr werden eine eigenständige Formulierung der Texte und auch eine redaktionelle Konzeption gefordert. Fehlt

³⁸⁴ Preis/Brose, Forschungsbericht, 2017, S. 44.

³⁸⁵ BSG v. 10.3.2011 – B 3 KS 4/10 R, NJW 2011, 3324; v. 7.7.2005 – B 3 KR 29/04 R, NZS 2006, 154.

es hieran, insbesondere bei reinen Übersetzungen von Betriebsanleitungen, Werbebroschüren und Handbüchern für technische Geräte, kommt eine Einbeziehung in die KSVG nicht in Betracht. Anders liegt der Fall bei der Übersetzung eines literarischen oder künstlerischen Textes³⁸⁶

Crowdworker können damit bei einer entsprechenden Berufszugehörigkeit zu den künstlerischen und publizistischen Tätigkeiten der KSVG unterfallen. Dies ist insbesondere bei Übersetzer- sowie Design-tätigkeiten in Betracht zu ziehen.

d) Freiwillige Versicherung oder Versicherung kraft Gesetzes

In der gesetzlichen Rentenversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung bestehen Möglichkeiten einer freiwilligen Versicherung (§ 4 Abs. 2 SGB VI und § 28a Abs. 1 S. Nr. 2 SGB III). Ob einkommensschwache Crowdworker diese Möglichkeiten in weitem Umfang nutzen werden, lässt sich freilich bezweifeln.

Für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung ist zu beachten, dass Crowdworker bei hauptberuflicher Tätigkeit in der Regel kraft Gesetzes versichert sein werden, wenn sie keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben und entweder zuletzt gesetzlich kranken-/pflege-versichert waren oder bisher nicht gesetzlich oder privat kranken-/pflegeversichert waren (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 12 SGB XI).

2. Handlungsoptionen *de lege ferenda*: Einbeziehung neuer schutzbedürftiger Beschäftigungsformen in die Sozialversicherung

Dieses Kapitel ist der Frage gewidmet, ob und inwiefern die sozialen Sicherungssysteme Erwerbstätige einbeziehen sollten, die den hier untersuchten neuen Beschäftigungsformen nachgehen. Eine entsprechende Einschätzung kann nur unter Berücksichtigung der Intention erfolgen, die der gesellschaftlichen Organisation von sozialer Sicherung zu Grunde liegt. Deshalb werden im Folgenden zunächst aus ökonomischer Sicht grundsätzliche Motive für verpflichtende Sozialversicherungen und ihre Übertragbarkeit auf die verschiedenen Sozialversicherungszweige diskutiert. Auf dieser Grundlage wird anschließend im Einzelnen geprüft, inwieweit eine Einbeziehung der neuen Beschäftigungsformen in die gesetzliche Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung geboten erscheint.³⁸⁷

³⁸⁶ BSG v. 7.12.2006 – B 3 KR 2/06 R, BeckRS 2007, 41240 Rn. 20.

³⁸⁷ Die gesetzliche Unfallversicherung bleibt hier als Sonderfall der Sozialversicherungen unbeachtet, da eine sie begründende Fürsorgepflicht eines Arbeitgebers regelmäßig verneint werden muss, wenn Crowdworker als selbstständige Erwerbstätige verstanden werden, die im Rahmen der von ihnen übernommenen Werkverträge eigenverantwortlich über die Art und Weise ihrer Leistungserbringung sowie ihren Arbeitsplatz entscheiden. Ähnliche Argumente gelten auch für die nach § 12 Abs. 2 SGB IV der Sozialversicherungspflicht unterliegende in Heimarbeit Beschäftigte. Die vollständige Unterwerfung von in Heimarbeit Beschäftigten sollte bei einer Überarbeitung der Regelungen inhaltlich geprüft und ggf. angepasst werden.

Bereits vorab sei betont, dass es grundsätzlich kaum Begründungsansätze für selektive Vorsorgeverpflichtungen gibt. Die hier diskutierten Argumente zur Absicherung gegen Krankheits-, Pflege- und Langlebighkeitsrisiken lassen sich weitgehend auf alle Erwerbstätigen anwenden. Lediglich mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung liegen andere Empfehlungen für Selbstständige als für abhängig Beschäftigte nahe.

Entscheidet man sich für eine Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes auf Selbstständige, sollte dieser grundsätzlich ebenso wie für abhängig Beschäftigte verpflichtend sein. Gründe für eine Ungleichbehandlung sind auch in dieser Hinsicht nicht ersichtlich, soweit sich die Versicherungspflicht aus denselben Argumentationen ableitet. Andersherum erscheint die staatliche Organisation eines nicht-verpflichtenden Sozialversicherungsschutzes prinzipiell schwierig begründbar.

a) Abwägung der Rechtsfolgen einer Sozialversicherungspflicht

Grundsätzlich darf die sozialversicherungsrechtliche Einordnung nicht unabhängig von den konkreten Rechtsfolgen beurteilt werden, die an diese Einordnung geknüpft werden. Aus ökonomischer Perspektive gilt es als unzweifelhaft, dass jede Verpflichtung zur Absicherung von Lebensrisiken mit empfindlichen Einschränkungen der Gestaltungsmöglichkeit individueller Lebenspläne für die der Versicherungspflicht oder gar der Pflichtversicherung unterworfenen Personen einhergeht. So führt die Beitragspflicht zu Sozialversicherungszweigen bereits unmittelbar zu einer Reduzierung der verfügbaren Einkommen. Hinzu kommt, dass aus ökonomischer Sicht die gesetzlich vereinbarte Zahllast der Sozialversicherungsbeiträge nicht gleichzusetzen ist mit der ökonomischen Traglast. Mithin drohen auch auftraggeberseitig abzuführende Beiträge zur Sozialversicherung das verfügbare Einkommen der Erwerbstätigen zu reduzieren. Entsprechende Summen stehen nicht mehr als Verhandlungsmaße über Entgelte zur Verfügung. Erschwerend muss damit gerechnet werden, dass eine Einbeziehung von Crowdworkern in die Sozialversicherungspflicht durch entsprechende administrative Aufgaben und Haftungsrisiken der Auftraggeber oder Plattformen zu einer Verringerung der Crowdwork-Nachfrage führt. Erstens wird jede Verteuerung der Plattformarbeit das Potenzial dieser neuen Formen von Erwerbstätigkeit insgesamt beschneiden. Zweitens drohen, gerade im Bereich des ortsungebundenen **Cloudwork**, nur Auftragnehmer mit entsprechenden Belastungen aussortiert zu werden, d. h. deutsche oder europäische Cloudworker drohen bei nationalen oder europäischen Regelungen im Wettbewerb mit anderen Crowdworkern zu unterliegen oder eine Verlagerung ihres Wohn- und Aufenthaltsortes vorzunehmen. Es kann also nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht in der Gesamtschau von Crowdworkern als begrüßenswerter „Schutz“ ihrer Interessen verstanden wird.

Wie in Teil I des Gutachtens ausgeführt wurde, ist davon auszugehen, dass die neu entstanden Crowdwork-Verdienstmöglichkeiten unter anderem von solchen Personengruppen genutzt werden, die keine Möglichkeit haben, anderweitig einer Erwerbsarbeit nachzugehen. Dies gilt insbesondere für das **Cloudwork**, das eine Erwerbstätigkeit im eigenen Zuhause ermöglicht und so zum Beispiel weniger in Konflikt mit Betreuungsverpflichtungen steht. Wird die Nachfrage nach Crowdwork bzw. ihr Wachstum durch zusätzliche Pflichten für die Auftraggeberinnen und Auftraggeber oder Plattformen reduziert, nimmt man den betreffenden Personen ggf. die Möglichkeit, überhaupt am Erwerbsleben zu partizipieren. Dies ist nicht nur aus individueller Sicht, sondern auch gesamtgesellschaftlich problematisch, wenn aus diesem Grund Hilfsansprüche entstehen bzw. bestehen bleiben. Gesamtgesellschaftlich nachteilig wäre auch, dass Möglichkeiten ungenutzt bleiben würden, urbane Räume zu entlasten, Pendlerverkehr zu reduzieren etc.

Andererseits gibt es selbstverständlich gute Gründe für verpflichtende Regelungen. Diese müssen jedoch ihrem Grunde nach verstanden werden und mit Augenmaß auf ihre Kompatibilität mit den Herausforderungen der neuen Erwerbsformen geprüft werden.

b) Begründungen einer Sozialversicherungspflicht

aa) Versicherungsmotiv und Gefahren asymmetrischer Informationsverteilung

Der Abschluss von Versicherungen ist für viele Menschen lohnend. Das lässt sich insbesondere über die grundsätzliche Risikoaversion beinahe aller Individuen erklären. Die meisten Menschen ziehen ein sicheres Einkommen in mittlerer Höhe einer Lotterie vor, deren Ergebnis mit gleicher Wahrscheinlichkeit ein hohes Einkommen oder ein niedriges Einkommen ist. Der Nutzenverlust aus dem Verzicht auf Einkommen im hohen Einkommensbereich wird in diesem Fall durch den Nutzengewinn aus zusätzlichem Einkommen im niedrigen Einkommensbereich mehr als aufgewogen. Je nach Versicherungsgegenstand stellt sich das Kalkül verschieden dar, aber allen Versicherungen ist gemein, dass ihre Leistung in der Reduktion von Risiken für die einzelnen Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer besteht.

Dass der Abschluss von Versicherungen individuell attraktiv sein kann, begründet jedoch noch keine Notwendigkeit, Versicherungsschutz gesellschaftlich zu organisieren. Zunächst wäre davon auszugehen, dass Versicherungen privat abgeschlossen werden, wenn es individuell lohnend erscheint und die individuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse es zulassen. Zu beachten ist jedoch, dass die Funktionsfähigkeit vieler Versicherungsmärkte durch asymmetrische Informationsverteilungen eingeschränkt wird. Wenn die potentiellen Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer systematisch mehr Informationen über das Risiko besitzen, das sie absichern möchten, können die Versicherungen die Risiken nicht adäquat bepreisen. Stattdessen müssen sie Durchschnittserwartungen über die individuellen Risiken bilden und den potentiellen Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmern Verträge zu entsprechend durchschnittlichen Prämien anbieten. Zu solchen Prämien besteht aber möglicherweise für potentielle

Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer, die besonders niedrige Risiken aufweisen, kein Anreiz, eine Versicherung abzuschließen.³⁸⁸ Verzichteten diese Personen auf den Abschluss der Versicherung, bilden die Versicherungen neue Durchschnittserwartungen über die übrig gebliebenen Risiken, die aufgrund der nun veränderten Risikoverteilung der potentiellen Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer höhere Prämien erfordern. Die sich ergebenden Prämien sind wiederum zu hoch für diejenigen, deren Risiken die niedrigsten innerhalb des neuen Pools abzuschließender Risiken sind. Diese Dynamik kann sich solange fortsetzen, bis ein Versicherungsmarkt vollständig zusammenbricht.³⁸⁹

Ob im hier diskutierten Kontext der Sozialversicherungszweige eine asymmetrische Informationsverteilung besteht und inwieweit folglich die private Absicherung von Risiken möglich ist oder ein zwangsweises Pooling von Risiken Voraussetzung für die Versicherbarkeit wird, wird weiter unten für die einzelnen Sozialversicherungszweige untersucht. Wichtig ist allerdings bereits hier festzuhalten, dass sich auch im Falle der Gefahr zusammenbrechender Versicherungsmärkte aufgrund asymmetrischer Information noch keine eindeutige Handlungsempfehlung ableiten lässt. Die Pflicht, eine bestimmte Versicherung abzuschließen, kann zwar die erläuterte Dynamik und damit ein Zusammenbrechen von Versicherungsmärkten unterbinden. Dies ist jedoch keine hinreichende Begründung für eine Versicherungspflicht. Aus der Beobachtung, dass der Abschluss einer bestimmten Versicherung für einige Menschen lohnend ist und der Feststellung, dass nur eine umfassende Pflichtversicherung es diesen Menschen ermöglichen würde, die Versicherung (zu für sie günstigen Prämien) abzuschließen, lässt sich nicht logisch ableiten, dass alle Menschen zum Abschluss einer solchen Versicherung gezwungen werden sollten. Schließlich ist zugleich umgekehrt davon auszugehen, dass jede Versicherungspflicht andere Teile der Bevölkerung schlechter stellt. Um eine Versicherungspflicht zu begründen, sind also weitere Argumente notwendig.

bb) Sozialversicherungspflicht zum Schutz der Gesellschaft vor Trittbrettfahrer-Anreizen

In Bezug auf die Sozialversicherungen wird insbesondere das Argument vorgebracht, dass die Gesellschaft vor Trittbrettfahrerverhalten geschützt werden müsse. Anreize zum Trittbrettfahren ergeben sich daraus, dass neben den Sozialversicherungen eine steuerfinanzierte Grundsicherung existiert, die subsidiären Schutz bietet.³⁹⁰ Aufgrund dieses nachrangigen, unbedingten Absicherungssystems ist es möglich, dass einige Erwerbstätige trotz Risikoaversion und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht selbst vorsorgen, weil sie sich auf die Unterstützung der beitragsunabhängig garantierten Systeme verlassen. Eine Versicherungspflicht könnte ein solches Verhalten, das zu Lasten aller anderen Steuerzahlerinnen und Steuerzahler geht

³⁸⁸ Ob weiterhin ein Anreiz besteht, hängt insbesondere von dem Ausmaß der individuellen Risikoaversion und der (von der Versicherung angenommenen) Streuung der Risiken ab.

³⁸⁹ Die Literatur zur „Adversen Selektion“ geht auf *Akerlof* 1978 zurück.

³⁹⁰ Für die erwerbsfähige Bevölkerung besteht eine solche Grundsicherung in Form des Arbeitslosengelds II. Hilfebedürftige Personen, die nicht als erwerbsfähig gelten, weil sie die entsprechende Altersgrenze erreicht haben oder aus anderen Gründen ihren Lebensunterhalt nicht aus eigener Erwerbstätigkeit bestreiten können, haben Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung.

– auch zu Lasten derjenigen, deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geringer ist als die der „Trittbrettfahrenden“ – unterbinden. Das Argument greift natürlicherweise nur in jenen Fällen, in denen eine Versicherungspflicht nicht umgekehrt aufgrund der damit einhergehenden Beitragslasten und administrativen Hürden die Erwerbstätigkeit bereits im Vorhinein mindert oder verhindert. Insbesondere bei geringentlohnten Tätigkeiten in geringerem Umfang muss eine solche konterkarierende Möglichkeit bedacht werden. Umgekehrt greift das Argument auch in jenen Fällen nicht, in denen sich die Erwerbstätigen mit dem meist relativ geringen Absicherungsniveau im subsidiären steuerfinanzierten System nicht zufriedengeben und aufgrund ausreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit freiwillig höher absichern. Auch dieses Argument wird im Folgenden für die einzelnen Sozialversicherungszweige näher beleuchtet.

cc) Weitere Argumente zur Erwägung einer Sozialversicherungspflicht

Für die Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes auf alle Erwerbstätigen wird häufig außerdem das Argument vorgebracht, es dürfe keinen unfairen Unterbietungswettbewerb zwischen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten und Erwerbstätigen ohne eine solche Verpflichtung geben. Wenn nur sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit Lohnnebenkosten verbunden ist, sei dies ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil der anderen Erwerbstätigen, die ihre Arbeitsleistungen systematisch billiger anbieten könnten. Diese Argumentation ist allerdings nur unter zwei Bedingungen überzeugend. Zunächst muss aufgezeigt werden, warum die Sozialversicherungspflicht ein gesellschaftlich erwünschter Standard ist, der nicht unterlaufen werden darf. Zum zweiten muss aufgezeigt werden, dass die Versicherungspflichtigen die Beitragslast als unerwünschte Zwangsabgabe mit Steuercharakter empfinden, d. h. der den Beitragszahlungen gegenüberstehenden Versicherungsleistung keine mindestens entsprechende Nutzensteigerung beimessen. Geht man umgekehrt davon aus, dass die Versicherten den Belastungen eine sie zufriedenstellende Leistung gegenübergestellt sehen, ergibt sich keine unfaire Kostenbelastung: der Sozialversicherungsschutz ist dann als Bestandteil des Lohneinkommens anzusehen. Erwerbstätige, die nicht sozialversicherungspflichtig sind, müssen sich entweder selbst absichern, wodurch auch ihnen Kosten entstehen, oder auf die Vorteile einer Absicherung verzichten. Ein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil gegenüber sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten besteht also nur in dem Ausmaß, wie die Kosten, die den Pflichtversicherten aufgebürdet werden, ihren Nutzengewinn durch die Versicherung übersteigen.³⁹¹

Die Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes auf die Erwerbstätigen in neuen Beschäftigungsformen, die im Zuge des digitalen Wandels entstehen, könnte darüber hinaus gefordert werden, um die gesellschaftliche Akzeptanz dieser Entwicklung und den sozialen Zusammenhalt zu stützen. Dieser potentielle Effekt

³⁹¹ Weiterhin stellt sich dann die Frage nach der Begründung der Ungleichbehandlung von Selbstständigen und sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten im Sinne der unterschiedlich ausgeprägten Freiheitsgrade beim Versicherungsschutz.

ist so schwer operationalisierbar, dass es kaum möglich ist, ihn systematisch den Kosten gegenüberzustellen, die mit der Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes verbunden sind. Nichtsdestoweniger könnte hierin ein politisches Motiv für die Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes liegen. Viele Menschen schätzen die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Arbeitswelt negativ ein. In einer repräsentativen Umfrage des Bundesministeriums für Bildung und Forschung im Jahr 2017 gaben 81 Prozent der Befragten an, dass die technologische Entwicklung dazu führe, dass immer mehr Menschen beruflich abgehängt würden.³⁹² Möglicherweise kann ein umfassender Sozialversicherungsschutz solche Sorgen abschwächen und so zur gesellschaftlichen Akzeptanz des digitalen Wandels beitragen.

Aus einer eher praktischen Perspektive könnte es ein weiteres Motiv für die Abschaffung der Differenzierung zwischen Erwerbstätigen in der sozialen Sicherung geben: Würden die sozialen Sicherungssysteme alle Erwerbstätigen gleichermaßen einbeziehen, würden die administrativen Kosten entfallen, die bislang mit der Abgrenzung und der Prüfung von einzelnen Fällen verbunden sind. Auch Fehleinschätzungen des Erwerbsstatus der Beschäftigten wären damit ausgeschlossen, d. h. ein höheres Maß an Rechtssicherheit geboten. Dies sind keine hinreichenden Motive für die Gleichbehandlung aller Erwerbstätigen in der sozialen Sicherung, aber Vorteile, die bei der Abwägung aller Kosten und Nutzen berücksichtigt werden sollten. Zu erwarten wären sie allerdings nur dann, wenn statt einer im Alltag für die einzelnen Akteure schwer zu durchdringenden diskretionären Abstufung von verschiedensten Maßen und Organisationsprinzipien bei der Einbeziehung in eine Sozialversicherungspflicht eine weitgehende Gleichbehandlung aller Erwerbstätigen treten würde. So macht beispielsweise auch die unterschiedliche Verteilung der Beitragszahllast bei abhängiger und selbstständiger Beschäftigung eine eindeutige Einordnung erforderlich. Die aktuelle Ausgestaltung trägt diesem Erfordernis wenig Rechnung.

c) Anwendbarkeit der Begründungen auf die einzelnen Sozialversicherungszweige

aa) Begründungen der Krankenversicherungspflicht

Krankheitsfälle können sehr umfangreiche Kosten verursachen. Ohne Versicherungsschutz könnte für diese Fälle nur vorgesorgt werden, indem sehr hohe Beträge gespart werden, was nicht jedem Erwerbstätigen möglich ist. Der Krankenversicherungsmarkt unterliegt zudem einer asymmetrischen Informationsverteilung. Potentielle Versicherte haben zwar auch nur eingeschränktes Wissen über ihre Krankheitsrisiken, aber üblicherweise mehr Informationen als die Versicherer über ihre Vorerkrankungen, ihre Lebensweise usw. Eine risiko-äquivalente Prämienberechnung ist dennoch eingeschränkt möglich. Dass ein privater Krankenversicherungsmarkt trotzdem grundsätzlich funktionieren kann, wird in Deutschland unzweifelhaft an der privaten Krankenversicherung (PKV) deutlich, die bereits vor dem Bestehen einer

³⁹² Bundesministeriums für Bildung und Forschung 2017.

allgemeinen Krankenversicherungspflicht eine private Absicherung der meisten nicht versicherungspflichtigen Erwerbstätigen ermöglichte.

Gesellschaftlich besteht ein ausgeprägtes Interesse daran, dass alle Gesellschaftsmitglieder im Krankheitsfall abgesichert sind. Dies gilt in besonderem Maße, wenn der Gesundheitszustand der Bevölkerung insgesamt unter anderem vom Gesundheitszustand einzelner Bürger abhängt, wie im Falle ansteckender Erkrankungen und Impfschutz etc. Darüber hinaus bergen Krankheitsrisiken hohe Kostenrisiken. Zum ersten können Behandlungskosten die Zahlungsfähigkeit einzelner Personen schnell überfordern. Zum zweiten gehen mit Erkrankungen immense Risiken eines Einkommensverlusts im Falle vorübergehend eingeschränkter Erwerbsmöglichkeiten oder gänzlicher Erwerbsunfähigkeit einher. Es besteht in Europa und insbesondere in Deutschland weitgehend Einigkeit darüber, dass Personen, die sich aufgrund von Krankheit in einer Notsituation befinden, nicht sich selbst überlassen werden. Die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler müssten also für viele Behandlungskosten und große Anteile der einhergehenden Einkommensverluste aufkommen, wenn keine individuelle Absicherung über eine Krankenversicherung vorliegen würde. Bestünde keine Krankversicherungspflicht, wäre Trittbrettfahrerverhalten folglich wahrscheinlich. Diese Argumentation gilt gleichermaßen für abhängig Beschäftigte wie für Selbstständige, sodass die allgemeine Krankenversicherungspflicht grundsätzlich folgerichtig erscheint.

Eine besondere Problematik ergibt sich aus dem Umstand, dass in der für sozialversicherungspflichtig abhängig Beschäftigte verpflichtenden gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nicht nur zwischen Kranken und Gesunden bzw. Menschen mit niedrigen und hohen Krankheitsrisiken umverteilt wird, sondern auch nach Einkommen. Bis zur Beitragsbemessungsgrenze sind die Beiträge zur GKV von der Höhe der Erwerbseinkommen aus abhängiger Beschäftigung oder der Rente abhängig. Gleichzeitig werden unabhängig von der Einkommenshöhe ausschließlich am Behandlungsbedarf ausgerichtete Leistungen gewährt. Unter diesen Umständen würde es zu der oben skizzierten Abwärtsspirale kommen, wenn die Absicherung in der GKV nicht für weite Teile der Bevölkerung verpflichtend wäre, da für potentielle Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer mit hohem Einkommen und/oder niedrigen Krankheitsrisiken kein Anreiz bestehen würde, einer Versicherung mit risiko-unabhängigen aber Einkommen umverteilenden Beiträgen beizutreten.

Die Einkommensumverteilung in der GKV ist jedoch aus unterschiedlichen Gründen problematisch. Erstens ist es für die Erwerbstätigen wesentlich, ob sie als abhängig Beschäftigte mit einem Einkommen unterhalb der Versicherungspflichtgrenze zwangsweise Mitglied in diesem Einkommen umverteilenden Kollektiv sind oder ob sie sich diesem Umverteilungsmechanismus durch Wahl der PKV entziehen können. Zum zweiten steht die Einkommensumverteilung innerhalb der GKV an sich unter erheblicher Kritik, weil die Umverteilung selbst innerhalb des Kollektivs nicht systematisch von Haushalten mit hohem Einkommen

zu Haushalten mit niedrigen Einkommen erfolgt. Dies liegt neben der Beitragsbemessungsgrenze insbesondere an der kostenlosen Mitversicherung von Familienmitgliedern, die kein Einkommen haben oder deren Einkommen so niedrig ist, dass es keine eigene Versicherungspflicht begründet, und an der Nicht-Berücksichtigung von zusätzlichen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit oder Vermögen bei der Beitragsbemessung. Eine weitere Umverteilungsdimension in der GKV ergibt sich aus dem dort verwendeten Umlageverfahren. Die heutigen Krankheitskosten, die überproportional von älteren Menschen verursacht werden, werden von den heutigen Beitragszahlerinnen und Beitragszahlern getragen. Aufgrund des demographischen Wandels ergeben sich aus diesem System Umverteilungswirkungen zwischen den Generationen. Auch das Umlageverfahren wird aufgrund dieser wenig nachhaltigen Finanzierungsstruktur häufig kritisiert.

Die Umverteilung in der GKV könnte zu der Forderung verleiten, möglichst große Personenkreise in diesem System pflichtzuversichern. Sie lässt sich angesichts der momentanen Ausgestaltung der Umverteilung aber gerade nicht ableiten. Es spricht nur wenig dafür, möglichst viele Menschen in das mangelhafte System zu zwingen. Die Frage nach der Einbeziehung neuer Beschäftigungsformen motiviert vielmehr dazu, die Beitragserhebung in den sozialen Sicherungssystemen grundsätzlich zu überdenken. Dabei empfiehlt sich insbesondere die Ausgliederung der einkommensbezogenen Umverteilungsmechanismen der GKV in das Steuer-Transfer-System. Das würde die Einbeziehung neuer Personenkreise vereinfachen und insgesamt eine konsistentere Umverteilung ermöglichen.³⁹³

Grundsätzlich erscheint die Krankenversicherungspflicht für alle Erwerbstätigen nachvollziehbar.³⁹⁴ Eine Verpflichtung, am gesetzlichen Krankenversicherungssystem zu partizipieren, lässt sich hingegen nicht herleiten.

bb) Begründungen der Pflegeversicherungspflicht

Die Pflegeversicherung weist starke Parallelen zur Krankenversicherung auf. Zwar trifft hier weitaus seltener das Risiko der Erwerbsminderung und damit einhergehender Einkommensverluste auf,³⁹⁵ dafür trifft die Gefährdung des Umlagesystems in der gesetzlichen Pflegeversicherung durch demografische Entwicklungen hier relativ stärker zu. Im Ergebnis erscheint es – auch aus organisatorischen Gründen³⁹⁶ – angemessen, die Pflegeversicherung hinsichtlich der hier thematisierten Fragen analog zur Krankenversicherung zu behandeln. Eine Verpflichtung zur Absicherung der Pflegekostenrisiken erscheint aus Gründen der Sicherung anderer Gesellschaftsmitglieder vor der ohne Eigenvorsorge drohenden Belastung

³⁹³ Siehe dazu auch Abschnitt III.2.d).

³⁹⁴ Eine solche Versicherungspflicht ergibt nur in Kombination mit einem festgelegten Mindestumfang Sinn, da sie sonst ausgehöhlt werden kann. Dieser Umfang wird in Deutschland im Einzelnen vom Gemeinsamen Bundesausschuss festgelegt.

³⁹⁵ Nichtsdestoweniger kann Pflegebedürftigkeit auch während der Erwerbsphase auftreten.

³⁹⁶ Die Pflegeversicherung folgt in Deutschland organisatorisch der Mitgliedschaft in einer Krankenversicherung.

der steuerfinanzierten Grundsicherung begründbar. Die Verpflichtung, an einem bestimmten System zu partizipieren, lässt sich auch hier nicht herleiten.

cc) Begründungen einer Rentenversicherungspflicht

Grundsätzlich bestehen im Vergleich zur Vorsorge für den Krankheitsfall umfassendere Möglichkeiten, private Altersvorsorge zu betreiben. Der Bedarf im Alter ist weitgehend langfristig planbar. Risikobehaftet ist diese Planung vor allem insofern, als dass die Lebensdauer nicht abschätzbar ist. Je nach Form der privaten Altersvorsorge kommen Anlagerisiken hinzu. Aus diesen Gründen können Versicherungsprodukte attraktiv sein, die diese Risiken abfedern, indem beispielsweise ab einem vorher vereinbarten (oder gesetzlich geregelten) Lebensalter jeden Monat bis zum Lebensende ein fester (oder an allgemeinen Preisentwicklungen indexierter) Betrag ausgezahlt wird. Märkte für solche Produkte unterliegen keiner allzu ausgeprägten Informationsasymmetrie. Als private Information käme das vom statistischen Durchschnitt abweichende individuelle „Langlebigkeitsrisiko“ in Frage, das jedoch vor allem bei frühzeitigem Abschluss eines entsprechenden Vertrags auch von Versicherungsnehmern und Versicherungsnehmerinnen kaum abschätzbar ist.

Zwar ist private Altersvorsorge grundsätzlich möglich, jedoch bestehen auch diesbezüglich Trittbrettfahrer-Anreize. Es ist davon auszugehen, dass einige Erwerbstätige keine Altersvorsorge betreiben, weil sie sich auf solidarisch finanzierte Hilfe im Alter verlassen. Denkbar ist dies vor allem für Erwerbstätige mit niedrigem Einkommen, deren private Vorsorge sowieso nicht weit über das Grundsicherungsniveau hinausgehen würde. Eine Pflicht zur Altersvorsorge kann dieses Verhalten unterbinden. Dieses Argument kann jedoch keine Rentenversicherungspflicht begründen, die über den Umfang der steuerfinanzierten Grundsicherung hinausgeht. Nur in diesem Ausmaß droht überhaupt die Ausnutzung der steuerzahlenden Gesellschaftsmitglieder.³⁹⁷

Empirische Erkenntnisse stützen die Hypothese, dass die Altersvorsorge von Personen mit niedrigem Einkommen besonders niedrig ist, und zwar insbesondere von solchen, die einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehen. Eine Studie von *Zieglmeyer*³⁹⁸ zeigt, dass Personen mit niedrigem Einkommen anteilig weniger sparen. Sie zeigt zudem, dass selbstständige Haupteinkommensbezieher insgesamt durchschnittlich mehr sparen als abhängig beschäftigte Haupteinkommensbezieher. In den unteren Einkommensbereichen sparen selbstständige Haupteinkommensbezieher durchschnittlich jedoch weniger als abhängig beschäftigte Haupteinkommensbezieher, obwohl diese darüber hinaus Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung leisten. Welche Ursache für diesen Zusammenhang ausschlaggebend ist, ist unklar. Die

³⁹⁷ Vgl. *Niehues und Pimpertz* 2012, S. 2f. Diese Argumentation kann selbstverständlich auch die heutigen Beitragspflichten sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer in der GRV in Frage stellen.

³⁹⁸ *Zieglmeyer* 2010.

Beobachtung motiviert nichtsdestoweniger die weitere Beschäftigung mit der Einbeziehung weiterer Erwerbstätiger in die gesetzliche Rentenversicherung.

Als Argument für einen verpflichtenden Rentenversicherungsschutz, der über die Grundsicherung hinausgeht, wird oft angeführt, dass viele Erwerbstätige ihre zukünftigen Bedürfnisse heute vernachlässigen würden. Verhaltensökonomische Erkenntnisse sprechen dafür, dass das Altersvorsorgeverhalten vieler Menschen tatsächlich von Prokrastination³⁹⁹ geprägt ist. Allerdings lässt sich auf Grundlage dieser Einsichten nicht eindeutig ableiten, dass mehr Altersvorsorge in jedem Fall im Sinne der Einzelnen bzw. des Einzelnen wäre. Für manche Erwerbstätige dürfte ein niedriges Vorsorgeniveau unter gegebenen Umständen tatsächlich die optimale Wahl sein. Beispielsweise könnte jemand die (berechtigte oder unberechtigte) Erwartung haben, zukünftig mehr zu verdienen, und die Altersvorsorge bewusst erst einmal aufschieben. Oder der Einzelne bzw. die Einzelne entscheidet sich bewusst dafür, die Einkommen in der Erwerbsphase dringender für andere Belange ausgeben zu wollen und im Gegenzug entsprechend geringere Alters-einkünfte aus der Rentenversicherung zu erwarten. Beispielsweise könnten Ausgaben für Wohneigentum oder die Erziehung und Ausbildung eigener Kinder eine andere Aufteilung der Einkommen über den Lebensverlauf hinweg nahelegen, als sie in der gesetzlichen Rentenversicherung der einkommensproportionalen Verbeitragung zur Wahrung einer „Lebensstandardsicherung“ zugrunde liegt. Eine Versicherungspflicht birgt in solchen Fällen mindestens Präferenzverfehlungskosten. Zudem können unerwünschte Anpassungsreaktionen auftreten: Wie andere Verpflichtungen kann auch die Rentenversicherungspflicht Erwerbstätige aus der Erwerbstätigkeit verdrängen. Es wäre dann keine Entlastung des Grundsicherungssystems erreicht, sondern möglicherweise eine zusätzliche Belastung.

In Bezug auf das Krankenversicherungssystem wurden Aspekte der Umverteilung diskutiert. Soweit sie die intergenerative Umverteilung im Umlageverfahren betreffen, könnten sich daraus auch Argumente für die Einbeziehung aller Erwerbstätigen in die Rentenversicherung ergeben. Die intergenerationalen Umverteilungseffekte in der Rentenversicherung ergeben sich jedoch nur in längerer Frist und sind in erster Linie von den kaum voraussehbaren politischen Entscheidungen zur Rentenberechnung und den steuerfinanzierten Anteilen abhängig und somit kaum systematisch zu berücksichtigen. Da die Rentenversicherung im Übrigen grundsätzlich dem Äquivalenzprinzip folgt und nicht auf Einkommensumverteilung ausgelegt ist, scheinen Umverteilungsaspekte hier eher vernachlässigbar. Sollte dennoch eine Diskriminierung zwischen zwangsweisen Mitgliedern in der gesetzlichen Rentenversicherung und anderen Erwerbstätigen sowie ein Bedarf nach einer Änderung dieser unterschiedlichen Wahlmöglichkeiten festgestellt werden, müsste entweder über eine Wahlfreiheit in der Altersvorsorge für alle Erwerbstätigen oder über eine generelle

³⁹⁹ Zur Beschreibung dieses und ähnlicher Phänomene und für verhaltensökonomische Vorschläge, ihnen zu begegnen, siehe z. B. *Thaler/Benartzi* 2004.

Verpflichtung zur Einbeziehung aller Selbstständigen nachgedacht werden, die ähnliche Merkmale aufweisen.⁴⁰⁰

Aus prinzipiellen Erwägungen heraus erscheint die Ausweitung der Altersvorsorgepflicht auf alle Erwerbstätigen durchaus begründbar, sofern die Verpflichtung nicht über die Absicherung eines andernfalls die steuerfinanzierte Grundsicherung belastenden Niveaus hinausgeht. Für eine unterschiedliche Behandlung der neu in eine Pflichtversicherung einzubeziehenden Erwerbstätigen, der zufolge einige selbstständig Erwerbstätige zum Beitritt in die gesetzliche Rentenversicherung samt Zwang zur Lebensstandardsicherung, andere hingegen nur zu einer generellen Altersvorsorge auf Grundsicherungsniveau verpflichtet werden, müssten klare, nachvollziehbare Kriterien zur sachgerechten Abgrenzung angeführt werden.

dd) Begründungen einer Arbeitslosenversicherungspflicht

Die Arbeitslosenversicherung versichert gegen das Risiko, bei vorübergehender Arbeitslosigkeit erhebliche Einkommenseinbußen hinnehmen zu müssen. Für diesen Fall kann grundsätzlich auch privat vorgesorgt werden. Allerdings braucht es eine gewisse Zeit, um einen ausreichenden Kapitalstock aufzubauen. Da Arbeitslose auf den Kreditmärkten üblicherweise kein zukünftiges Einkommen beleihen können, kann die Möglichkeit zum individuellen Ausgleich von Einkommenseinbußen fehlen.⁴⁰¹ Der Abschluss einer privaten Arbeitslosenversicherung scheitert allerdings an Informationsasymmetrien. In diesem Fall sind nicht nur vorvertragliche Informationsasymmetrien relevant, die darin bestehen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besser als ein Versicherer einschätzen können, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie ihren Arbeitsplatz verlieren werden. Besonders relevant sind auch Informationsasymmetrien, die nachvertraglich bestehen würden: Versicherungen haben nur begrenzte Möglichkeiten festzustellen, ob Erwerbstätige sich auf den Versicherungsschutz verlassen und ihren Arbeitsplatz möglicherweise selbstverschuldet verloren haben oder den Schadensfall der Arbeitslosigkeit selbstverschuldet ausdehnen („Moral Hazard“).

Für die Existenz einer staatlichen Arbeitslosenversicherung sprechen zudem in erster Linie arbeitsmarktpolitische Motive. Die vorübergehende Absicherung des Lebensstandards bei Arbeitslosigkeit erlaubt ein besseres „Matching“ auf dem Arbeitsmarkt, da sich unerwartet Arbeitslose mehr Zeit für die Suche nach einem passenden Job nehmen können. Aus einer arbeitsmarktpolitischen Perspektive gibt es gleichzeitige Argumente gegen eine allzu lange Bezugsdauer der Lohnersatzleistung: Je länger die Arbeitslosigkeit andauert, desto mehr Humankapital geht tendenziell verloren.⁴⁰²

Auch für die Absicherung des Einkommensrisikos bei Arbeitslosigkeit könnte sich ein gesellschaftliches Interesse aus dem Trittbrettfahrer-Problem ergeben. Wenn keine anderweitige Absicherung besteht,

⁴⁰⁰ Siehe dazu auch Abschnitt III.2.d).

⁴⁰¹ Vgl. Rürup 2006, S. 377.

⁴⁰² Vgl. Rürup 2006, S. 377.

erhalten Arbeitslose Unterstützung aus dem Grundsicherungssystem. Wiederrum lässt sich daraus allerdings nur eine Versicherungspflicht in Umfang des Mindestsicherungssystems begründen.⁴⁰³ Ohnehin bleibt die Möglichkeit zum Trittbrettfahren auch für sozialversicherungspflichtig abhängig Beschäftigte insofern bestehen, als dass die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung nur vorübergehend gewährt werden und spätestens im Anschluss Ansprüche im Grundsicherungssystem bestehen, wenn keine privaten Ersparnisse gebildet wurden.

d) Einbeziehung von Crowdworkern in die Sozialversicherung

Sofern Crowdworker im Bereich des ortsgebundenen **Gigworks** aufgrund weiterer Eigenschaften als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eingeordnet werden, sind sie umfassend sozialversicherungspflichtig. Für viele **Cloudworker** dürfte sich die Sozialversicherungspflicht aus zusätzlichen abhängigen Beschäftigungen ergeben, da der überwiegende Teil der Cloudworker nur nebenberuflich Cloudwork „betreibt“. Zwar besteht auch hinsichtlich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betreffenden Ausgestaltungen der Sozialversicherungspflicht Diskussionsbedarf insbesondere was die zwangsweise Mitgliedschaft in der einkommensumverteilenden gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung und die zwangsweise Absicherung eines im Einzelfall die Grundsicherung übersteigenden Versicherungsniveaus in der gesetzlichen Arbeitslosen- und insbesondere der gesetzlichen Rentenversicherung anbelangt. Eine ausführliche Diskussion dieser Fragen ist jedoch nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

Sofern Crowdworker hingegen grundsätzlich als Selbstständige einzuordnen sind, sollte die Angemessenheit ihrer möglichen Einbeziehung in die Sozialversicherung spezifisch für die zur Diskussion stehenden Sozialversicherungszweige diskutiert werden. Der Vorschlag, **Cloudworker** generell als in Heimarbeit Beschäftigte einzuordnen und ihnen damit die vollumfassende Sozialversicherungspflicht überzustülpen, erscheint weder dem Problem angemessen, noch in der Sache nachvollziehbar.⁴⁰⁴ Auch die Orientierung an der Künstlersozialversicherung erscheint unpassend. So wird aus guten Gründen eine Mitfinanzierung aus Steuermitteln oder eine Beteiligung der Crowdsourcer als unangemessen angesehen. Für eine Mitfinanzierung aus Steuermitteln bestehe kein spezifisches Interesse der Allgemeinheit,⁴⁰⁵ für eine Beteiligung der Auftraggeberinnen und Auftraggeber fehle es an einer engen Verbindung, wie sie für Arbeitsverhältnisse typisch ist und auch die Beziehungen zwischen Kulturschaffenden und Kulturvermarktenden nach dem

⁴⁰³ Vgl. *Eekhoff/Milleker* 2000, S. 23.

⁴⁰⁴ Schon die Einbeziehung der in Heimarbeit Beschäftigten in alle Sozialversicherungen erscheint zweifelhaft. Vgl. außerdem bereits Abschnitt II.2. und 3. sowie weiter unten zur Differenzierung zwischen Cloudworkern und in Heimarbeit Beschäftigten.

⁴⁰⁵ Auch die auf Gemeinwohlinteresse zurückgeführte Subventionierung der Künstlerinnen und Künstler bzw. Publizistinnen und Publizisten kann durchaus hinterfragt werden und ist wohl eher durch diskretionäre politische Entscheidungen und historische Pfadabhängigkeiten zu erklären als durch eine kriteriengestützte Argumentation. So könnte einerseits das Gemeinwohlinteresse an jeglicher künstlerischen oder publizistischen Betätigung in Frage gestellt oder andererseits eine Ausweitung der Subventionierung für andere im öffentlichen Interesse liegenden Betätigungen (wie Erziehung, Pflege, Sportförderung, Wissenschaft etc.) erwogen werden. Die schlichte Vereinnahmung auch von Grafik- und Webdesignern in den Bereich der künstlerischen Beschäftigung und damit in die Sphäre der subventionierten Künstlersozialversicherung zeigt die inhärente Dynamik zur Verselbstständigung solcher Ausnahmetatbestände.

KSVG kennzeichnet.⁴⁰⁶ Eine Beteiligung der Plattform erscheint in den Fällen, in denen die Plattform nur vermittelnd tätig wird und als Marktplatzbetreiber dient oder Matching-Funktionen erfüllt, ebenfalls unbegründet. Eine Beteiligung der Plattformen kann aber in dem Bereich in Betracht gezogen werden, in dem diese selbst als „Verwerter“ agieren, bei denen also kein rechtliches Verhältnis sowie regelmäßig auch kein tatsächlicher Kontakt zwischen Cloudworkern und Crowdsourcern besteht (**Indirect Cloudwork**).

aa) Pflicht selbstständiger Crowdworker zur Kranken- und Pflegeversicherung

In Deutschland besteht bereits eine allgemeine Kranken- und Pflegeversicherungspflicht, die sich auch auf Selbstständige erstreckt. Wie abhängig Beschäftigte, deren Einkommen über der Versicherungspflichtgrenze liegt, können sich Selbstständige entweder in der privaten Krankenversicherung oder freiwillig in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung versichern. Auch Crowdworker unterliegen also bereits der Kranken- und Pflegeversicherungspflicht.

Aus dem deutschen Dualismus der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung, der in vielerlei Hinsicht kritisch diskutiert wird, erwächst im hier betrachteten Zusammenhang allerdings eine besondere Sensibilität gegenüber einer Einordnung von Crowdworkern als sozialversicherungspflichtig Beschäftigte oder nur krankenversicherungspflichtige Personen. Würden Crowdworker verpflichtend in die GKV einbezogen, so könnten sie sich nicht der systemspezifischen (unsystematischen) Einkommensumverteilung von reich zu arm und von jung zu alt entziehen. Eine verpflichtende Einbeziehung der Crowdworker in die GKV würde daher auf den ersten Blick das System stabilisieren. Ein Verzicht auf die Einbeziehung der Crowdworker in die GKV erscheint hingegen umgekehrt zunächst als Privilegierung gegenüber den abhängig Beschäftigten und in Heimarbeit Beschäftigten als Pflichtmitgliedern der GKV.

Diese Argumentation geht jedoch fehl. Erstens können Konstruktionsfehler der GKV, wie bereits betont, nicht als Begründung dafür herangezogen werden, möglichst viele Menschen in das mangelhafte System zu zwingen. Zweitens besteht keine eigene Differenzierung zwischen als Selbstständigen eingeordneten Crowdworkern und abhängig Beschäftigten, sondern eine Ungleichbehandlung aller Selbstständigen und Beamten gegenüber den abhängig Beschäftigten.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ So auch noch *Waltermann*, RdA 2010, 162 (168 f).

⁴⁰⁷ Ob die größere Wahlfreiheit von Selbstständigen als Privilegierung anzusehen ist, hängt von den Konditionen ab, zu denen sie sich in den beiden Systemen versichern können. Die momentan geltenden Regeln für die Versicherung von Selbstständigen in der GKV sind unter Umständen schlechter, als die Konditionen, zu denen diejenigen versichert werden, die in der GKV pflichtversichert sind. Wenn sich Selbstständige mit niedrigem Einkommen bei einer gesetzlichen Krankenkasse versichern, wird bei der Beitragsberechnung u.a. ein gewisses Mindesteinkommen zugrunde gelegt. Vor allem in der Vergangenheit ergab sich daraus für viele Selbstständige eine deutlich höhere relative Belastung als für abhängig Beschäftigte. Seit Beginn des Jahres wird ein geringeres Mindesteinkommen angesetzt, was die Beitragsbelastung von Selbstständigen mit niedrigem Einkommen verringert. Seit dem 1. Januar 2019 wird keine Mindestbeitragsbemessungsgrundlage in Höhe von 2.238,75 Euro mehr angenommen, sondern nur noch ein halb so hoher Betrag von 1.038,33 Euro. Bei Selbstständigen werden zudem auch Kapital- und Miteinkünfte u. ä. berücksichtigt. Aus der unterschiedlichen Beitragsbemessung ergeben sich weitere unsystematische Umverteilungswirkungen.

Zur Heilung der als fragwürdig erkannten Entwicklungen müssten also vorzugsweise die Mängel im System der GKV behoben werden. Würde die Umverteilung nicht innerhalb der gesetzlichen Krankversicherung erfolgen und stattdessen die Umverteilung über das Steuer-Transfer-System ausgeweitet, könnte treffsicherer von Haushalten mit hohem Einkommen zu Haushalten mit niedrigen Einkommen umverteilt werden. Zugleich wären auch alle Selbstständigen und Beamte an dieser Umverteilung beteiligt, was hinsichtlich der andernfalls zu befürchtenden Belastung der steuerfinanzierten subsidiären Grundsicherung systematisch wäre. Würde das GKV-System nicht im Umlageverfahren organisiert oder würden die demografischen Lastverschiebungen mit gesonderten Kohortenbeiträgen abgedeckt, würde eine Zunahme von selbstständig Erwerbstätigen nicht als destabilisierend in der GKV wahrgenommen. Gelingt eine Behebung der Systemmängel nicht, müsste über die Aufhebung der Wahlfreiheit zwischen GKV und PKV der Nicht-Pflichtmitglieder insgesamt diskutiert werden. Eine Einbeziehung aller als selbstständig erwerbstätig eingeordneten **Crowdworker** (Gigworker, Cloudworker unabhängig von Direct- und Indirect Crowdwork) in die GKV bei gleichzeitig unveränderter Wahlfreiheit von selbstständig Erwerbstätigen in der analogen Arbeitswelt erscheint nicht begründbar. Eine unterschiedliche Behandlung kann nur für den Bereich des **Cloudwork** begründet werden, bei dem eine besondere Schutzbedürftigkeit der Cloudworker festgestellt werden kann.⁴⁰⁸ Nur in diesem Teilbereich des Crowdwork wäre eine Gleichstellung mit abhängig Beschäftigten und eine daraus folgende Beitragslastenteilung zwischen **Cloudworker** und **Plattform** überhaupt denkbar. Berücksichtigt werden muss bei einer solchen Gleichstellung, wie sie auch § 12 Abs. 2 SGB IV für die in Heimarbeit Beschäftigten vornimmt allerdings, dass sie im Widerspruch zum Grundsystem stünde, dass Selbstständige die Beiträge alleine zu tragen haben und nur bei abhängiger Beschäftigung eine Beitragsteilung erfolgt.⁴⁰⁹

Zukünftig könnten sich weitere Herausforderungen in der GKV ergeben: Praktische Fragen könnte insbesondere die Einbeziehung von Erwerbstätigen aufwerfen, die sich häufig oder über längere Zeit im Ausland aufhalten. Per Definition kann insbesondere Cloudwork ortsunabhängig auch im Ausland erledigt werden. Solange Versicherte, die im Ausland leben, freiwillig weiterhin Beiträge zur Krankenversicherung leisten oder Anwartschaften aufrechterhalten, ist das unproblematisch. Problematisch wird es, wenn sich jemand dem System vorübergehend vollständig entzieht und zu einem späteren Zeitpunkt, möglicherweise im Krankheitsfall oder hohen Alter, zurückkehren möchte. Auch in diesem Fall würde den jeweiligen Individuen weder die notwendige medizinische Behandlung vorenthalten werden können, noch eine Hilfe im Falle wirtschaftlicher Not aufgrund mangelnder Eigenvorsorge gegen Einkommensverluste verweigert. Um

⁴⁰⁸ Dazu bereits Abschnitt II.2.c).

⁴⁰⁹ Die bestehende Einbeziehung der (ebenfalls arbeitsrechtlich als Selbstständige erkannten) in Heimarbeit Beschäftigten in die Sozialversicherungspflicht erscheint nach dieser Argumentation gleichfalls unsystematisch. Zu ggf. heranzuziehenden Differenzierungen zwischen Cloudworkern und in Heimarbeit Beschäftigten vgl. weiter unten eigene Ausführungen.

ein solches Ausnutzen des Krankenversicherungssystems zu unterbinden, müssten verpflichtende Anwartschaften eingeführt werden. Ob und wie eine solche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung einer Versicherungsmöglichkeit auch bei jahrelanger Abwesenheit durchsetzbar ist, muss gesondert diskutiert werden.

bb) Pflicht selbstständiger Crowdworker zur Altersvorsorge

Begründet wurde, warum eine vorsichtige Ausweitung der gesetzlichen Verpflichtung zur Altersvorsorge wünschenswert sein könnte. Eine verpflichtende Altersvorsorge für alle Selbstständige lässt sich insbesondere in Höhe des Grundsicherungsniveaus begründen. Die gesetzliche Rentenversicherung bezieht bereits heute neben abhängig Beschäftigten auch arbeitnehmerähnliche Selbstständige ein. Allerdings unterscheidet sich auch hier die Zahllast. Während pflichtversicherte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur die Hälfte des Beitrages zahlen⁴¹⁰, zahlen Selbstständige ihren vollständigen Beitrag selbst.⁴¹¹

In der juristischen Literatur wird bereits seit langem die Einbeziehung weiterer Solo-Selbstständiger in § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI im Zuge einer Novellierung der Vorschrift gefordert. *Waltermann* schlug insoweit eine pragmatische Lösung in seinem Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag 2010 vor, die bereits durch Streichung des zweiten Kriteriums „auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig“ in § 2 S. 1 Nr. 9 b) SGB VI erfolgen könnte.⁴¹² Seiner Auffassung nach sollte die Versicherungspflicht solange bestehen, bis die Versicherten Rentenanwartschaften oberhalb des Niveaus der Grundsicherung erlangt haben. Einkommensschwache Selbstständige würden bereits durch § 165 Abs. 1 S. 2 SGB VI jedenfalls in der Phase der Existenzgründung geschützt, da bis zum Ablauf von drei Jahren nach dem Jahr der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit nur ein Einkommen von 50 % der Bezugsgröße als Bemessungsgrundlage herangezogen wird.⁴¹³ Er plädierte dafür, auch weiterhin die Beitragslast allein dem Selbstständigen aufzubürden.⁴¹⁴

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag von *Preis/Temming*, alle Selbstständigen, die nicht bereits über die erste Säule der Alterssicherung obligatorisch abgesichert sind, in die gesetzliche Rentenversicherung einzubeziehen (sog. „kleine Lösung“).⁴¹⁵

Teilweise wird in jüngster Zeit aber auch im Sozialversicherungsrecht eine gruppenspezifische Lösung erwogen. So schlagen *Brose* und nunmehr auch *Waltermann* vor, **Cloudworker** durch die Einordnung als

⁴¹⁰ Die andere Hälfte zahlt der Arbeitgeber.

⁴¹¹ Die Zahllast ist nicht ausschlaggebend für die Traglast. Letztere ergibt sich insbesondere in Abhängigkeit der Elastizitäten der Nachfrage und des Angebots. Auf einem perfekt funktionierenden Markt wäre es für die Verteilung der Traglast irrelevant, wie die Zahllast verteilt ist.

⁴¹² *Waltermann*, 68. DJT, 2010, B 103; *ders.*, RdA 2010, 162 (169).

⁴¹³ *Waltermann*; RdA 2010, 162 (169).

⁴¹⁴ Der Vorschlag enthält keine spezifischen Ausführungen zum Crowdwork, da dieses 2010 noch nicht derart im rechtspolitischen Blickpunkt stand.

⁴¹⁵ *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), Forschungsbericht erstellt für das BMAS, 2017.

in Heimarbeit Beschäftigte nach § 12 Abs. 2 SGB IV eine Sozialversicherungspflicht in allen Versicherungszweigen aufzuerlegen.⁴¹⁶ Auch eine berufsständische Versorgung für Cloudworker, bei der die Plattformen zur anteiligen oder hälftigen Tragung der Beitragslast herangezogen werden sowie eine Orientierung an der Künstlersozialversicherung, wird angedacht.⁴¹⁷ Mit Blick auf solche Vorschläge ist zu beachten, dass die Schaffung neuer, spezifischer Systeme regelmäßig die Gefahr einer unsystematischen Ungleichbehandlung birgt, wie sie sich beispielsweise aus der besonderen Subventionierung in der Künstlersozialversicherung ergibt, und die Intransparenz sowie Rechtsunsicherheit aufgrund von Abgrenzungsfragen erhöht. Eine Sonderbehandlung von allen Cloudworkern⁴¹⁸, die auf die digitale Anbahnung oder auch Erledigung ihrer Tätigkeiten abstellt, erscheint grundsätzlich nicht begründbar. Eine aufwendige Schaffung neuer Systeme speziell für Cloudworker erscheint aber sowieso angesichts der momentan geringen Verbreitung und hauptsächlich nebenberuflichen Tätigkeit nicht empfehlenswert. Unter der niedrigen Zahl von Cloudworkern dürften viele sein, die ohnehin über eine zusätzliche abhängige Beschäftigung oder bestehende alternative Systeme abgesichert sind.⁴¹⁹

In der Literatur wird auch die Eignung der Künstlersozialversicherung für Cloudworker bezweifelt. Als problematisch wird insbesondere die Identifikation des Verwerfers angesehen. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Rentenansprüche von vielen der in der Künstlersozialversicherung Versicherten unterhalb des Grundsicherungsniveaus liegen.⁴²⁰ Oben wurde ausgeführt, dass eine verpflichtende Absicherung in der Höhe des Grundsicherungsniveaus wünschenswert sein könnte. Zwar ist eine ausreichend hohe Absicherung in der Künstlersozialversicherung nicht systematisch auszuschließen, aber zu beachten ist, dass die simple Öffnung für weitere Erwerbstätige das Ziel einer ausreichenden Absicherung vermutlich verfehlen würde.

Die Bundesregierung hat in ihrer Koalitionsvereinbarung eine Altersvorsorgepflicht für alle Selbstständigen angekündigt, zugleich soll eine Opt-Out-Regelung für diejenigen geschaffen werden, die anderweitig „geeignete insolvenz- und pfändungssichere“ Vorsorge betreiben.⁴²¹ Minister *Heil* hat jüngst angekündigt, bis zum Jahresende einen Gesetzesvorschlag vorzulegen, demgemäß Selbstständige verpflichtet werden sollen, entweder in einem Versorgungswerk oder über die sogenannte Rürup-Rente privat vorzusorgen oder in die gesetzliche Rentenversicherung einzuzahlen.⁴²²

⁴¹⁶ Brose, NZS 2017, 7 (14); so nunmehr auch Waltermann, RdA 2019, 94 (98).

⁴¹⁷ BMAS Bericht AuR 2015 228; Hanau NJW 2016, 2613 (2616); Krause, Gutachten, B 108; Klebe, AuR 2016, 277.

⁴¹⁸ Zur Differenzierung nach Indirect- und Direct Cloudwork und etwaigen Vergleichbarkeit von Indirect Cloudwork und Heimarbeit, siehe bereits Abschnitt II.2. c).

⁴¹⁹ Siehe dazu Kapitel I.1.

⁴²⁰ Vgl. Abschnitt III.2.d.bb und OECD 2018, S. 140.

⁴²¹ Koalitionsvertrag 2018-2021, S. 93.

⁴²² Vgl. z. B. diesen SZ.de-Artikel vom 6. April 2019: <https://www.sueddeutsche.de/politik/selbststaendige-altersvorsorge-heil-1.4399183>.

Der Bundesverband der Arbeitgeberverbände (BDA) hat jüngst ein Konzept zur sozialen Sicherung von Selbstständigen veröffentlicht.⁴²³ Entsprechend dem Vorschlag von *Preis/Temming* soll keine Vorsorgepflicht für die Selbstständigen eingeführt werden, die im Rahmen eines berufsständischen Versorgungssystems bereits abgesichert sind. Im Übrigen soll ein Wahlrecht der Selbstständigen bestehen, ob sie sich im Wege der gesetzlichen Rentenversicherung oder im Wege der privaten kapitalgedeckten Vorsorge absichern wollen. Die Mindesthöhe der Beiträge für eine private Vorsorge könne sich dabei an der Höhe der bereits heute rentenversicherungspflichtigen Selbstständigen orientieren.

Sofern eine Orientierung der verpflichtend zu betreibenden Altersvorsorge an der Höhe der Grundsicherung gewählt wird, erscheint der im Koalitionsvertrag vorgezeichnete und in den Absichtserklärungen des Ministers bestätigte Weg der Einbeziehung aller Selbstständigen nachvollziehbar, dem auch der Vorschlag des BDA sehr nahekommt. Eine Unterscheidung in Solo-Selbstständige und Selbstständige mit Angestellten erscheint nicht angemessen, da der Tatbestand einer Arbeitgebereigenschaft gegenüber einem oder mehreren Angestellten kein verlässliches Kriterium dafür ist, später nicht auf die steuerfinanzierte Grundsicherung im Alter angewiesen zu sein. Eine zwangsweise Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung erscheint nicht erforderlich, um dem Schutz der Gesellschaft vor Trittbrettfahrer-gefahren Genüge zu tun. Die Argumentation, die zwangsweise Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung diene der Stabilisierung dieses Systems erscheint nicht überzeugend. Eine heutige Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung würde heutige Beitragszahlungen bewirken und damit die aktuelle Finanzierung der GRV unterstützen. Die mit den heutigen Beitragszahlungen einhergehenden zukünftigen Ansprüche dieser zusätzlichen Versicherten würden jedoch in Anbetracht der vorgezeichneten demografischen Entwicklung die Probleme der zukünftigen Finanzierung auf der anderen Seite tendenziell verschärfen.

Allein für den Bereich des **Indirect Cloudwork** wäre auch eine gruppenspezifische Lösung insoweit denkbar, als dass entsprechend § 12 Abs. 2 SGB IV schutzbedürftige Cloudworker, die in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zur Plattform stehen, Beschäftigten gleichgestellt werden. Allerdings bestehen Systemwidersprüche zwischen § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI und § 12 Abs. 2 SGB IV. Während arbeitnehmerähnliche Selbstständige die Beiträge alleine tragen müssen, würden bei Cloudworkern die Plattformen ebenfalls zur Beitragszahlung herangezogen. Ob man die Systemwidersprüche des § 12 Abs. 2 SGB IV wirklich vertiefen möchte, ist äußerst fraglich.

Entscheidet man sich für die Ausweitung der Altersvorsorgepflicht auf alle Selbstständige, erscheinen Übergangsfristen sowohl nach Veränderung der Gesetzeslage als auch im jeweiligen Einzelfall für die

⁴²³ BDA-Konzept zur sozialen Sicherung von Selbstständigen, März 2019.

ersten Jahre nach Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit angebracht. Andernfalls droht eine Überforderung von Selbstständigen, deren Einkommen sehr niedrig ist. Hierbei könnte man sich an § 165 Abs. 1 S. 2 SGB VI orientieren. Selbstständige sind ohnehin mit einer geringeren Planungssicherheit konfrontiert, die nicht durch kurzfristige institutionelle Änderungen verschärft werden sollte.

Der Fall, dass Versicherte (vorübergehend) im Ausland wohnen, ist mit Blick auf die gesetzliche Rentenversicherung weniger problematisch. Für die Auszahlungen aus der Rentenversicherung ist dem Äquivalenzprinzip folgend relevant, wie lange die einzelne Versicherte bzw. der einzelne Versicherte tatsächlich eingezahlt hat. Dementsprechend droht keine entsprechende Ausnutzung des Systems, solange eine ausreichende Alterssicherung vorliegt, um nicht der Grundsicherung im Alter anheimzufallen.

cc) Keine Pflicht selbstständiger Crowdworker zur Arbeitslosenversicherung

Die diskutierten Aspekte sprechen gegen eine pauschale Ausweitung der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung auf neue Erwerbsformen.⁴²⁴ Die private Versicherbarkeit des Einkommensrisikos bei Arbeitslosigkeit ist zwar eingeschränkt bis unmöglich, aber private Vorsorge durch Ersparnisbildung ist natürlich dennoch möglich. Aufgrund der subsidiären steuerfinanzierten Grundsicherung ist Trittbrettfahrer-Verhalten zwar denkbar, dieses ist jedoch umgekehrt auch bei bestehender Arbeitslosenversicherung nach Ablauf einer bestimmten Zeit nicht auszuschließen. Eine Belastung für die Gesellschaft ergibt sich bei fehlendem Versicherungsschutz nur solange, bis jemand eine (ausreichend vergütete) neue Beschäftigungsmöglichkeit findet. Gelingt dies aus irgendeinem Grund systematisch nicht, verhindert auch eine vorübergehende Versicherung der Lohnersatzleistungen nicht, dass irgendwann Ansprüche im Grundsicherungssystem bestehen.

Vor allem aber sprechen die für selbstständige Tätigkeiten typischen Charakteristika gegen die Sinnhaftigkeit einer Arbeitslosenversicherung. So sind die bereits bei vormals abhängig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vieldiskutierten Probleme des ‚Moral Hazard‘ bei Selbstständigen besonders ausgeprägt, weil der versicherte Schadensfall noch schwieriger gegenüber einer selbst zu verantwortenden Beschäftigungslosigkeit abzugrenzen und von Versicherungen zu kontrollieren ist.

Das arbeitsmarktpolitische Argument eines besseren „Matchings“, das durch die überbrückenden Lohnersatzleistungen erreicht werden soll, ist auf Selbstständige generell und insbesondere auf Erwerbstätige in den neuen Erwerbsformen kaum anwendbar, da sich keine festen Paarungen auf dem Arbeitsmarkt bilden. Crowdworker sind üblicherweise im Auftrag mehrerer Crowdsourcer tätig. Der Matchingprozess ist ein

⁴²⁴ Die Einbeziehung von in Heimarbeit Beschäftigten in die Arbeitslosenversicherung ist daher neben der Einbeziehung derselben in die gesetzliche Unfallversicherung besonders erstaunlich und sollte keinesfalls für Cloudworker übernommen werden.

ständiges Phänomen während selbstständiger Tätigkeit und kein Sonderfall, der durch eine Arbeitslosenversicherung ermöglicht werden müsste. Insbesondere im Bereich der neuen Erwerbsformen des Crowdwork liegen gerade im besseren, schnelleren und leichteren Matching Leistungen der Plattformen, die diese Form der Arbeitsvermittlung erst ermöglichen. Anders könnte dies auch hier nur für den besonderen Fall beurteilt werden, bei dem die Plattform selbst eigentliche Auftraggeberin des **Cloudworkers** ist (**Indirect Cloudwork**) und eine dauerhafte Vertragsbeziehung eine Schutzbedürftigkeit vermuten lässt. Nur in diesem Fall könnten arbeitsmarktpolitische Argumente für eine Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung sprechen. Allerdings spricht jedenfalls derzeit die Einschätzung, dass Cloudwork weit überwiegend nebenberuflich betrieben wird, gegen eine Pflichtversicherung.

Selbstständige Erwerbstätige tragen regelmäßig das Erwerbsrisiko selbst und sind dabei üblicherweise einer deutlich größeren Unsicherheit ausgesetzt als abhängig Beschäftigte. Sie müssen beständig für eine ausreichende Auftragslage sorgen oder für Phasen niedriger Einkommenserzielung Vorsorge treffen, falls sie dauerhaft einen Lebensstandard oberhalb des Grundsicherungsniveaus anstreben. Eine Arbeitslosenversicherung könnte das Einkommensausfallrisiko von Selbstständigen aufgrund der bereits erwähnten sehr eingeschränkten Versicherbarkeit kaum aufheben. Mit einer Selbstständigkeit sind also immer Risiken verbunden, die zumindest diejenigen Selbstständigen bewusst eingehen, die die Wahl zwischen einer selbstständigen und einer abhängigen Beschäftigung hatten. Tatsächlich zeigen Befragungen, dass Selbstständige tendenziell risiko-freudiger sind als abhängig Beschäftigte.⁴²⁵

Weder in der juristischen oder ökonomischen Literatur, noch in der politischen Debatte werden Forderungen nach einer verpflichtenden Einbeziehung von Selbstständigen in eine Arbeitslosenversicherung deutlich vernehmbar. Die bereits bestehende Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung von Selbstständigen in der Arbeitslosenversicherung nach § 28a SGB III kann hier nicht detailliert untersucht werden. Sie kann vermutlich unproblematisch beibehalten werden, sofern hierbei nicht aufgrund der systematisch unterschiedlichen Risiken zwischen abhängig Beschäftigten und Selbstständigen ungerechtfertigte Quersubventionierungen festgestellt werden.⁴²⁶

Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf die Arbeitslosenversicherung eine grundlegend andere Einschätzung für selbstständig Erwerbstätige als für abhängig Beschäftigte. Dies ergibt sich weniger aus sozialpolitischen, sondern vor allem aus arbeitsmarktpolitischen Erwägungen. Diese arbeitsmarktpolitischen Erwägungen treffen abhängig Beschäftigte in erster Linie aufgrund der ihrem Arbeitsalltag nicht inhärenten Verantwortung um die wirtschaftliche Situation ihres Unternehmens und der Auftragslage. Dies ist bei Selbstständigen qua Definition anders.

⁴²⁵ Siehe z. B. *Caliendo/Fossen/Kritikos* 2011, die das Sozio-oekonomische Panel dahingehend auswerten.

⁴²⁶ Auch der BDA verweist in seinem Vorschlag auf die freiwillige Versicherungsmöglichkeit.

e) Unterschiede zwischen klassischer Heimarbeit und neuen Erwerbsformen wie dem Cloudwork

Aus der Analyse der juristischen Einordnung von Erwerbstätigen erwächst die Frage, inwieweit die zwischenzeitlich stark an Bedeutung verlorene Sondergruppe der in Heimarbeit Beschäftigten als selbstständige Erwerbstätige samt ihrer sozialrechtlichen Besonderheiten eine Renaissance erleben könnte, indem ihr Teile der ortsunabhängig tätigen Cloudworker zugeordnet werden könnten. Aus ökonomischer Perspektive erscheinen die Regelungen des § 12 Abs. 2 SGB IV, die in Heimarbeit Beschäftigte analog zu Arbeitnehmern sämtlichen Sozialversicherungspflichten unterwerfen, bereits in Bezug auf klassische Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter fragwürdig. Eine Übertragung dieser Regelungen auf den Bereich der in diesem Gutachten im Fokus stehenden neuen Erwerbsformen hätte weitreichende Konsequenzen. So steht zu befürchten, dass eine solche Ausweitung der Sozialversicherungspflichtigkeit die gerade aufkommenden neuen Erwerbsformen bereits im Keim unterbinden würden. Um nachzuvollziehen, weshalb Cloudworker auch im Falle der auf sie zum Teil ggf. zutreffenden Kriterien der Einordnung als in Heimarbeit Beschäftigte systematisch jedenfalls *de lege ferenda* anders behandelt werden sollten, muss auf die historisch zugrundeliegende Situation der in Heimarbeit Beschäftigten eingegangen werden, die auch die vom BAG in der IT-Programmierer Entscheidung vorgenommene weite Auslegung des § 2 Abs. 1 HAG in Frage stellt.

Die Kriterien des HAG und des § 12 Abs. 2 SGB IV scheinen die Gruppe der betroffenen Erwerbstätigen weniger intentional als lediglich koinzident zu erfassen. Während das HAG immerhin neben die erwerbsmäßige Tätigkeit außerhalb der Arbeitsstätte des Auftragsunternehmens sowie die Überlassung der Verwertung der Arbeitsergebnisse auch die Bereitstellung der Rohstoffe und Vorprodukte durch das Auftragsunternehmen als Kriterien stellt, verzichtet die sozialrechtliche Abgrenzung in § 12 Abs. 2 SGB IV sogar ausdrücklich auf die Bereitstellung der Roh- und Hilfsstoffe durch das Auftragsunternehmen. Aus diesen Kriterien alleine ergibt sich jedoch keineswegs eine nachvollziehbare Schutzbedürftigkeit. Das Schutzbedürfnis der Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter zu Beginn der Industrialisierung muss sich letztlich auf eine Abhängigkeitssituation gegenüber den Auftragsunternehmen beziehen, die der von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vergleichbar ist. Typischerweise bekamen Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter sowohl genaueste Fertigungsanweisungen als auch Roh- und Hilfsstoffe gestellt und traten anschließend ihre Arbeitsergebnisse im Verlagssystem an die Auftragsunternehmen ab. Sie dürften dabei schon alleine aufgrund der damaligen Kommunikations- und Logistikmöglichkeiten ganz überwiegend über längere Zeiträume von einzelnen Auftragsunternehmen abhängig gewesen sein, d. h. keine praktisch durchführbaren Alternativen einer Selbstvermarktung oder Zusammenarbeit mit anderen Auftragsunternehmen gesehen haben. Durch die üblicherweise fest vereinbarte Stückentlohnung, die strikten Fertigungsvorgaben und die Bereitstellung der Rohstoffe durch die Auftragsunternehmen war die Tätigkeit der Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter für die Auftragsunternehmen hinreichend determiniert, um auch ohne

ständige Weisung und Überwachung während des Produktionsprozesses de facto vollständig vom Auftragsunternehmen kontrolliert zu sein. Wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit war damit weitgehend ausgeschlossen.

Die Auftragsunternehmen bei klassischer Heimarbeit konnten sich unter anderem mangels heutiger Informations-, Kommunikations- und Logistikmöglichkeiten der Dienste einmal angelernter Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter über längere Zeitdauer versichern, ohne andererseits klassische Arbeitgeberpflichten eingehen zu müssen, wie beispielsweise die fortgesetzte Entlohnung auch in Zeiten weniger Aufträge oder arbeitsrechtliche Schutzpflichten. Zwar waren auch Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter rechtlich nicht verpflichtet, dauerhaft Aufträge eines Auftragsunternehmens anzunehmen. Faktisch dürften jedoch die wenigsten Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter in der Lage gewesen sein, sich bei unterschiedlichen Auftragsunternehmen zu bewerben oder die Beschaffung von Rohstoffen sowie die Vermarktung ihrer Arbeitserzeugnisse unmittelbar selbst zu übernehmen.

Der Gesetzgeber dürfte bei der Adressierung der direkten Auftraggeberin bzw. des direkten Auftraggebers weder an die heutigen Möglichkeiten der unmittelbaren „Online-Vermarktung“ noch an die vermittelnde Tätigkeit von Online-Plattformgedacht haben. Diese Festlegung diene vermutlich der rechtssicheren Gestaltung der Verantwortlichkeiten im Geflecht der Auftragsunternehmen, Zwischenmeisterinnen bzw. Zwischenmeister, sonstigen Zwischenhändlerinnen bzw. Zwischenhändlern und Heimarbeiterinnen bzw. Heimarbeitern.

Die neu entstehenden Erwerbsformen, insbesondere das **Cloudwork** sowie die im Zuge dessen entstehenden Plattformen deuten demgegenüber in eine andere Richtung. Ähnlich wie klassische Heimarbeit erschließt das ortsunabhängige Cloudwork unter anderem Erwerbstätigen die Möglichkeit, auch in ländlichen Gebieten fernab der Produktionsstätten der Auftragsunternehmen ihre Leistung anzubieten. Die Merkmale, die in Heimarbeit Beschäftigte ursprünglich von anderen Selbstständigen unterschieden, lassen sich jedoch weder beim IT-Programmierer in der BAG Entscheidung noch bei Cloudworkern erkennen. Während die Auswahl alternativer Auftragsunternehmen in der klassischen Heimarbeit gegen Ende des 19. Jhd. und zu Beginn des 20. Jhd. im Regelfall äußerst begrenzt gewesen sein dürfte, erschließt die über Online-Plattformen vermittelte Tätigkeit im Cloudwork in Verbindung mit heute grundlegend anderen Informations-, Kommunikations- und Logistikmöglichkeiten dem einzelnen Cloudworker einen jedenfalls theoretisch weltweiten Markt. Während die Zwischenmeisterin bzw. der Zwischenmeister im Geflecht der klassischen Heimarbeit tendenziell eine monopsonistische Machtstellung gegenüber den ihr oder ihm bekannten Heimarbeiterinnen und Heimarbeitern ausnutzen konnte, besteht die funktionelle Aufgabe einer Cloudwork-Plattform (jedenfalls im Bereich des **direkten Cloudwork**) tendenziell eher darin, einen wettbewerblich gestalteten Marktplatz zu organisieren und dessen Funktionieren zu sichern. Dieser Marktplatz

erschließt potenziell den Kontakt zu einer Vielzahl von Crowdsourcern und mindert damit im Ergebnis die Abhängigkeit der Crowdworker gegenüber einzelnen Auftraggeberinnen und Auftraggebern (Crowdsourcern).⁴²⁷ Es wird sich erst zukünftig zeigen, ob sich tatsächlich Wettbewerbsmechanismen etablieren und Cloudworker jeweils für eine Vielzahl von Crowdsourcern tätig werden und die jeweiligen Aufträge von begrenzter Dauer sind oder sich insbesondere Plattformen auf dem Markt etablieren, die selbst als Hauptakteure fungieren. Die Charakteristika der neuen Erwerbsformen sprechen aus ökonomischer Perspektive für eine Erhöhung der Wettbewerbsintensität zwischen Auftraggeberinnen und Auftraggebern. Die bei vermittelnder Tätigkeit der Plattformen unterschiedlichen Vergabesysteme der Aufträge zwischen der historischen Heimarbeit und dem neu entstehenden Cloudwork sind damit aus ökonomischer Sicht maßgeblich für eine Beurteilung der Schutzbedürftigkeit der Erwerbstätigen und die Notwendigkeit der entsprechenden Pflichten der Crowdsourcer oder Plattformen. Plattformen im **Direct Crowdwork** nehmen in dieser Perspektive tendenziell nicht die Rolle der Auftraggeberinnen und Auftraggeber oder ihrer Gehilfinnen bzw. Gehilfen ein, sondern betätigen sich wie Marktplatzbetreiber, Messeveranstalter oder Job-Börsen.

Die Möglichkeiten des **Direct Cloudwork** erschließen der oder dem einzelnen Erwerbstätigen zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten. Eine pauschale Einbeziehung von allen Cloudworkern in die Sozialversicherungspflicht verbaut einen Teil dieser Möglichkeiten jedenfalls dann, wenn diese – wie bei einer Einordnung der Cloudworker als in Heimarbeit Beschäftigte drohend – mit umfassenden Melde- und Beitragsleistungspflichten der Crowdsourcer oder Plattformen verbunden ist.⁴²⁸

f) Für die Ausgestaltung der Einbeziehung von Crowdworkern in die Sozialversicherungen relevante Erkenntnisse aus dem Ausland

Wie oben ausgeführt wurde, sind verschiedene Wege der weiteren Einbeziehung von Crowdworkern in die Sozialversicherungen vorstellbar. Bei der konkreten Umsetzung einer Ausweitung, die hier insbesondere für die Altersvorsorge in Betracht gezogen wurde, könnte es sich lohnen, Erfahrungen aus anderen Ländern zu berücksichtigen. Aufgrund der spezifischen nationalen Institutionen können und sollten bestehende Ansätze nicht ohne weiteres übertragen werden, wichtige Erkenntnisse für einzelne Stellschrauben lassen sich jedoch erkennen.

⁴²⁷ Anders kann dies für Geschäftsmodelle von Plattformen gesehen werden, die selbst als Auftraggeberinnen und damit als „Verwerter“ agieren (Indirect Cloudwork).

⁴²⁸ Tatsächlich wäre zu prüfen, ob und inwieweit die ursprünglich der Gesetzgebung zugrundeliegende Schutzbedürftigkeit auch bei den wenigen in der analogen Arbeitswelt noch in Heimarbeit Beschäftigten heute tatsächlich noch gegeben ist. Auch dabei dürfte die Verfügbarkeit von Informationen, Kommunikationsmöglichkeiten und täglichem Paketservice wichtige Veränderungen bewirkt haben. Eventuell erscheint die Sonderstellung des § 12 Abs. 2 SGB IV insgesamt überholt.

Grundsätzlich ist sowohl die Einbeziehung weiterer Erwerbstätiger in die bestehenden Systeme als auch die Einführung gesonderter Systeme denkbar. Argumentiert wurde bereits, dass gegen die Einführung gesonderter Systeme insbesondere die Gefahren einer unsystematischen Ungleichbehandlung und der Intransparenz sowie Rechtsunsicherheit aufgrund von Abgrenzungsfragen sprechen. Erkenntnisse aus Frankreich stützen diese Einschätzung. Dort gibt es ein gesondertes soziales Sicherungssystem für Selbstständige und ein weiteres spezielles System für Erwerbstätige aus der Unterhaltungsindustrie. Die Harmonisierung dieser Systeme und des Sicherungssystems für abhängig Beschäftigte wird seit längerem angestrebt. Nach wie vor bestehen jedoch grundlegende Unterschiede, u. a. hinsichtlich der Beitragssätze und Anwartschaftszeiten. Die Komplexität der französischen Systeme und ihre fehlende Abstimmung aufeinander führen zu nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlungen von Erwerbstätigen und behindern die Mobilität zwischen Arbeitsplätzen und Berufen.⁴²⁹ Die Erfahrungen aus Frankreich sprechen damit tendenziell gegen die Schaffung paralleler Sozialversicherungsstrukturen.

Bereits betont wurde außerdem, dass eine Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes auf Selbstständige, ebenso wie für abhängig Beschäftigte verpflichtend sein sollte, wenn sich die Versicherungsnotwendigkeit aus denselben Argumentationen ableitet. So kann Trittbrettfahrerverhalten offensichtlich nur durch eine Verpflichtung zur Vorsorge unterbunden werden. Weitere Argumente für Pflichtversicherungen ergeben sich aus asymmetrischen Informationsverteilungen auf Versicherungsmärkten. Dieses Argument stützen Erkenntnisse aus Schweden. Dort gibt es eine freiwillige Arbeitslosenversicherung, die nur über umfangreiche steuerfinanzierte Subventionen eine hohe Abdeckung der Beschäftigten erreicht hat. Dies wird unter anderem darauf zurückgeführt, dass die Versicherung den Grund für einen Arbeitsplatzverlust nur eingeschränkt nachvollziehen kann. Dadurch werden die Anreize, sich um eine Weiterbeschäftigung zu bemühen, eingeschränkt („Moral Hazard“). Dies verteuert die Versicherung auch für diejenigen, die sich sowieso bemühen. In Schweden wird dieses Problem dadurch eingeschränkt, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber verpflichtet sind, den Grund für die Arbeitslosigkeit zu melden. Eine solche Regel lässt sich nicht ohne weiteres auf Crowdworker übertragen⁴³⁰. Die OECD kommt zu dem Schluss, dass freiwillige soziale Sicherungssysteme nur funktionieren, wenn hohe steuerliche Zuschüsse geleistet werden.⁴³¹

Dass eine Diskriminierung zwischen verschiedenen Erwerbsformen schädlich sein könnte, wurde auch damit begründet, dass die Entscheidungen zwischen den Erwerbsformen verzerrt werden, wenn nur bestimmte Erwerbsformen in eine verpflichtende Sozialversicherung einbezogen werden, obwohl sich vielmehr eine allgemeine Versicherungspflicht begründen ließe. Dass die Wahl der Erwerbsform tatsächlich von den Sozialversicherungspflichten abhängen kann, hat sich zum Beispiel in Österreich gezeigt. Dort wurde der

⁴²⁹ Vgl. OECD 2018, S. 31f und S. 99f.

⁴³⁰ Die Notwendigkeit einer Arbeitslosenversicherung für Crowdworker wurde oben prinzipiell bezweifelt.

⁴³¹ Vgl. OECD 2018, S. 14, S. 27f und S. 197ff.

verpflichtende Sozialversicherungsschutz für Selbstständige im Zuge mehrerer Reformen deutlich erhöht, was aufgrund der damit verbundenen Beitragslasten insgesamt zu einem Rückgang der Zahl der Selbstständigen beigetragen zu haben scheint. Bestimmte Formen der Selbstständigkeit, die von vergleichsweise niedrigen Beiträgen profitieren, sind hingegen gewachsen.⁴³² Die Forderung, auf Sozialversicherungsschutz für Selbstständige zu verzichten, lässt sich aus diesen Beobachtungen selbstverständlich nicht ableiten. Sie sollten aber dafür sensibilisieren, dass die Ausgestaltung der Sozialversicherungspflichten weitreichende Folgen für die Struktur des Arbeitsmarktes haben kann.

Die Notwendigkeit, die sozialen Sicherungssysteme zu überdenken, wird insbesondere vom digitalen Wandel bedingt. Die neuen technologischen Möglichkeiten könnten gleichzeitig dazu genutzt werden, die administrative Abwicklung zu verbessern. Der Zugang zu Registrierungs-, Beratungs- und Beitragszahlungsmechanismen könnte so vereinfacht werden.⁴³³ Dies erscheint insbesondere wichtig, damit auch ortsunabhängige **Cloudworker** problemlos partizipieren können. Als Vorbild für die Digitalisierung der Verwaltung könnte grundsätzlich Estland dienen. Unter anderem in der Gesundheitspolitik werden dort durch den technologischen Wandel entstehenden Möglichkeiten genutzt. Im Jahr 2008 implementierte Estland zum Beispiel als weltweit erstes Land ein System zur Speicherung elektronischer Patientenakten.⁴³⁴ Spezieller hinsichtlich der Sozialversicherungen lohnt sich der Blick nach Argentinien, Brasilien und Uruguay. Dort gibt es vereinfachte Systeme zur Entrichtung von Steuern und Beiträgen zur Sozialen Sicherheit durch Kleinunternehmen und Selbstständige, an denen die Erwerbstätigen zum Teil freiwillig partizipieren.⁴³⁵ Ihnen wird eine wichtige Bedeutung für die Ausweitung des Sozialversicherungsschutzes in diesen Ländern zugeschrieben.⁴³⁶ Eine einfache administrative Abwicklung ist auch dann wichtig, wenn Versicherungspflichten eingeführt werden, die Erwerbstätigen sich den Systemen also ohnehin nicht legal entziehen können. Je geringer die monetären und nicht-monetären Kosten sind, die mit neuen Verpflichtungen einhergehen, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass Erwerbstätigkeit vollständig oder in die Schattenwirtschaft verdrängt wird.

Aus der Ortsungebundenheit von Cloudwork ergeben sich, wie oben ausgeführt wurde, spezielle Herausforderungen bei der praktischen Ausgestaltung ihres Sozialversicherungsschutzes. Es könnte also nötig sein, nicht nur Erfahrungen aus dem Ausland zu berücksichtigen, sondern internationale Lösungen anzustreben. So schlägt *Weber*⁴³⁷ vor, die soziale Sicherung von Crowdworkern über ein international einheitliches Kontensystem abzuwickeln, zu dem durch die Plattformen ein fixer Prozentsatz der vereinbarten

⁴³² Vgl. OECD 2018, S. 75ff.

⁴³³ Vgl. Berg/Furrers/Harmon/Ranis/Silberman 2018, S. 110.

⁴³⁴ Vgl. Buhr/Frankenberger/Ludewig 2017, S. 4.

⁴³⁵ So genannte „Monotributista“-Systeme.

⁴³⁶ Internationales Arbeitsamt 2011, S. 101.

⁴³⁷ *Weber* 2018.

Vergütung abgeführt und von dort zu den jeweiligen nationalen Sicherungssystemen transferiert wird. Alle weiteren Schritte könnten so innerhalb der bereits bestehenden Strukturen abgewickelt werden, ohne dass die Abwicklung im Einzelnen zwischen Crowdsourcer bzw. Crowdworker und den Sozialversicherungen erfolgen müsste. Ob die Einrichtung eines solchen internationalen Systems realistisch ist, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

3. Zusammenfassende Thesen zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung

1. Der Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV unterscheidet sich zwar von der arbeitsrechtlichen Einordnung als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer (§ 611a BGB), Crowdworker fallen aber in aller Regel nicht unter den sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff. Typischerweise werden weder eine Weisungsbindung noch eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Dienstberechtigten gegeben sein. In den Fällen, in denen **Gigworker** doch als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer eingeordnet werden, obliegen je nach Vertragsgestaltung und gelebter Praxis den Crowdsourcern oder den Plattformen die Arbeitgeberpflichten.

2. In Einzelfällen können Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Selbstständige gem. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen.

3. Auch im Rahmen des Rechts der Sozialversicherung wird diskutiert, ob **Cloudworker** als in Heimarbeit Beschäftigte gem. § 12 Abs. 2 SGB IV qualifiziert werden können. Im sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum wird dies aufgrund der verschiedenen Vergabesysteme abgelehnt. Ob die Sozialgerichtsbarkeit die Unterschiede in den Vergabesystemen von Cloudwork und klassischer Heimarbeit als maßgeblich ansieht, erscheint aber offen. Nicht auszuschließen ist, dass Cloudworker, die für eine längere Dauer über die gleiche Plattform tätig werden, beim Modell des **Indirect Cloudwork** als in Heimarbeit Beschäftigte eingeordnet werden.

4. Die pauschale Einordnung aller Cloudworker als in Heimarbeit Beschäftigte würde allerdings der Grundintention von Plattformen diametral entgegengesetzt wirken und wird daher hier abgelehnt. Während in klassischer Heimarbeit Beschäftigte tendenziell abhängig von einzelnen Auftragsunternehmen waren und daher eventuell schutzbedürftig erschienen, dienen **Direct Cloudwork**-Plattformen der Etablierung von wettbewerblichen Strukturen, die gerade umgekehrt die Abhängigkeit eines Cloudworkers von einzelnen Auftragsunternehmen reduzieren.

5. Crowdworker, die künstlerischen oder publizistischen Tätigkeiten nachgehen, können bereits nach geltendem Recht als Selbstständige durch die Künstlersozialversicherung abgesichert werden. Die Ausdehnung auf Grafik- und Webdesigner würde einer noch weitergehenden Ausdehnung Tür und Tor öffnen. Es bedarf weiterer Überprüfung, ob und inwieweit die gelieferten Begründungen eine solche Ausweitung wirklich rechtfertigen.

6. Eine Möglichkeit freiwilliger Versicherung besteht nur im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung und eingeschränkt in der Arbeitslosenversicherung.
7. In der Kranken- und Pflegeversicherung sind auch Selbstständige regelmäßig kraft Gesetzes versicherungspflichtig, wenn sie keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben und entweder zuletzt gesetzlich kranken-/pflegeversichert waren oder bisher nicht gesetzlich oder privat kranken-/pflegeversichert waren.
8. Eine neue Verpflichtung von noch nicht auf anderem Wege abgesicherten Crowdworkern zur Altersvorsorge kann *de lege ferenda* auf verschiedenen Wegen erfolgen. Schlüssig erscheint insbesondere eine Einbeziehung aller Selbstständigen im Sinne einer verpflichtenden Altersvorsorge bis zum Erreichen von Rentenanwartschaften auf dem Niveau der Grundsicherung. Dabei sollte ein Wahlrecht gewährt werden, ob diese Absicherung durch Mitgliedschaft in einem Versorgungswerk, durch den Abschluss von verwendungs- und pfändungssicheren privaten Rentenversicherungen oder durch Einzahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung erfolgt. Die Altersvorsorge- samt Beitragspflicht sollte dabei allein den selbstständigen Crowdworkern obliegen. Eine Zahlungsverpflichtung der Plattformen wäre nur ausnahmsweise und nur im Bereich des **Indirect Cloudwork** überhaupt diskussionswürdig.
9. Will man nicht so weit gehen, alle Selbstständigen einer Altersvorsorgepflicht zu unterwerfen, bleiben gruppenspezifische Lösungen denkbar. Die Abgrenzung solcher gruppenspezifischen Verpflichtungen erscheint jedoch problembehaftet und könnte daher allenfalls als Zwischenschritt aufgrund politischer Gestaltungsschwierigkeiten akzeptiert werden. Weder der Tatbestand der Arbeitgebereigenschaft (Solo-Selbstständige) noch der Tatbestand der Auftragseinwerbung oder -erledigung mittels digitaler Plattformen (Crowdworker) rechtfertigt für sich genommen die Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft gegenüber der Gefahr einer mangelnden Altersvorsorge Einzelner.
10. Zwischenlösungen in Anlehnung an die Kostenverteilung in der Künstlersozialversicherung stoßen mangels Vergleichbarkeit der Systeme auf Schwierigkeiten.

IV. Der Betriebsbegriff sowie Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung

Die Möglichkeiten zeitlicher und räumlicher Entgrenzung der zu erbringenden Arbeitsleistung durch die digitale Transformation wirken sich intensiv auf die Sozialpartnerschaft in Form der betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentation aus. Die betriebliche Mitbestimmung setzt die Annahme eines „Betriebes“ im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) voraus. Der Definition des Betriebs liegt die Frage zugrunde, nach welchen Parametern der durch den Betriebsrat zu vertretende Kreis der Beschäftigten zu bestimmen ist, damit eine effektive Repräsentation der Arbeitnehmerschaft ermöglicht wird.⁴³⁸ Der Betrieb ist damit „*Bezugsobjekt und Grundlage der arbeitnehmerseitigen Vertretung*“⁴³⁹ zugleich. Aktuell ist zu beobachten, dass die tatsächlichen und sowie begrifflichen Grundlagen aufgrund des technologischen Fortschritts erodieren.⁴⁴⁰

Das Gutachten geht der Frage nach, wie der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff bislang ausgestaltet ist und fragt im Anschluss, ob in Zeiten der digitalen Transformation diesbezüglich gesetzgeberische Anpassungen notwendig werden. Zugleich sollen aus rechtlicher Perspektive die dringendsten Herausforderungen *de lege ferenda* an die Tatbestände der betrieblichen Mitbestimmung und deren Durchsetzungsmöglichkeiten dargestellt werden.

1. Der Betriebsbegriff des BetrVG

Die dem Betriebsverfassungsgesetz zugrundeliegende Vorstellung ist von dem Bild eines klassischen produzierenden Betriebes, z. B. in Form einer Industriefabrik, geprägt. Der Betrieb wurde deshalb zunächst als rein räumlich-sachliche Organisationseinheit verstanden. Das in Bezug auf Ort und Zeit der Arbeitsleistung statische Verständnis des Betriebes verliert in der digitalisierten Arbeitswelt jedoch zunehmend seine Anknüpfungspunkte. Sowohl die zeitliche und räumliche Unabhängigkeit moderner bzw. virtueller Erwerbstätigkeiten als auch der Trend zur Bildung von flexiblen, nicht streng hierarchisch aufgebauten Matrixstrukturen führen zu einer grundsätzlichen „*Entbetrieblichung*“⁴⁴¹ und lassen die Bestimmung des Betriebes als „*Nukleus der Betriebsverfassung*“ immer schwieriger erscheinen.⁴⁴² Darüber hinaus finden sich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer typischerweise zu Einheiten zusammen, die nur für einen kurzen Zeitraum zusammengestellt werden. Eine solche Einheit bleibt aufgrund des Aufwands der Etablierung

⁴³⁸ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 88.

⁴³⁹ Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, 2017, S. 126.

⁴⁴⁰ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 88; Baker McKenzie/Kalbfus, Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 11.

⁴⁴¹ Hanau, NJW 2016, 2613 (2614).

⁴⁴² Preis, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1718.

und der beschränkten Bestandsdauer zumeist ohne Betriebsvertretung.⁴⁴³ Die Volatilität moderner Arbeitsformen erschwert also die Feststellung des Kreises der zu vertretenden Beschäftigten und fordert die Funktionsweise sowie Effektivität der betrieblichen Mitbestimmung in ihren Grundzügen heraus.

Die Beurteilung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs bezüglich Fragen der digitalisierten Arbeitswelt darf bei allem disruptiven Potential des technologischen Fortschritts nicht außer Acht lassen, dass moderne Erwerbsformen zwar immer wichtiger werden, aber auch weiterhin traditionelle Arbeitsstrukturen Berücksichtigung finden müssen.⁴⁴⁴

a) Relevanz des Betriebsbegriffs

Der Betriebsbegriff ist zwar der Ausgangspunkt der betrieblichen Mitbestimmung, gleichwohl verzichtet das BetrVG auf seine Definition. Es setzt ihn vielmehr voraus.⁴⁴⁵ Nach § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG können in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt werden. Die Arbeitnehmereigenschaft richtet sich nach § 5 BetrVG. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind demnach Arbeiterinnen, Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Zugleich sieht das Gesetz in § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG Ausnahmen von der Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft vor. Die Frage nach möglichen Anpassungen in Bezug auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von § 5 BetrVG und damit die Wahlberechtigung wird unter IV. 1. c) erläutert. Wahlberechtigt sind gem. § 7 S. 1 BetrVG grundsätzlich alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben.

Die betriebsbezogene Repräsentation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch Betriebsräte soll vor allem die einheitliche und sachgerechte Wahrnehmung der unterschiedlichen Beteiligungs- und Informationsrechte der §§ 87 ff. BetrVG garantieren.⁴⁴⁶ Dem BetrVG liegt damit in regelungstechnischer Hinsicht die Zielsetzung zugrunde, für einen Ausgleich zwischen den Belangen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie der Beschäftigten durch kollektive Interessenvertretung zu sorgen.⁴⁴⁷ Dies geschieht durch die Beteiligung des Betriebsrats an den die Arbeitnehmerschaft betreffenden Entscheidungen. Die kollektive Repräsentation orientiert sich notwendigerweise an den zu Entscheidungen befugten Leitungsebenen der

⁴⁴³ Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, 2017, S. 128 f.

⁴⁴⁴ Franzen, ZfA 2000, 285 (291); Preis, RdA 2000, 257 (278 f.); Krause, Gutachten B DJT 2016, B 91.

⁴⁴⁵ Vgl. statt aller Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 58 und Richardi/Richardi/Maschmann, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 15.

⁴⁴⁶ GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 26; Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 67; Richardi/Richardi/Maschmann, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 20.

⁴⁴⁷ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 69.

Arbeitgeberseite.⁴⁴⁸ Die Feststellung der zu personellen oder wirtschaftlichen Entscheidungen berechtigten Leitungsmacht erweist sich in modernen Arbeitsstrukturen (z. B. einer unternehmens- oder konzernweiten Matrixorganisation) als zunehmend schwierig, weil die arbeitgeberseitigen Weisungsrechte in volatilen Strukturen oftmals dezentralisiert und auch flexibilisiert werden.⁴⁴⁹

Der Betriebsbegriff wird zugleich auf den weiteren Ebenen der betrieblichen Repräsentation relevant. Gem. § 47 Abs. 1 BetrVG ist ein Gesamtbetriebsrat zu errichten, sofern in einem Unternehmen, d. h. grundsätzlich dem Rechtsträger⁴⁵⁰, mehrere Betriebe mit eigenen Betriebsräten vorhanden sind. Bestehen wiederum innerhalb eines Konzerns mehrere Gesamtbetriebsräte verschiedener Unternehmen, so kann durch Beschluss der einzelnen Gesamtbetriebsräte ein Konzernbetriebsrat errichtet werden. Der Betriebsbegriff ist deshalb auch Organisations- und Ordnungsbegriff, der sich von unten nach oben aufbauenden Mitbestimmungsstruktur.⁴⁵¹

Die Bestimmung des Betriebes als unterster Einheit der Betriebsverfassung ist bei der Wahl des betrieblichen Vertretungsorgans von besonderer Bedeutung. Gem. § 19 BetrVG kann die Wahl des Betriebsrates angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften des Wahlrechts, der Wählbarkeit oder des Wahlverfahrens verstoßen wurde. Von der Anfechtbarkeit ist wiederum die Nichtigkeit, d. h. die ohne gerichtliche Überprüfung – sozusagen automatisch – eintretende Unwirksamkeit, zu unterscheiden. Die Wahl ist nichtig, wenn es in besonderen Ausnahmefällen zu groben Verstößen gegen wesentliche Grundsätze des Wahlrechts kommt, etwa der Wahl eines Betriebsrates für einen nicht unter den Geltungsbereich des BetrVG fallenden Betrieb. Im Übrigen ist die Wahl nur anfechtbar.⁴⁵² Die Verkennung des Betriebsbegriffs führt nach der Rechtsprechung des BAG folgerichtig nur zur Anfechtbarkeit.⁴⁵³ Die Feststellung einer betriebsratsfähigen Einheit als Betrieb im Sinne des BetrVG ist deshalb bereits auf Ebene der Wahl relevant. Im Falle einer die Anfechtung der Wahl berechtigenden Verkennung des Betriebsbegriffs muss dies gem. § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG innerhalb einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an, vor Gericht geltend gemacht werden. Sofern eine Anfechtung nicht erfolgt, können dem Betriebsrat die Beteiligungsrechte nicht mit dem Argument verwehrt werden, er sei nicht auf Grundlage einer betriebsratsfähigen Einheit gewählt worden.⁴⁵⁴ Die Ungewissheiten bezüglich des anzustrebenden Anfechtungsprozesses führen in der Praxis nur zu wenigen Verfahren, so dass die Errichtung des Betriebsrates faktisch abgesichert ist. Zugleich kommt der Tatsacheninstanz bei der Beurteilung des Betriebs als

⁴⁴⁸ Zuletzt etwa BAG v. 23.11.2016 – 7 ABR 3/15, NZA 2017, 1003; *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 71; abl. DKKW/Trümmer, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 49 ff.

⁴⁴⁹ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 89 f.

⁴⁵⁰ Vgl. die eingehende Abgrenzung des Unternehmens vom Betrieb unter IV. 1. b) aa) (3) (a).

⁴⁵¹ *Preis*, RdA 2000, 257 (268).

⁴⁵² Vgl. zuletzt BAG v. 16.1.2018 – 7 ABR 21/16, NZA 2018, 675 (676).

⁴⁵³ BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738 (740).

⁴⁵⁴ BAG v. 27.6.1995 – 1 ABR 62/94, NZA 1996, 164; *Preis*, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1725.

unbestimmtem Rechtsbegriff ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, dessen Würdigung durch das BAG nur auf grundlegende Fehlbeurteilungen überprüft werden darf.⁴⁵⁵

Die Bestimmung einer betriebsratsfähigen Einheit als Betrieb muss wegen der vielfachen Relevanz rechtsicher sowohl moderne als auch klassische Strukturen abdecken, um seiner Funktion als Ausgangspunkt der betrieblichen Mitbestimmung gerecht werden zu können.

b) Der Betriebsbegriff des BetrVG

Das BetrVG definiert den Betriebsbegriff wie bereits ausgeführt nicht. Auch im Zuge der letzten umfassenden Betriebsverfassungsgesetz-Reform im Jahr 2001 verzichtete man nach ausführlicher Diskussion – entgegen ursprünglichen Plänen – auf die Vorgabe eines festen Begriffes, da man die Gefahr sah, dass dieser schon bald aufgrund der fortschreitenden Entwicklung überholt sein könne.⁴⁵⁶

Der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff muss sich mangels einer Legaldefinition am Sinn und Zweck des BetrVG orientieren⁴⁵⁷, das eine einheitliche und sachgerechte Wahrnehmung der Beteiligungsrechte der Beschäftigten an den sie betreffenden betrieblichen Entscheidungen anstrebt.⁴⁵⁸ Dementsprechend sind solche Einheiten als Betrieb zu qualifizieren, innerhalb derer eine sinnvolle Ordnung der Betriebsverfassung und damit eine sachgerechte Betreuung der Belegschaft durch einen Betriebsrat möglich ist.⁴⁵⁹

Das in anderen Rechtsgebieten und Gesetzen entwickelte Begriffsverständnis lässt sich auf dem Gebiet des Betriebsverfassungsrechts nicht ohne weiteres heranziehen.⁴⁶⁰ Das BetrVG zielt ausschließlich auf eine sachgerechte Repräsentation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ab. Das Regelungsanliegen anderer – zum Teil auch arbeitsrechtlicher – Gesetze unterscheidet sich davon deutlich, so dass für das BetrVG zwingend ein eigener Begriffsinhalt zu bestimmen ist.⁴⁶¹ Nach Auffassung des BAG soll jedoch beispielsweise der Betriebsbegriff des BetrVG „im Wesentlichen“ auch im KSchG gelten.⁴⁶²

aa) Definition

(1) Effektivität der Mitbestimmung als Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung

Den Versuchen, den Betrieb als unterste Organisationseinheit des BetrVG zu definieren, liegen zwei verschiedene Bezugspunkte zugrunde, die im Sinne der normzweckorientierten Begriffsbestimmung die

⁴⁵⁵ BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906.

⁴⁵⁶ Begründung des RegE, BT-Drs. 14/5741, 26.

⁴⁵⁷ Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 232; Preis, RdA 2000, 257 (269); GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 26; Henssler, FS Küttner, 2006, S. 479 (480, 485).

⁴⁵⁸ ErfK/Koch, 2019, § 1 BetrVG, Rn. 8; Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 69.

⁴⁵⁹ Henssler, FS Küttner, 2006, S. 479 (481); Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 70.

⁴⁶⁰ GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 26 mwN.; vgl. den möglichen Einfluss des Unionsrechts unter IV. 1. b) aa) (2) (f).

⁴⁶¹ GK-BetrVG/Franzen Bd. I, 2018, § 1 Rn. 26; Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 63; DKKW/Trümmer, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 33.

⁴⁶² BeckOK ArbR/Besgen, 2019, BetrVG, § 1 Rn. 12; BAG v. 19.7.2016 – 2 AZR 468/15, NZA 2016, 1196.

Effektivität der betrieblichen Mitbestimmung sichern sollen. Zum einen soll der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte möglichst arbeitnehmernah wahrnehmen. Ausgehend von der Vorstellung, dass die jeweilige Arbeitsleistung in einem örtlich fest verankerten Betrieb erbracht wird, soll ein möglichst enger (persönlicher) Kontakt zwischen den Belegschaftsmitgliedern und dem sie vertretenden Betriebsrat gewährleistet werden.⁴⁶³ Ein Betrieb muss nach dieser Auffassung überall dort angenommen werden, wo die unmittelbare Vertretung einer homogenen Wählerschaft durch den Betriebsrat als Ansprechpartner gewährleistet ist.⁴⁶⁴ Nur wenn die Mitglieder der Vertretungsorgane und die Vertretenen sich gegenseitig kennen, könne ein für die Interessenvertretung notwendiges Vertrauensverhältnis entstehen⁴⁶⁵ und eine sinnvolle Repräsentation ermöglicht werden. Es wird also auf die sog. „Arbeitnehmernähe“ des zu bildenden Betriebsrates abgestellt. Als weiteren Bezugspunkt ist auf die sog. „Entscheidungsnähe“ abzustellen. Zur Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen bei mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen soll sich der Betriebsrat an der personellen Leitungsmacht auf Arbeitgeberseite orientieren. Nur wenn der Ansprechpartner in der Nähe verfügbar sei, ließe sich eine effektive Interessenvertretung realisieren. Das Prinzip der sog. „Entscheidungsnähe“ soll also die sachgerechte Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen auf Augenhöhe mit der Leitungsmacht gewährleisten.⁴⁶⁶

Das System des BetrVG behandelt in der Grundannahme beide Bezugspunkte als gleichwertig. Ersichtlich wird dies u.a. anhand des § 4 BetrVG. Ein Betriebsteil kann demnach als selbstständiger Betrieb gelten, wenn er gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG entweder weit entfernt vom Hauptbetrieb liegt (Gewährung der Arbeitnehmernähe) oder gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG in Aufgabenbereich und Organisation (Gewährung der Entscheidungsnähe) eigenständig ist.⁴⁶⁷ Grundsätzlich führt die Orientierung an der Arbeitnehmernähe eher zu der Annahme kleinerer Betriebe, wogegen die Entscheidungsnähe zu größeren Einheiten führen kann.⁴⁶⁸

Die gegensätzlichen Prinzipien der Arbeitnehmer- und Entscheidungsnähe sind damit die beiden zentralen Pole, zwischen denen die Festlegung eines Betriebs zu erfolgen hat.⁴⁶⁹ Fallen in einer Betriebsstätte beide Aspekte zusammen, liegt unproblematisch ein selbstständiger Betrieb vor.⁴⁷⁰ Im Zuge der Transformation der Arbeitswelt durch digitale Prozesse stehen beide Grundprinzipien allerdings unter starkem Veränderungsdruck. Die räumliche und zeitliche Entgrenzung der Arbeitsleistung führt automatisch zu einer

⁴⁶³ So bereits *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479 (481 f.).

⁴⁶⁴ *DKKW/Trümner*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 53 ff.

⁴⁶⁵ *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479 (481).

⁴⁶⁶ *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479 (482); *Arnold/Günther/Benecke*, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 261; *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 91; *Günther/Boglmüller*, NZA 2015, 1025 (1027).

⁴⁶⁷ *Franzen*, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 112.

⁴⁶⁸ *Franzen*, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 112.

⁴⁶⁹ *GK-BetrVG/Franzen*, Bd. I, 2018, § 4 Rn. 3; *Günther/Boglmüller*, NZA 2015, 1025 (1027).

⁴⁷⁰ *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479 (482).

abnehmenden (persönlichen) Arbeitnehmernähe.⁴⁷¹ Insbesondere der Betrieb als örtlicher Anknüpfungspunkt rückt durch die technischen Möglichkeiten in Kommunikation und Datenaustausch zunehmend in den Hintergrund, so dass eine Rückbesinnung auf die Arbeitnehmernähe nicht zielführend ist.⁴⁷² Darüber hinaus lässt sich in modernen Arbeitsstrukturen der Trend erkennen, dass die Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers dezentralisiert und flexibilisiert bzw. aufgeteilt wird (z. B. in Matrixstrukturen, dazu unter IV. 1. b) cc)), so dass die Annahme einer zentralen Leitungsmacht für eine dauerhafte Organisationseinheit und damit die Bestimmung der Entscheidungsnähe schwieriger wird.⁴⁷³

Moderne Arbeitsstrukturen führen in der Grundannahme dazu, dass die aus dem traditionellen Betriebsverständnis resultierenden Bezugspunkte an Bedeutung verlieren.⁴⁷⁴ Zugleich steigt das Spannungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Entscheidungsnähe, sofern es zu vermehrten Abweichungen vom gesetzlichen Regelfall kommt.⁴⁷⁵

(2) Unterschiedliche Definitionen des Betriebsbegriffs

(a) Definition der herrschenden Meinung und des BAG

Die geläufigste Definition des Betriebsbegriffes des BetrVG geht in ihren Grundzügen auf einen Beitrag *Erwin Jacobis* aus dem Jahr 1926 zurück.⁴⁷⁶ Sie wurde in der im Anschluss geführten wissenschaftlichen Diskussion nur geringfügig angepasst und erweitert. Demnach ist ein Betrieb

„die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes“.

In der Folgezeit wurde die Definition *Jacobis* durch *Hueck* zu einer Lehrbuchdefinition fortentwickelt⁴⁷⁷ und später allgemein als Grundlage des Betriebsverständnisses akzeptiert, so dass sich die Annahme verbreitete, es gebe einen dem Gesetz vorgegebenen allgemeinen Betriebsbegriff, der auch dem BetrVG zugrunde liege.⁴⁷⁸ Das BAG übernahm zunächst die Grundlagen der Definition *Jacobis* und *Huecks* in die ständige Rechtsprechung und definiert noch heute

⁴⁷¹ Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 260 f.

⁴⁷² Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 260, unter Verweis auf *Gamillscheg*, AuR 2001, 411 (413).

⁴⁷³ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 91 f.

⁴⁷⁴ So auch die Feststellung bei Krause, Gutachten B DJT 2016, B 89 f.

⁴⁷⁵ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 76 mwN.

⁴⁷⁶ *Jacobi*, FS Ehrenberg 1927, S. 1 (9); *ders.*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 286; historisch noch weiter differenzierend DKKW/Trümmer, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 40.

⁴⁷⁷ Hueck, Arbeitsrecht Band I, 1963, S. 93.

⁴⁷⁸ Ausführlich dazu insbesondere Preis, RdA 2000, 257 (258) sowie DKKW/Trümmer, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 40 f.

*„als Betrieb i. S. des Betriebsverfassungsgesetzes ist die organisatorische Einheit anzusehen, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt“.*⁴⁷⁹

Nach Ansicht des BAG liegt eine organisatorische Einheit vor, wenn

*„die in der Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt und die menschliche Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden.“*⁴⁸⁰.

Die so vorgenommene abstrakte Begriffsbildung wurde vor allem durch die Schrift von Joost⁴⁸¹ in Frage gestellt. Joost plädierte in Bezug auf das BetrVG für einen am Sinn und Zweck des BetrVG orientierten Betriebsbegriff.⁴⁸² Der Betriebsbegriff sei nicht allgemein vorgegeben, sondern müsse danach bestimmt werden, wie eine effektive Vertretung der arbeitnehmerseitigen Belange erreicht werden könne.⁴⁸³ Eine teleologische Begriffsbildung ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit und wird im jüngeren Schrifttum dementsprechend auch nicht mehr in Frage gestellt.⁴⁸⁴ Eher theoretischer Natur ist der verbliebene Meinungsstreit, ob es sich bei der von der Rechtsprechung verwendeten Definition um eine weiterhin am allgemeinen Begriff im Sinne einer „Leerformel“⁴⁸⁵ festhaltende⁴⁸⁶ oder um eine teleologische Vorgehensweise⁴⁸⁷ handelt. Unabhängig von der Bewertung der Sachgerechtigkeit der von der Rechtsprechung angelegten Maßstäbe⁴⁸⁸ ist festzuhalten, dass sie jedenfalls in der Sache einer teleologischen Auslegung folgt.⁴⁸⁹

Das Verständnis und Rangverhältnis der unterschiedlichen Merkmale des Betriebsbegriffes rücken für die Bewertung einer betriebsratsfähigen Organisationseinheit in den Vordergrund. Es sollen deshalb zunächst die Merkmale und ihr Rangverhältnis zueinander dargestellt werden, um im Anschluss ausgehend von einem einheitlichen Verständnis auf alternative Definitionsmodelle eingehen zu können.

(b) Merkmale des herrschenden Betriebsbegriffs

Zur Abgrenzung des Betriebes als Organisationseinheit sind folgende Merkmale relevant.

⁴⁷⁹ Vgl. die Aufzählung bei GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 28.

⁴⁸⁰ Vgl. exemplarisch nur BAG v. 23.11.2016 – 7 ABR 3/15, NZA 2017, 1003; BAG v. 17.1.2007 – 7 ABR 63/05, NZA 2007, 703.

⁴⁸¹ Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988.

⁴⁸² Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 398 f.

⁴⁸³ Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 236.

⁴⁸⁴ Vgl. Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 68; im Ergebnis auch Preis, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1723.

⁴⁸⁵ Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 110.

⁴⁸⁶ Preis, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1718; ders., RdA 2000, 257 (258).

⁴⁸⁷ Vgl. insbesondere Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 63.

⁴⁸⁸ DKKW/Trümner, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 58.

⁴⁸⁹ Preis, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1718; so auch bereits BAG v. 1.2.1963 – 1 ABR 1/62, NJW 1963, 1325.

(aa) Einheitlicher Rechtsträger

Der Betrieb muss einer einheitlichen Inhaberin oder einem einheitlichen Inhaber zugeordnet werden können. Dies kann eine natürliche oder juristische Personen oder auch eine Personengesamtheit sein.⁴⁹⁰ Die Sonderform des gemeinsamen Betriebes zweier unterschiedlicher Unternehmen gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG wird unter IV. 1. b) aa) (3) (c) erläutert.

(bb) Arbeitstechnischer Zweck

Es muss mit Hilfe der zur Verfügung stehenden Betriebsmittel ein arbeitstechnischer Zweck fortgesetzt verfolgt werden.⁴⁹¹ Die Art des verfolgten Zwecks (Produktion, Vertrieb usw.) ist unerheblich.⁴⁹² Es können in einem einheitlichen Betrieb mehrere arbeitstechnische Zwecke nebeneinander verfolgt werden, sofern diese auf einen Gesamtzweck innerhalb der Organisation gerichtet sind.⁴⁹³ Unerheblich ist, warum der arbeitstechnische Zweck verfolgt wird, er darf sich jedoch nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpfen.⁴⁹⁴ Das Kriterium des arbeitstechnischen Zwecks dient der Abgrenzung des Betriebs vom Unternehmen.⁴⁹⁵ Sofern Unternehmen und Betrieb auseinanderfallen, der Betrieb also relativ verselbstständiger Teil des Unternehmens ist,⁴⁹⁶ dient das Unternehmen regelmäßig einem wirtschaftlichen Zweck.⁴⁹⁷ Das Merkmal des arbeitstechnischen Zwecks kann hingegen regelmäßig nicht für die Abgrenzung eines Betriebes von einem Betriebsteil herangezogen werden.⁴⁹⁸

Das Kriterium des arbeitstechnischen Zwecks kann gerade in Bezug auf digitalisierte Arbeitsweisen nützlich gemacht werden. Die Arbeitsleistung kann in zeitlicher und räumlicher Diskontinuität erbracht werden, jedoch liegt insgesamt ein einheitlicher Zweck zugrunde.⁴⁹⁹

(cc) Organisatorische Einheit

Entscheidendes Kriterium in der Rechtsprechung des BAG und den Stimmen der herrschenden Meinung ist entsprechend dem Grundprinzip der „Entscheidungsnahe“ die Existenz einer organisatorischen Einheit. Hauptsächlich wird dabei auf einen einheitlichen Leitungsapparat in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten abgestellt.⁵⁰⁰

⁴⁹⁰ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 68.

⁴⁹¹ BeckOK ArbR/*Besgen*, 2019, BetrVG, § 1 Rn. 18.

⁴⁹² *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 69.

⁴⁹³ BAG v. 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, NZA 1989, 190; GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 38; Arnold/*Günther/Benecke*, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 259; *Wisskirchen/Block*, NZA-Beilage, 2017, 90 (91).

⁴⁹⁴ BAG v. 17.2.1981 – 1 ABR 101/78, NJW 1981, 2716; aA DKKW/*Trümner*, 2018, BetrVG, § 1 Rn. 42.

⁴⁹⁵ *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 25.

⁴⁹⁶ Ausführlich unter IV. 1. b) aa) (3) (a).

⁴⁹⁷ *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 18.

⁴⁹⁸ *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 25.

⁴⁹⁹ Vgl. *Thüsing*, SR 2016, 87 (102 f.); *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 163.

⁵⁰⁰ Vgl. etwa *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 71; *Benecke*, Unternehmen 4.0, 2018, S. 30 mwN.

Die Leitungsmacht muss eingesetzt werden, um die in einer Arbeitsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel einzusetzen und den Einsatz der menschlichen Arbeitskraft zu steuern.⁵⁰¹ Es kommt zur Begriffskonstitution darauf an, ob in der Betriebsstätte die typischen mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen – über Arbeitsbedingungen und Organisations- oder Personalfragen – getroffen werden.⁵⁰² Dem einheitlichen Leitungsapparat müssen nicht alle betriebsverfassungsrechtlich relevanten Kompetenzen in Bezug auf die Beziehung zu den Belegschaftsmitgliedern zustehen, insbesondere ist die absolute Entscheidungsgewalt in wirtschaftlichen Angelegenheiten nicht erforderlich.⁵⁰³ Dem einheitlichen Leitungsapparat muss der Kern der Entscheidungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten zustehen.⁵⁰⁴ Nicht relevant ist, ob die personellen und sozialen Entscheidungen nach Richtlinien einer Zentrale zu treffen sind, solange diese Richtlinien nicht in die von der örtlichen Leitungsebene zu treffende Einzelfallentscheidung eingreifen, sondern empfehlenden Charakter haben.⁵⁰⁵ Eine einheitliche technische Leitung kann aufgrund der zunehmenden fachlichen Spezialisierung nicht gefordert werden, jedenfalls können aber mehrere arbeitstechnische Zwecke unter einer einheitlichen Betriebsleitung zusammengefasst werden.⁵⁰⁶

Das Kriterium einer einheitlichen Leitung stellt wie dargelegt in erster Linie auf das Grundprinzip der „Entscheidungsnahe“ des Betriebsrates ab.⁵⁰⁷ Das Vorliegen eines Betriebs wird naturgemäß von der Organisation der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers beeinflusst. Die Abhängigkeit des Betriebes von der seitens des Unternehmensträgers gewählten Organisationsform wird vereinzelt kritisiert. Bemängelt wird, dass der einheitlichen Leitung als notwendigem Merkmal der organisatorischen Einheit in der Rechtsprechung des BAG eine nicht gerechtfertigte Betonung zuteilwerde.⁵⁰⁸ Die Notwendigkeit eines einheitlichen Ansprechpartners erleichtere zwar das Funktionieren der Mitbestimmung, ist nach dieser Ansicht hingegen nicht begriffskonstituierend. Die Kritik an der Rechtsprechung überzeugt nicht. Sie übersieht, dass die Organisation des Betriebes Teil der verfassungsrechtlich durch Art. 12, 14 GG geschützten Unternehmerfreiheit ist. Diese unternehmerische Organisationsfreiheit wird nicht durch (zudem unklare) Idealvorstellungen des Betriebsverfassungsgesetzes eingeschränkt. Über die Zweckmäßigkeit in organisationsrechtlicher Hinsicht entscheiden die Unternehmensträger allein.⁵⁰⁹

⁵⁰¹ Vgl. nur BAG v. 17.1.2007 – 7 ABR 63/05, NZA 2007, 703 (705); *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 71.

⁵⁰² BAG v. 2.3.2017 – 2 AZR 427/16, NZA 2017, 859 (860): „Entscheidend ist, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird.“; BAG v. 29.1.1987 – 6 ABR 23/85, NZA 1987, 707.

⁵⁰³ ErfK/Koch, 2019, § 1 BetrVG Rn. 10; BAG v. 29.1.1987 – 6 ABR 23/85, NZA 1987, 707.

⁵⁰⁴ Vgl. BAG v. 23.3.1984 – 7 AZR 515/82, NZA 1984, 88; GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 43 mwN; *Wisskirchen/Block*, NZA-Beilage 2017, 90 (91).

⁵⁰⁵ GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 43; *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479 (486).

⁵⁰⁶ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 73; GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 39; aA *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 27.

⁵⁰⁷ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 88.

⁵⁰⁸ *DKKW/Trümner*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 54; so auch *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Däubler*, ArbR, 2017, Einl. Rn. 78 ff.

⁵⁰⁹ GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 43; *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 30.

Mit dem Abstellen auf einen einheitlichen Leitungsapparat wird ganz im Sinne des Normzwecks⁵¹⁰ erreicht, dass die Interessenvertretung genau dort gebildet wird, wo sie benötigt wird, nämlich dort, wo die wesentlichen Entscheidungen getroffen werden.⁵¹¹ Fehlt ein einheitlicher Leitungsapparat, kann die Arbeitsstätte nur Teil ein Betriebs, nicht aber selbst Betrieb sein, da der dort installierte Betriebsrat keinen geeigneten Ansprechpartner hätte.⁵¹² Die Einteilung der Aufgaben des Betriebsrats in arbeitgeberbezogene (Wahrnehmung der Mitbestimmung usw.) und arbeitnehmerbezogene (Sprechstunden usw.) Aufgaben verdeutlicht, dass erst die Orientierung am Leitungsapparat die Erfüllung beider Aufgaben ermöglicht. Im umgekehrten Fall einer Orientierung an der Belegschaft würde dieses wichtige Ziel verfehlt.

Das Kriterium des einheitlichen Leitungsapparats ist lediglich ein relatives Unterscheidungsmerkmal.⁵¹³ Fehlt er, liegt jedenfalls kein eigenständiger Betrieb vor. Eine positive Feststellung ist dagegen erst unter Heranziehung weiterer Merkmale möglich.⁵¹⁴

(dd) Räumliche Einheit

Die räumliche Einheit bzw. die Nähe einer Betriebsstätte ist keine notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Betriebes, spricht aber indiziell für einen einheitlichen Betrieb.⁵¹⁵ Das Erfordernis einer räumlichen Einheit geht mit der Wahrung des Grundprinzips der „Arbeitnehmernähe“ einher, da im räumlich festen Betrieb der persönliche Kontakt zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und deren gewählten Vertreterinnen und Vertretern gefördert wird.⁵¹⁶ Das Fehlen einer räumlichen Einheit steht allerdings nicht generell der Annahme eines einheitlichen Betriebes entgegen, sondern hat nur indizielle Wirkung. Insbesondere bei nicht standortgebundenen Tätigkeiten (z. B. im Außendienst) ist das Kriterium der räumlichen Einheit nicht entscheidend. Insgesamt wird der räumlichen Einheit – wegen der immer weniger standortgebundenen Arbeitsweise – zu Recht nur noch wenig Aussagekraft beigemessen.⁵¹⁷

Die früher im Schrifttum geforderte „räumliche Verbundenheit“ ist als Kriterium jedenfalls heute überholt.⁵¹⁸ Schon aus § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG wird ersichtlich, dass die räumliche Nähe bei bestehender Eigenständigkeit für die Annahme eines Betriebes nicht allgemein konstituierend ist.⁵¹⁹ Hinzu kommt, dass das Konzept einer standortgebundenen Tätigkeit in der modernen Arbeitswelt an Bedeutung verliert. Es erscheint vor diesem Hintergrund als paradox – gerade in Zeiten der digitalen Möglichkeiten – auf ein rein

⁵¹⁰ *Thüsing*, SR 2016, 87 (103).

⁵¹¹ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 72; BeckOK ArbR/*Besgen*, 2019, BetrVG, § 1 Rn. 16.

⁵¹² Insbesondere ErfK/*Koch*, 2019, § 1 BetrVG Rn. 10; *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 91.

⁵¹³ *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 31.

⁵¹⁴ *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 31.

⁵¹⁵ BAG v. 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, NZA 1987, 70; *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 74; GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 40; *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 32; *Preis*, RdA 2000, 257 (269), *Thüsing*, SR 2016, 87 (103).

⁵¹⁶ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 74.

⁵¹⁷ ErfK/*Koch*, 2019, § 1 BetrVG Rn. 11; *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 129; zur Kritik daran *Gamillscheg*, ZfA 1975, 357 (399); *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 241 ff.

⁵¹⁸ *Gamillscheg*, ZfA 1975, 357 (399); *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 241 ff.

⁵¹⁹ *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 33 ff.

analoges Kriterium abstellen zu wollen. Die interessengerechte Vertretung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist aufgrund moderner Kommunikationsformen nicht davon abhängig, dass diese zwingend örtlich zusammenarbeiten.⁵²⁰ Diese Argumentation wird auch durch § 5 Abs. 1 S. 1 a.E. BetrVG gestützt werden, der keine Anwesenheit, sondern nur die Eingliederung in die Betriebsstätte fordert. Es genügt also eine Verbindung zwischen den Belegschaftsmitgliedern, die sich auch in einer reinen digitalen Zusammenarbeit ausdrücken kann.⁵²¹

(ee) Dauer

Die betriebliche Organisation muss auf gewisse Dauer angelegt sein. Einer längeren oder gar unbestimmten Zeitspanne bedarf es nicht, so dass auch Kampagnenbetriebe oder Saisonbetriebe betriebsratsfähige Einheiten im Sinne des BetrVG sein können.⁵²² Im Zuge der Verflüchtigung von Unternehmensstrukturen durch flexible Arbeitsweisen rückt die bereits beim Arbeitnehmerbegriff diskutierte Frage, ab welchem Zeitabschnitt eine für eine „gewisse“ Dauer fortgesetzte Tätigkeit angenommen werden kann, damit auch im Betriebsverfassungsrecht in den Vordergrund.⁵²³ Im Sinne der teleologischen Auslegung des Betriebsbegriffs ist bei fluiden Strukturen – z. B. bei Projektgruppen – zu prüfen, ob die Tätigkeit eines „eigenen“ Betriebsrats wirklich sinnvoll ist.⁵²⁴ Es erscheint wenig zielführend, **Crowdworker** nach unscharfen Kriterien den Betrieben der einzelnen **Crowdsourcer** zuzuordnen. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, unter welchen Voraussetzungen Crowdworkern ein betriebliches Wahl- und Mitbestimmungsrecht **im Betrieb der Plattform** zustehen soll (dazu noch Abschnitt c) und d)).

(ff) Vorhandensein von Betriebsmitteln

Der Betriebsinhaber muss über alle zur Erfüllung des arbeitstechnischen Zwecks erforderlichen Betriebsmittel sächlicher und immaterieller Art tatsächlich verfügen können.⁵²⁵ Da es arbeitstechnische Zwecke gibt, die keinerlei Betriebsmittel erfordern, handelt es sich nicht um ein Begriffserfordernis, sondern lediglich um ein (schwaches) Indiz.⁵²⁶

⁵²⁰ Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 259; Thüsing, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 43.

⁵²¹ Thüsing, SR 2016, 87 (103); Wisskirchen/Block, NZA-Beilage 2017, 90 (91).

⁵²² Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 77; BeckOK ArbR/Besgen, 2019, BetrVG, § 1 Rn. 24.

⁵²³ Vgl. dazu auch unter IV. 1. e) bb).

⁵²⁴ Vgl. Benecke, Unternehmen 4.0, 2018, S. 30 und die Ausführungen zur betrieblichen Interessengemeinschaft unter IV. 1. b) aa) (3) (a).

⁵²⁵ BeckOK ArbR/Besgen, 2019, BetrVG, § 1 Rn. 20.

⁵²⁶ Dargestellt am Beispiel einer Pantomimengruppe bei Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 233; vgl. auch Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Däubler, ArbR, 2017, Einl. Rn. 77.

(gg) Einheitliche Belegschaft

Als weitgehend unbrauchbar erweist sich das Kriterium der einheitlichen Belegschaft.⁵²⁷ Die Rechtsfrage, ob ein Betrieb im Sinne des BetrVG vorliegt, kann nicht von dem – im Übrigen wohl kaum sicher festzustellenden – Zusammengehörigkeitsgefühl der Belegschaft abhängig gemacht werden.⁵²⁸ Dass Alternativkonzepte, die sich in erster Linie auf die Intensität und Häufigkeit der Kooperation zwischen den einzelnen Beschäftigten beziehen⁵²⁹, ein Mehr an Rechtssicherheit und gerichtlicher Feststellbarkeit bringen, muss bezweifelt werden.

(hh) Zusammenfassende Stellungnahme

Der in Doktrin und Praxis vorherrschende Betriebsbegriff stellt sich nicht (mehr) als rein abstrakte Begriffsbildung dar. Die aufgezeigten Merkmale unterliegen einer teleologischen Auslegung. Insgesamt ist ein Bemühen nach vollständiger Gewährleistung der Effektivität der betrieblichen Mitbestimmung erkennbar. Die einzelnen Merkmale des herrschenden Betriebsbegriffs bedürfen in ihrem Zusammenspiel einer abwägenden Gesamtbetrachtung. Ein konstitutiver Charakter kommt ihnen nicht zu. Die Abwägung scheitert auch nicht am Fehlen fester Kriterien.⁵³⁰ Wie dargestellt kommt dem Kriterium der einheitlichen Leitungsorganisation überragende Bedeutung zu. Andere Merkmale haben demgegenüber meist nur individuelle Bedeutung. Der aktuelle Betriebsbegriff knüpft insbesondere nicht automatisch an einer räumlichen Einheit an, sondern umschreibt einen „*sozialen Raum, in dem die Handlungs- und Einwirkungsmöglichkeiten des Arbeitsgebers dem Einfluss des Betriebsrats als Vertreter der Arbeitnehmerinteressen ausgesetzt werden sollen*“.⁵³¹ Sofern in modernen Strukturen zwar ein einheitlicher Leitungsapparat nicht eindeutig bestimmt werden kann, auf Arbeitnehmerseite jedoch eine homogene Wählerschaft auftritt, muss die soziale Verbundenheit der Belegschaft verstärkt in die Abwägung der Merkmale einfließen.⁵³²

Moderne flexible Unternehmensstrukturen lassen sich nur anhand einer begrifflich flexiblen Handhabung erfassen.⁵³³ Gerade die zunehmend schwierige Feststellbarkeit der „Entscheidungs- und Arbeitnehmernähe“ erfordert eine flexible Auslegung des Betriebsbegriffs. Bei der Beurteilung, ob eine Organisationseinheit als Betrieb anzusehen ist, muss ergänzend zu dem genannten Kriterienkatalog stets im Sinne einer

⁵²⁷ GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 41; aA DKKW/*Trümmer*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 87; *Kohte*, RdA 1992, 302 (310).

⁵²⁸ GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 41.

⁵²⁹ *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Däubler*, ArbR, 2017, Einl. Rn. 84.

⁵³⁰ So allerdings DKKW/*Trümmer*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 72.

⁵³¹ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 89.

⁵³² *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 92.

⁵³³ *Preis*, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1724.

Kontrollüberlegung geprüft werden, ob den beiden Aspekten der Arbeitnehmernähe und Entscheidungsnähe ausreichend Rechnung getragen wird.⁵³⁴ Insgesamt lässt sich feststellen, dass der derzeit herrschende Betriebsbegriff bei korrekter Anwendung einem „digitalen“ Betrieb nicht entgegensteht.⁵³⁵

(c) Definition nach *Preis/Henssler*

Der Diskussionsentwurf zu einem zusammengefassten Arbeitsvertragsgesetz aus dem Jahr 2006 definierte den Betrieb allgemein als

*„der einheitlich organisierte Tätigkeitsbereich eines oder mehrerer Unternehmen, in dem die Umsetzung einer unternehmerischen Zielsetzung unter einheitlicher Leitung in personellen Angelegenheiten erfolgt“.*⁵³⁶

Diese Definition lässt sich auch auf das BetrVG übertragen, sofern es sich „um die personelle oder technische oder organisatorische Umsetzung“ der unternehmerischen Zielsetzung handelt.⁵³⁷ Ein im Verhältnis zur herrschenden Definition etwas offener gehaltenes Begriffsverständnis ermöglicht eine repräsentationsnahe und effektive Interessenvertretung.⁵³⁸

(d) Typologischer Ansatz nach *Fromen*

Sofern die hier geforderte wertende Gesamtbetrachtung aller Begriffsmerkmale vorgenommen wird, ergeben sich keine nennenswerten Unterschiede zu dem typologischen Ansatz von *Fromen*.⁵³⁹ Danach soll der Typus des Betriebs erfüllt sein, wenn die typischen Merkmale in einer solchen Zahl und Ausprägung vorliegen, dass der Sachverhalt bei einer Gesamtbetrachtung aller Merkmale dem Typus entspricht.⁵⁴⁰ Diese Merkmale sind die Identität des Inhabers, der Leitung, der räumliche Zusammenhang, die soziale Verbundenheit, die gemeinsame Nutzung der personellen, sachlichen und immateriellen Betriebsmittel und eine Verknüpfung der Arbeitsabläufe in personeller, technischer und organisatorischer Hinsicht. Die geringen Unterschiede zwischen den Ansätzen zeigen sich daran, dass in der Literatur der Ansatz des BAG teils als teleologische⁵⁴¹, teils als typologische⁵⁴² Abgrenzung verstanden wird.

⁵³⁴ *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479, 482.

⁵³⁵ So auch *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 92; *Thüsing*, SR 2016, 87 (103); *Seifert*, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 20; aA *Günther/Boglmüller*, NZA 2015, 1025 (1027); *Arnold/Günther/Benecke*, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 259.

⁵³⁶ *Henssler/Preis*, Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, § 3 Abs. 2, 2006.

⁵³⁷ *Preis*, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1722.

⁵³⁸ *Preis*, Kollektives Arbeitsrecht, 2017, Rn. 1722.

⁵³⁹ *Fromen*, FS Gaul, 1992, S. 151 (172 f.).

⁵⁴⁰ *Fromen*, FS Gaul, 1992, S. 151 (174).

⁵⁴¹ So etwa *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 63.

⁵⁴² So etwa *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 32.

(e) Definition des DGB aus dem Jahr 1998

Im Zuge der betriebsverfassungsrechtlichen Reformüberlegungen um die Jahrtausendwende schlug der DGB folgende Definition des Betriebsbegriffs vor:

„Als Betrieb gilt grundsätzlich der auf räumlicher Verbundenheit von Arbeitsplätzen oder Arbeitsstätten, sozialer Verbundenheit sowie insbesondere miteinander verknüpften Arbeitsabläufen beruhende Tätigkeitszusammenhang von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Räumliche Verbundenheit liegt auch dann vor, wenn die Kommunikation oder der Tätigkeitszusammenhang gemäß Satz 1 zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und/oder Arbeitgeber gewährleistet ist und bei wertender Gesamtbetrachtung räumlich-geographischer Nähe hinter die übrigen Merkmale zurücktritt.“⁵⁴³

Die Definition verzichtete gänzlich auf das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparats und konnte schon mangels Praxistauglichkeit nicht überzeugen.⁵⁴⁴ Die in dieser Definition angedeutete Ergänzung des Betriebsbegriffs um eine Bestimmung für digitalisierte Zusammenarbeit kann ebenfalls nicht befürwortet werden.⁵⁴⁵ Der Erkenntnisgewinn einer solchen Klarstellung wäre aufgrund der ganz unterschiedlichen Ausprägungen moderner Zusammenarbeit minimal, eine Regelung damit letztlich überflüssig.⁵⁴⁶

(f) Übertragbarkeit des europarechtlichen Betriebsbegriffs

Die Begriffsbestimmung könnte im Hinblick auf mögliche europarechtliche Einflüsse zu modifizieren sein. Die Richtlinie 98/59/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen (sog. Massenentlassungsrichtlinie) bestimmt in Art. 1 Abs. 1 den „Betrieb“ als Anknüpfungspunkt für mögliche Massenentlassungen. Diese Massenentlassungsrichtlinie hat der deutsche Gesetzgeber in § 17 des KSchG umgesetzt. Nach gefestigter Rechtsprechung des BAG entsprach der Betriebsbegriff des § 17 Abs. 1 KSchG bis zur Umsetzung des Unionsrechts grundsätzlich dem der §§ 1, 4 BetrVG.⁵⁴⁷

Den Betriebsbegriff des § 17 KSchG konkretisierte der EuGH in richtlinienkonformer Auslegung in einem Urteil aus dem Jahr 2015.⁵⁴⁸ Die Richtlinie lässt nach Auffassung des EuGH die Annahme von „Einheiten“ zu. Die Kriterien zur Bestimmung einer Einheit sind das Vorhandensein einer Leitung, die Unterscheidbarkeit, eine gewisse Dauerhaftigkeit und Stabilität, die Bestimmung zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben, die Gesamtheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und das Vorhandensein

⁵⁴³ DGB, Neue Betriebsverfassung, 1998, S. 1; zitiert nach *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 130, Fn. 419.

⁵⁴⁴ Vgl. im Übrigen *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 130 f.; *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 63.

⁵⁴⁵ Der Vorschlag basiert auf BT-Drs. 13/11004, S. 58 f.

⁵⁴⁶ So bereits *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 92.

⁵⁴⁷ Vgl. etwa BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, NZA 2012, 1029; *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2015, 853 (854).

⁵⁴⁸ EuGH v. 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601.

von technischen Mitteln und einer organisatorischen Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben.⁵⁴⁹ Die Kriterien decken sich weitestgehend mit den dargestellten Merkmalen des herrschenden deutschen Betriebsbegriffs.⁵⁵⁰

Inwieweit im Einzelfall Unterschiede zwischen „Betrieben“ und „Einheiten“ bestehen können, bedarf vorliegend keiner weiteren Erörterung.⁵⁵¹ Der in richtlinienkonformer Auslegung zu beachtende Kriterienkatalog des § 17 Abs. 1 KSchG lässt sich nämlich nicht auf die Begriffsbestimmung des BetrVG übertragen. Der Betriebsbegriff des BetrVG hat sich am Sinn und Zweck der betrieblichen Repräsentation zu orientieren. Er muss Antwort auf die Frage geben, an welchem Ort bzw. auf welcher Ebene in einem Unternehmen eine sachgerechte Betreuung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat möglich ist. Der Massenentlassungsrichtlinie liegen dagegen arbeitsmarktpolitische Ziele zugrunde.⁵⁵² Den Behörden soll eine rechtzeitige Reaktion auf die Massenentlassung und die Vermittlung der betroffenen Beschäftigten ermöglicht werden. Auf die Zusammenfassung zu einer homogenen Wählerschaft, die wiederum effektiv durch einen Betriebsrat vertreten werden kann, kommt es nach dem Regelungsanliegen dagegen nicht an.

Festzuhalten ist, dass die europarechtlich vorgegebenen Grundsätze zur Definition eines Betriebs im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie – trotz weitgehend deckungsgleicher Kriterien – nicht auf die Begriffsbestimmung des BetrVG übertragen werden kann.⁵⁵³

(g) Betriebliche Interessengemeinschaft

In der Literatur finden sich Vorschläge, sich bei der Begriffsbestimmung an dem Modell einer betrieblichen Interessengemeinschaft zu orientieren.⁵⁵⁴ Es handelt sich dabei nicht primär um den Vorschlag einer abschließenden Definition, sondern um die Klarstellung der zu beachtenden Interessen und soll vorliegend zwecks Sachzusammenhangs aufgenommen werden. Zurückgehend auf einen Vorschlag von *Gamillscheg*⁵⁵⁵ soll sich die Bestimmung einer betriebsratsfähigen Einheit unter Loslösung von den herrschenden Kriterien daran orientieren, ob die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gesichert werden. Der Ansatz besagt grundsätzlich, dass ein Betriebsrat dort gebildet werden müsse, wo eine breite Schnittmenge zwischen den Interessen der Arbeitnehmerschaft herrsche. Falls eine solche Interessengemeinschaft vorliege und zugleich eine sachgerechte Wahrnehmung der Beteiligungsrechte durch einen Betriebsrat gewährleistet werden könne, so müsse in flexibler Auslegung eine organisatorische Einheit

⁵⁴⁹ *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2015, 853 (855).

⁵⁵⁰ *Maschmann*, EuZA 2015, 488 (495).

⁵⁵¹ Vgl. dafür *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2015, 853 (855 ff.).

⁵⁵² BeckOK ArbR/*Volkening*, 2019, KSchG, § 17 Rn. 1.

⁵⁵³ Zustimmend GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 26.

⁵⁵⁴ Vgl. *Arnold/Günther/Benecke*, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 262.

⁵⁵⁵ *Gamillscheg*, AuR 2001, 411 (413 ff.).

angenommen werden.⁵⁵⁶ Bei einer projektbezogenen Zusammenarbeit müsse dementsprechend gefragt werden, ob die Wahrnehmung eines Beteiligungsrechts im Interesse aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gewährleistet sei.⁵⁵⁷

Der richtige Gedanke des Konzepts einer betrieblichen Interessengemeinschaft ist darin zu sehen, dass es eine flexible Auslegung des Betriebsbegriffs propagiert und damit einer Fortentwicklung des Betriebsbegriffs offensteht. Die betriebliche Interessengemeinschaft stellt jedoch nur einen Anknüpfungspunkt unter vielen dar. Ihre Aufwertung zu einem Hauptmerkmal würde zu Unsicherheiten führen, da eine alle Beteiligungsrechte umfassende Ermittlung vielfach gar nicht möglich wäre, sondern je nach Beteiligungsrecht unterschiedlich ausfallen müsste.

(3) Abgrenzung zu anderen Begriffen des BetrVG

(a) Unternehmen

Der Betrieb ist begrifflich vom Unternehmen und dieses wiederum vom Unternehmensträger abzugrenzen. Das Unternehmen ist die wirtschaftliche Einheit, die am Markt als Anbieter und Nachfrager in Erscheinung tritt. Der Unternehmensträger ist der Rechtsträger, dem diese wirtschaftliche Einheit zugeordnet ist und der als Partner vertraglicher Absprachen auftritt. Die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten bestehen nur gegenüber dem Unternehmensträger und nicht gegenüber dem Betrieb.⁵⁵⁸ Sofern ein Unternehmen nur einen Betrieb unterhält, ist die Unterscheidung in Bezug auf das Betriebsverfassungsrecht nicht von Bedeutung. Dem Unternehmen kommt begrifflich hingegen eigenständige Bedeutung als Organisationseinheit zu, wenn es mehrere Betriebe unterhält, da – sofern betriebsratsfähig gem. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG – einzelne Betriebsräte sowie ein Gesamtbetriebsrat (§ 47 Abs. 1 BetrVG) zu bilden sind. Der jeweilige Betrieb ist dann ein organisatorisch verselbstständiger Teil des Unternehmens.⁵⁵⁹ Im Sinne der arbeitnehmernahen Gestaltung der Betriebsverfassung bleibt grundsätzlich auch bei Einrichtung eines Gesamtbetriebsrats weiterhin der Betrieb Anknüpfungspunkt für die Beteiligungsrechte.⁵⁶⁰

Gleichlaufend mit dem Betriebsbegriff definiert das BetrVG den Unternehmensbegriff nicht, sondern setzt ihn voraus. In organisatorischer Hinsicht unterscheidet sich das Unternehmen, welches in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht eines einheitlichen Rechtsträgers bedarf, vor allem dadurch, dass wirtschaftliche bzw. selten ideelle Zwecke verfolgt werden.⁵⁶¹ Rechtsträger des Unternehmens ist bei Personenhandels- und Kapitalgesellschaften zwingend die Gesellschaft selbst, wobei die Gesellschaft nur ein Unternehmen haben

⁵⁵⁶ Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 262.

⁵⁵⁷ Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 262 unter Zuhilfenahme des Vergleichs, dass für einen externen Cloudworker die Mitbenutzung der Kantine irrelevant, Regelungen über Pausen hingegen relevant sind.

⁵⁵⁸ Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 59.

⁵⁵⁹ Richardi/Richardi/Maschmann, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 12; GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 31.

⁵⁶⁰ BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670; Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 59.

⁵⁶¹ BAG v. 5.3.1987 – 2 AZR 623/85, NZA 1988, 32; Richardi/Richardi/Maschmann, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 18 mwN.

kann. Gleiches gilt bei einer BGB-Gesellschaft mit wirtschaftlich-unternehmerischer Zielsetzung.⁵⁶² Die Frage, ob eine natürliche Person oder sonstige Gesamthand ebenfalls nur ein Unternehmen haben kann, ist umstritten, soll jedoch vorliegend mangels thematischer Relevanz ausgeklammert bleiben.⁵⁶³

Die Unterscheidung von Betrieb und Unternehmen ist aufgrund verschiedener Vorschriften der BetrVG erforderlich. In wirtschaftlichen Angelegenheiten (etwa §§ 106 ff. oder 110 BetrVG) beziehen sich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats etwa auf das Unternehmen.⁵⁶⁴

(b) Betriebsteile und Kleinstbetriebe gem. § 4 BetrVG

§ 4 des BetrVG regelt die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung und Behandlung von sog. Betriebsteilen und Kleinstbetrieben. Das Gutachten kann sich nicht mit der Darstellung und Erläuterung aller die Vorschrift betreffenden Problemkreise erschöpfen, sondern konzentriert sich auf die grundlegenden begrifflichen Abgrenzungen. Die Abgrenzung von Betrieben und Betriebsteilen ist relevant, weil für Betriebsteile nur unter weiteren Voraussetzungen ein eigener Betriebsrat gebildet werden kann und sie ansonsten einem Hauptbetrieb zugeordnet werden.

Zweck der zwingenden Vorschrift ist es erneut eine effektive und ortsnahe Interessenvertretung zugunsten aller Belegschaftsmitglieder eines Unternehmens zu gewährleisten.⁵⁶⁵ Es gilt deshalb betriebsratsfähige Betriebe und Betriebsteile von solchen zu differenzieren, die nicht betriebsratsfähig sind. Die Vorschrift ist vor allem relevant, wenn die Anwendbarkeit von Vorschriften an das Erreichen gewisser Schwellenwerte geknüpft wird.⁵⁶⁶

Ein (einfacher) Betriebsteil im Sinne der Vorschrift ist eine Einheit, die zwar in die Organisation eines Betriebes eingegliedert und an dessen Zweck ausgerichtet, diesem gegenüber aber organisatorisch abgrenzbar und relativ verselbstständigt ist.⁵⁶⁷ Die Selbstständigkeit ist jedoch nur „relativ“, da der Betriebsbereich zwar räumlich oder organisatorisch unterscheidbar ist, jedoch wegen der weiteren Eingliederung in einen Betrieb nicht allein bestehen kann.⁵⁶⁸ Eine gewisse Selbstständigkeit ist daher konstitutiv für einen Betriebsteil.⁵⁶⁹ Kann der Betriebsteil hingegen sinnvoll eigenständig bestehen, so liegt wiederum ein eigener Betrieb vor. Die schwierige Beurteilung der Selbstständigkeit des möglichen Betriebsteils bestimmt sich

⁵⁶² Richardi/*Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 52.

⁵⁶³ Die betriebsverfassungsrechtliche Identität von natürlicher Person und Unternehmen befürworten u.a. *Fitting*, 2018, BetrVG, § 47 Rn. 12; wohl auch *GK-BetrVG/Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn. 30 unter Bezug auf *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 208 ff.; ablehnend hingegen *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 52.

⁵⁶⁴ Vgl. *ErfK/Kania*, 2019, § 106 BetrVG Rn. 8.

⁵⁶⁵ Vgl. oben unter IV. 1. b).

⁵⁶⁶ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 4 Rn. 1. So etwa § 111 BetrVG.

⁵⁶⁷ Vgl. statt aller *Fitting*, BetrVG, 2018, § 4 Rn. 7 mwN.

⁵⁶⁸ Vgl. etwa BAG v. 21.7.2004 – 7 ABR 57/03, BeckRS 2005, 40120.

⁵⁶⁹ *Henssler*, FS Küttner, 2006, S. 479 (487 f.).

am Umfang der konkreten Leitungsmacht.⁵⁷⁰ Die Leitungsmacht in einem Betriebsteil kann sich in einer vom Arbeitgeber mit Weisungsrechten ausgestatteten Person erschöpfen.⁵⁷¹

Im Wege einer gesetzlichen Fiktion bestimmt § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG, dass unter qualifizierten Voraussetzungen ein Betriebsteil zu einer betriebsratsfähigen Einheit wird, sofern die gem. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG notwendige Anzahl an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorhanden ist.⁵⁷² Der Betriebsteil muss entweder räumlich weit vom Hauptbetrieb gelegen (Nr. 1) oder in Organisation und Aufgabenbereich eigenständig (Nr. 2) sein. Sofern ein solchermaßen qualifizierter Betriebsteil vorliegt, können die dort Beschäftigten grundsätzlich einen eigenen Betriebsrat wählen. Sie können gem. § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG allerdings auch beschließen, an den Betriebsratswahlen des Hauptbetriebes teilzunehmen. Hauptbetrieb ist im Rahmen von § 4 Abs. 1 BetrVG derjenige, in dem die zentrale Leitungsfunktion für den Betriebsteil wahrgenommen wird.⁵⁷³

Betriebe, die nicht die erforderliche Mindestzahl an fünf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufweisen (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG), jedoch an sich selbstständige Betriebe sind, werden sog. „Kleinstbetriebe“ genannt.⁵⁷⁴ Solche werden gem. § 4 Abs. 2 BetrVG einem Hauptbetrieb zugerechnet, der zumeist räumlich naheliegend sein dürfte.⁵⁷⁵

(c) Gemeinsamer Betrieb

Gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG können mehrere selbstständige Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb unterhalten. Zweck der Regelung ist die Gewährung einer einheitlichen Arbeitnehmervertretung über Unternehmensgrenzen hinweg.⁵⁷⁶ Dem zu bildenden Betriebsrat muss in einem solchen Fall ein handlungsfähiger Gesprächspartner zur Wahrung der Beteiligungsrechte gegenüberstehen.⁵⁷⁷ Ein gemeinsamer Betrieb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn die Betriebsmittel nicht einem einzelnen Inhaber, sondern mehreren selbstständigen Unternehmen zugehörig sind. Entsprechend zu einem regulären Betrieb ist ein einheitlicher Leitungsapparat notwendig, dem der Kern der Arbeitgeberfunktionen im personellen sowie sozialen Bereich obliegt.⁵⁷⁸ Indiz ist regelmäßig eine gemeinsame Personalabteilung.⁵⁷⁹ Der einheitliche Leitungsapparat muss die Funktionen des jeweiligen Vertragsarbeitgebers bzw. der Vertragsarbeitgeberin einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrnehmen, um als Inhaber des Betriebs im Sinne des Gesetzes zu gelten. Es ist hingegen nicht schädlich, dass formal die Vertragsarbeitgeberin bzw. der

⁵⁷⁰ Henssler, FS Küttner, 2006, S. 479 (488).

⁵⁷¹ BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74; BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328.

⁵⁷² Fitting, BetrVG, 2018, § 4 Rn. 14.

⁵⁷³ BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328.

⁵⁷⁴ GK-BetrVG/Franzen, Bd. I, 2018, § 4 Rn. 3, 7.

⁵⁷⁵ BAG v. 17.1.2007 – 7 ABR 63/05, NZA 2007, 703.

⁵⁷⁶ BeckOK ArbR/Besgen, 2019, BetrVG, § 1 Rn. 29.

⁵⁷⁷ Richardi/Richardi/Maschmann, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 66 mwN.

⁵⁷⁸ Vgl. etwa BAG v. 23.11.2016 – 7 ABR 3/15; NZA 2017, 1003; im Übrigen Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 81 f. mwN.

⁵⁷⁹ BAG v. 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, 618.

Vertragsarbeitgeber gegenüber den Beschäftigten tätig wird.⁵⁸⁰ Betriebsverfassungsrechtliche und vertragliche Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber können deshalb auseinanderfallen.

Die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs im Sinne des Gesetzes kommt nur in Betracht, wenn die einheitliche Leitung auf einer rechtlichen Verbindung der beteiligten Unternehmen beruht.⁵⁸¹ Eine unternehmerische Zusammenarbeit, zum Beispiel auf Grundlage von Beherrschungsverträgen, reicht nicht aus.⁵⁸² Voraussetzung ist eine sog. Führungsvereinbarung der beteiligten Unternehmen, die ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen werden kann. Eine konkludente Führungsvereinbarung wird regelmäßig angenommen, wenn die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Bereichen tatsächlich einheitlich ausgeübt werden.⁵⁸³ Um Betriebsräten und Wahlvorständen den Nachweis einer Führungsvereinbarung zu ersparen, wird von § 1 Abs. 2 BetrVG eine entsprechende widerlegbare Vermutungswirkung aufgestellt.⁵⁸⁴ Die Vermutungswirkung greift, wenn die zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke benötigten personellen, technischen und immateriellen Betriebsmittel von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden (Nr. 1) oder die Spaltung eines Unternehmens zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert (Nr. 2). In diesen Fällen wird noch kein Gemeinschaftsbetrieb, sondern nur die Existenz eines einheitlichen Leitungsapparats vermutet.⁵⁸⁵

bb) Sonderfall der gewillkürten Strukturen gem. § 3 BetrVG

Die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 gestaltete § 3 BetrVG grundlegend um.⁵⁸⁶ Das Gesetz sieht nun die Möglichkeit vor, Betriebsratsstrukturen unabhängig vom gesetzlichen Regelfall zu schaffen. Die Vereinbarungen zwischen den Tarif- bzw. Betriebsparteien sollen durch flexible Lösungen eine effiziente und interessengerechte Repräsentation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ermöglichen.⁵⁸⁷ Die Möglichkeiten zur autonomen Organisation der Betriebsverfassung wurden von der Tarifpraxis in regem Maße genutzt.⁵⁸⁸ Das Gutachten muss sich auf die Darlegung der wesentlichen Grundstrukturen beschränken, bevor im weiteren Verlauf auf mögliche Reformüberlegungen eingegangen werden wird.

⁵⁸⁰ BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110.

⁵⁸¹ Ausführlich GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 1 Rn 48 ff.

⁵⁸² *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 82.

⁵⁸³ BAG v. 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, 618; *Richardi/Richardi/Maschmann*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 66 mwN.

⁵⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 14/5741, 33

⁵⁸⁵ BAG v. 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, 618; vgl. *Fitting*, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 88.

⁵⁸⁶ Vgl. dazu die ausführliche Aufzählung bei *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 1.

⁵⁸⁷ BT-Drs. 14/5741, 33.

⁵⁸⁸ Vgl. die statistische Auswertung zum Stichtag 1.7.2007 bei *Sobotta*, Die autonome Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifverträge nach § 3 BetrVG, 2008, S. 33, wonach insgesamt eine Zunahme von 82 % zu verzeichnen war. *Giesen/Kersten* weisen jedoch zurecht daraufhin, dass wegen des geltenden Tarifvorbehalts hauptsächlich große Konzerne und Unternehmen von der Regelung profitieren, vgl. *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 132; zu der möglichen Öffnung siehe IV. 1. e) aa).

(1) Gestaltungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag

§ 3 Abs. 1 BetrVG ermöglicht es den Tarifvertragsparteien, unter bestimmten Voraussetzungen vom gesetzlichen Normalfall abweichende Arbeitnehmervertretungsstrukturen zu vereinbaren. Die Vereinbarungen sind an das Bestehen von eng auszulegenden sachlichen Voraussetzungen geknüpft. Es muss die „*Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer*“ (Abs. 1 Nr. 1) oder „*der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats*“ (Abs. 1 Nr. 2) oder „*einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer*“ (Abs. 1 Nr. 3) gedient werden. Die im Schrifttum gegen Abs. 1 erhobenen Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Regelung sind nicht begründet.⁵⁸⁹ Alternative Vereinbarungen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 - 3 BetrVG ersetzen die gesetzlich vorgesehenen Strukturen.⁵⁹⁰ An die Stelle des Betriebes tritt im Wege einer gesetzlichen Fiktion die auf Grund des Tarifvertrages gebildete Organisationseinheit (Abs. 5 S. 1).⁵⁹¹ Die dann als Betrieb geltenden Einheiten sind für alle betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen maßgeblich.⁵⁹² Die Schaffung von Doppelstrukturen ist nicht möglich.⁵⁹³ Hingegen können nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 – 5 BetrVG zusätzliche Gremien geschaffen werden, die neben die gesetzlichen oder vereinbarten Betriebsratsstrukturen treten, allerdings keine eigenen Repräsentationsorgane sind.⁵⁹⁴ Die Gestaltungsmöglichkeiten werden vorrangig den Tarifvertragsparteien eingeräumt. Zumeist erfolgt die Vereinbarung durch Haustarifvertrag zwischen Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber und Gewerkschaft.

§ 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG ermöglicht die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats. Es bedarf somit mehrere Betriebe bzw. Betriebsteile in einem Unternehmen, nicht jedoch eines Konzerns.⁵⁹⁵ Regelungsanliegen der Vorschrift war es, eine Gestaltungsmöglichkeit zu schaffen, sofern „*die Entscheidungskompetenzen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten zentral auf Unternehmensebene angesiedelt sind*“.⁵⁹⁶ Es wird eine Art Gesamtbetriebsrat gebildet, ohne dass es einzelner Betriebsräte bedarf.⁵⁹⁷ Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1b BetrVG können in einem Unternehmen mehrere Betriebe zusammengefasst werden, ohne dass dies zugleich auf der gesamten Unternehmensebene erfolgt. Die Vorschrift wird zumeist zur Einführung sog. Regionalbetriebsräte in stark filialisierten Unternehmen genutzt.⁵⁹⁸ Die zusammengefassten Betriebe gelten gem. § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG als ein Betrieb. Die weiteren Voraussetzungen des

⁵⁸⁹ Etwa BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738; *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 9; GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 3 Rn. 69ff; *Kania/Klemm*, RdA 2006, 22 (23); aA *Giesen*, BB 2002, 1480 (1483 ff.); *Picker*, RdA 2001, 259 (282 ff.).

⁵⁹⁰ Vgl. etwa *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 52. Ausführliche Nachweise zu beiden Ansichten finden sich etwa bei *Sobotta*, Die autonome Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifverträge nach § 3 BetrVG, 2008, S. 96 ff.

⁵⁹¹ Vgl. etwa *Ludwig/Glau*, BB 2019, 309.

⁵⁹² *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 77.

⁵⁹³ Str. bei Spartenbetriebsräten gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, vgl. statt aller *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 52.

⁵⁹⁴ Vgl. statt aller *Richardi/Richardi*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 46.

⁵⁹⁵ *Baker McKenzie/Meyerhans*, Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 29.

⁵⁹⁶ *Reg. Begr.* BT-Drs. 14/5741, S. 34.

⁵⁹⁷ Der Betriebsrat wird also ein „*Unternehmensrat*“, vgl. *Richardi/Richardi*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 19.

⁵⁹⁸ *Baker McKenzie/Meyerhans*, Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 30.

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG liegen vor, wenn in (zumeist) teilweise betriebsratslosen Unternehmen die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder die sachgerechte Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen gefördert wird.⁵⁹⁹

Das BetrVG sieht in § 3 Abs. 1 Nr. 2 auch die Möglichkeit einer „*Bildung von Betriebsräten in den Sparten (Spartenbetriebsräte)*“ vor, sofern dies der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient. Es bedarf eines Unternehmens oder Konzerns, welches oder welcher nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert ist. Inwieweit die äußerst relevanten Matrixstrukturen davon erfasst sind, wird unter IV. 1. b) cc) erläutert. Die Leitung der Sparte muss dafür die betriebsverfassungsrechtlich rechtlich relevanten Entscheidungen treffen. Der zu bildende Spartenbetriebsrat ersetzt den auf der Betriebsebene regulär gebildeten bzw. zu bildenden Betriebsrat. Es kann ein einheitlicher Betrieb im Sinne einer Sparte in mehrere Betriebe im Sinne des Gesetzes aufgeteilt werden, so dass jeweils ein Betriebsrat zu bilden ist. Daneben können Sparten auch betriebsübergreifend zu einem Betrieb zusammengefasst werden. In Konzernen können zuletzt unternehmensübergreifende Spartenbetriebsräte gebildet werden.⁶⁰⁰

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ermöglicht die Bildung „*andere(r) Arbeitnehmervertretungsstrukturen, soweit dies insbesondere auf Grund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder auf Grund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient*“. Es handelt sich hierbei um eine Generalklausel, die ausschließlich den Tarifvertragsparteien offensteht. Die Generalklausel unterliegt jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen einer engen Auslegung.⁶⁰¹ Voraussetzung ist stets, dass die getroffene Vereinbarung einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung dient. Die Rechtsprechung versteht das Erfordernis dahingehend, dass die gewählte Organisationsstruktur zur Vertretung der Interessen besser geeignet sein muss.⁶⁰² Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich die gesetzliche Betriebsratsstruktur für Betriebe mit fortlaufendem Personalwechsel als unzulänglich erweist.⁶⁰³ Der Generalklausel kommt wegen des größten Gestaltungsspielraums die größte Bedeutung im Rahmen der digitalisierten Arbeitswelt zu.⁶⁰⁴ Die Reichweite der Vorschrift ist gesetzlich nicht geregelt. Umstritten ist deshalb, ob nur Regelungen der Basisrepräsentation oder weitergehende Vertretungsstrukturen vereinbart werden können.⁶⁰⁵ Dies gilt auch hinsichtlich abweichender

⁵⁹⁹ BAG v. 24.4.2013 – 7 ABR 71/11, DB 2013, 1913.

⁶⁰⁰ GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 3 Rn. 15.

⁶⁰¹ Vgl. etwa *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 48 mwN.

⁶⁰² BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738; zitiert nach *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 48.

⁶⁰³ Beispiele bei *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn. 50.

⁶⁰⁴ *Günther/Boglmüller*, NZA 2015, 1025 (1027); Beispiele bei Baker McKenzie/*Meyerhans*, Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 32.

⁶⁰⁵ Vgl. dazu insbesondere *Franzen*, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 118 ff.; sowie die Reformvorschläge unter IV. 1. e) aa).

Bestimmungen über die Wahl, Amtszeit und Geschäftsführung des Betriebsrats.⁶⁰⁶ Die konkreten Rechte des Betriebsrats aus den §§ 80 ff. BetrVG unterliegen keinesfalls der Dispositionsbefugnis.⁶⁰⁷

§ 3 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 BetrVG ermöglichen die Schaffung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien, die der Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretern bzw. Arbeitnehmervertreterinnen untereinander bzw. zwischen Betriebsrat und Beschäftigten dienen. Die Tarifvertragsparteien können die Zusammensetzung der Gremien und sonstige Abläufe weitestgehend frei bestimmen. Die Regelungen werden seitens der Praxis nur äußerst selten genutzt und können vorliegend deshalb außer Betracht bleiben.⁶⁰⁸

(2) Gestaltungsmöglichkeiten durch Betriebsvereinbarung

Wie zuvor dargestellt, geht das Gesetz von einem generellen Vorrang tarifvertraglicher Vereinbarungen aus. Nach § 3 Abs. 2 BetrVG können in den Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 BetrVG die Betriebsparteien eine Regelung nur dann treffen, wenn keine tarifliche Regelung besteht und auch kein Tarifvertrag gilt. Die Sperrwirkung ist zugunsten der Tarifvertragsparteien sehr weit auszulegen.⁶⁰⁹ § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist gänzlich einer Vereinbarungslösung durch die Betriebsparteien entzogen. Zugleich muss die nach § 3 Abs. 2 BetrVG abgeschlossene Betriebsvereinbarung auch die zuvor dargestellten sachlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 BetrVG erfüllen. Sollte eine Schranke des Abs. 2 BetrVG verletzt oder die Sachvoraussetzung nicht erfüllt sein, ist die Betriebsvereinbarung unwirksam.⁶¹⁰ Zuständig für Regelungen, die nur einen einzelnen Betrieb betreffen, ist der dort gebildete Betriebsrat. Da dies nur selten der Fall sein dürfte, ist zumeist der Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG zuständig, weil es sich um eine Angelegenheit handelt, die mehrere Betriebe des Unternehmens betrifft.⁶¹¹

cc) Herausforderungen durch Matrixstrukturen

Auf der Grundlage der vorstehenden Bestandsaufnahme gilt es nun zu prüfen, ob der dargestellte Betriebsbegriff dazu geeignet ist, den Herausforderungen der im Zuge der Digitalisierung aufkommenden neuen Organisationsstrukturen zu entsprechen oder ob es gesetzlicher Korrekturen bzw. Anpassungen bedarf. Alle Überlegungen dürfen – wie bereits zu Beginn ausgeführt – nicht die „traditionellen“ Organisationsformen vernachlässigen, da auch diese auf absehbare Zeit fortbestehen werden.⁶¹²

⁶⁰⁶ Ablehnend etwa *Fitting*, BetrVG, 2018, § 3 Rn 51 mit weiteren Nachweisen zu den jeweiligen Ansichten.

⁶⁰⁷ BAG v. 18.11.2014 – 1 ABR 21/13, NZA 2015, 694.

⁶⁰⁸ Vgl. die statistische Auswertung zum Stichtag 1.7.2007 von nur 3,6 % aller Tarifverträge bei *Sobotta*, Die autonome Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifverträge nach § 3 BetrVG, 2008, S. 33.

⁶⁰⁹ Vgl. *Reg. Begr.* BT-Drucks. 14 /5741, S. 34.

⁶¹⁰ Vgl. etwa BAG v. 24.4.2013 – 7 ABR 71/11, BeckRS 2013, 71144.

⁶¹¹ Ausführlich – insbesondere auch zu Kollisionslagen – GK-BetrVG/*Franzen*, Bd. I, 2018, § 3 Rn. 42 ff.

⁶¹² Dies betonen insbesondere auch *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 88 und *Arnold/Günther/Benecke*, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 259.

Das dem Betriebsverfassungsrecht zugrundeliegende System wird schwerpunktmäßig durch sog. Matrixstrukturen in der Unternehmensorganisation vor neue Herausforderungen gestellt.⁶¹³ Matrixstrukturen werden zwar nicht nur, aber doch häufig in der IT-basierten Softwareentwicklung eingesetzt, da dort die rein virtuelle Zusammenarbeit am stärksten ausgeprägt ist. Die vorliegende Studie kann keine umfassende Darstellung aller individual- und kollektivrechtlichen Auswirkungen bieten, sondern muss sich darauf beschränken, einen Überblick zu geben und die Auswirkungen auf den Betriebsbegriff zu erläutern. Eine feste Beschreibung dessen, was eine Matrixstruktur notwendigerweise auszeichnet, ist vor dem Hintergrund der unterschiedlichsten Ausprägungen in der Praxis nicht möglich, es sollen deshalb die typischen Charakteristika erläutert werden.

Das gesetzliche Leitbild des BetrVG orientiert sich an einem einlinigen Entscheidungsaufbau. Die Entscheidungen innerhalb des Unternehmens erfolgen demnach eindimensional und vertikal entlang der wichtigsten Funktionen (z. B. Produktion, Vertrieb, Finanzen usw.).⁶¹⁴ Eine Matrixorganisation zeichnet sich typischerweise dadurch aus, dass das Unternehmen bzw. der Konzern nicht streng hierarchisch entlang einer vertikalen Weisungskette organisiert ist, sondern vielmehr einzelne unternehmensübergreifende (d. h. rechtsforminkongruente) funktionale Einheiten nach Geschäfts- oder Produktbereichen gebildet werden (sog. Matrixzellen).⁶¹⁵ Mit der Zusammenfassung zu verschiedenen kleineren und flexiblen Einheiten geht die Einführung einer (zusätzlichen) horizontalen Steuerungsebene für die jeweilige Matrixzelle einher.⁶¹⁶ Die Belegschaftsmitglieder sehen sich in dieser mehrdimensionalen Organisationsform also zwei Berichtslinien, in vertikaler und horizontaler Hinsicht, gegenüber. Vertikal ist weiterhin die Vertragsarbeitgeberin bzw. der Vertragsarbeitgeber für das disziplinarische Weisungsrecht maßgebend (sog. solid line).⁶¹⁷ Horizontal sind hingegen die für die jeweilige Zelle eingesetzte Matrixmanager bzw. Matrixmanagerinnen, die auch einer anderen Konzerngesellschaft angehören können, als steuernde Einheiten fachlich und teilweise auch disziplinarisch weisungsbefugt (sog. dotted line).⁶¹⁸ Die Kompetenzen in personellen und sozialen Angelegenheiten können demnach von unterschiedlichen Entscheidungsträgern verschiedener (Konzern-)Unternehmen wahrgenommen werden.⁶¹⁹ Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht ist in Matrixstrukturen also „gespalten“, was den Grundsatz der „Entscheidungsnähe“ relativiert.⁶²⁰ Die Feststellung einer einheitlichen

⁶¹³ Dies belegen auch die zahlreichen Veröffentlichungen zu diesem Themenbereich, etwa: *Berger*, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017; *Maschmann/Fritz*, Matrixorganisation, 2019; *Fromen*, FS Gaul, 1992, S. 151 (172 f.); *Karthaus*, AuR 2018, 342; *Bachner*, NZA 2019, 134; *Kort*, NZA 2013, 1318; *Witschen*, RdA 2016, 38.

⁶¹⁴ Vgl. *Kort*, NZA 2013, 1318; *Witschen*, RdA 2016, 38.

⁶¹⁵ *Maschmann/Fritz/Berger*, Matrixorganisation, 2019, Rn. 361 mwN; *Karthaus*, AuR 2018, 342; *Witschen*, RdA 2016, 38 (40).

⁶¹⁶ *Wisskirchen/Bissels*, DB 2007, 340; *Bachner*, NZA 2019, 134.

⁶¹⁷ *Bauer/Herzberg*, NZA 2011, 713 (714); *Berger*, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 65; *Karthaus*, AuR 2018, 342.

⁶¹⁸ *Kort*, NZA 2013, 1318 (1319); *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 20; *Witschen*, RdA 2016, 38 (39).

⁶¹⁹ *Bachner*, NZA 2019, 134; *Karthaus*, AuR 2018, 342.

⁶²⁰ *Karthaus*, AuR 2018, 342, 343; *Meyer*, NZA 2013, 1326 (1329); bereits auch in diese Richtung *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 147 ff.

Leitungsmacht zur Betriebsbestimmung stellt sich bezüglich der regelmäßig unternehmens- und standortübergreifenden Zusammenarbeit in Projektgruppen als äußerst diffizil dar und erschwert die Bestimmung eines Betriebs im Sinne des BetrVG. Der Grundsatz der „Arbeitnehmernähe“ kann ebenfalls nicht ohne weiteres herangezogen werden, da sich moderne Arbeitsformen durch die fortschreitende Vernetzung und Digitalisierung flexibilisieren und die Bestimmung der homogenen Arbeitnehmerschaft erschweren.⁶²¹

(1) Die Betriebsbestimmung in Matrixstrukturen

Die Auswirkungen von Matrixstrukturen auf die betriebsverfassungsrechtliche Organisation lassen sich in gewissen Fallgruppen zusammenfassen.⁶²² Sofern die eingesetzten Führungskräfte lediglich Weisungsbefugnisse in strategischen oder wirtschaftlichen Angelegenheiten wahrnehmen, ergeben sich keine Auswirkungen auf den Betriebsbegriff. Die Annahme einer betriebskonstituierenden einheitlichen Leitungsmacht erfordert – entsprechend dem unter IV. 1. b) aa) erläuterten herrschenden Betriebsbegriff – umfangreiche Kompetenzen in den mitbestimmungsrelevanten personellen und sozialen Angelegenheiten. Das Vorhandensein eines einheitlichen Leitungsapparats bei der Vertragsarbeitgeberin und dem Vertragsarbeitgeber bleibt deshalb entscheidendes Begriffsmerkmal.⁶²³ Die Gewährung einer möglichst effektiven betrieblichen Mitbestimmung durch das BetrVG führt unter dem Aspekt der Entscheidungs- und Arbeitnehmernähe dazu, dass die Anforderungen an einen einheitlichen Leitungsapparat auch bei Matrixstrukturen nicht überstrapaziert werden dürfen.⁶²⁴ Ein durch die jeweilige (unternehmensfremde) Führungskraft repräsentierter Leitungsapparat besteht beispielsweise nicht, wenn dieser in mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen eine nur eingeschränkte Einzelfall- oder Richtlinienkompetenz zusteht oder die Letztentscheidung der Leitung des jeweiligen Betriebs obliegt.⁶²⁵ Keine Unterschiede zur üblichen Betriebsbestimmung ergeben sich auch dann, wenn die einzelne Matrixzelle „rechtsformkongruent“ gestaltet, d. h. mit einem Konzernunternehmen oder einem Betrieb identisch ist.⁶²⁶

Problematisch erweisen sich hingegen Gestaltungen, bei denen betriebsfremde Führungskräfte zumindest teilweise die mitbestimmungsrechtlich relevante Arbeitgeberfunktion ausüben, es also zu einer Diskontinuität der Leitungsstruktur kommt.⁶²⁷

⁶²¹ Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 260.

⁶²² Zu den Fallgruppen ausführlich Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 133 ff.

⁶²³ Vgl. LAG Hessen v. 13.04.2011 - 8 Sa 922/10, BeckRS 2011, 75839. Der Annahme eines Betriebs steht demnach grundsätzlich nicht entgegen, dass die einzelnen Abteilungen einer deutschen Organisationseinheit keine in Deutschland ansässige einheitliche Leitung haben, sofern ein Mindestmaß an betrieblicher Organisation vorliegt. Dazu Henssler, NZA-Beilage 2014, 95 (102), wonach die Ausübung von Weisungsrechten an sich ausreicht; Bachner, NZA 2019, 134 (138); Karthaus, AuR 2018, 342 (343).

⁶²⁴ Vgl. etwa LAG Hessen v. 13.4.2011 - 8 Sa 922/10, BeckRS 2011, 75839; ArbG Frankfurt a. M. v. 21.7.2009 - 12 BV 184/09, BeckRS 2013, 72862; s. hierzu auch Kort, NZA 2013, 1318 (1321); Witschen, RdA 2016, 38 (41 ff.).

⁶²⁵ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 136; Richardi/Richardi, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 27; Bachner, NZA 2019, 134 (138).

⁶²⁶ Maschmann/Fritz/Berger, Matrixorganisation, 2019, Rn. 381.

⁶²⁷ Maschmann/Fritz/Berger, Matrixorganisation, 2019, Rn. 385; Bachner, NZA 2019, 134 (138).

In einem solchen Fall ist zu prüfen, ob die gebildeten Matrixzellen als eigenständige – zumeist rein virtuelle Betriebe oder Betriebsteile – neben die regulären Betriebe der Konzernunternehmen treten können.⁶²⁸ Grundsätzlich lässt der Betriebsbegriff die Annahme virtueller, d. h. allein auf digitaler Kommunikation beruhender, Betriebe zu.⁶²⁹ Die Matrixzellen müssen jedoch die einzelnen Merkmale des Betriebsbegriffs erfüllen, insbesondere muss eine abgrenzbare arbeitstechnische Organisation unter einer einheitlichen Leitung festgestellt werden können.⁶³⁰ Die Abgrenzung dürfte im Regelfall kaum gelingen, da häufig nur temporäre (Projekt-)Ziele verfolgt werden, denen kein eigener arbeitstechnischer Zweck zugebilligt werden kann. Die Annahme eines rein „virtuellen“ Betriebs sollte in der Praxis auch dann unterbleiben, wenn die Mitarbeiter der einzelnen Matrixzellen einen „realen“ Anknüpfungspunkt durch eine einheitliche (Heim-) Betriebsstätte haben.⁶³¹ In diesen Fällen bliebe der gebildete Betriebsrat im Sinne der effektiven Gewährung der betrieblichen Mitbestimmung für die temporär der Matrixführungskraft unterstehenden Beschäftigten zuständig.

Sollte hingegen die Matrixzelle unter vollständiger Leitung der jeweiligen Führungskraft auf einer rein virtuellen Arbeitsorganisation beruhen und dauerhaft einen abgrenzbaren eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolgen, so ist ein virtueller Betrieb bzw. Betriebsteil anzunehmen.⁶³² Dies wird vor allem in IT- oder Beratungsdienstleistungen der Fall sein. Für den virtuellen Betrieb ist dann eine eigene Arbeitnehmervertretung zu bilden. Nur in diesem Fall dürfte sich die Leitungsfunktion der Matrixführung auf den Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten erstrecken, so dass ein einheitlicher institutioneller Leitungsapparat und damit möglicherweise ein gemeinsamer Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG angenommen werden kann.⁶³³ Die sehr engen Tatbestandsvoraussetzungen gewährleisten, dass es nicht zu der verstärkten Bildung von betriebsverfassungsrechtlichen Doppelstrukturen oder Kompetenzkonflikten kommt.⁶³⁴

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Betriebsbegriff in seiner aktuellen Definition und Anwendung durchaus geeignet ist, auch Unternehmen mit Matrixstrukturen zu erfassen.⁶³⁵ Das Abstellen auf eine einheitliche Leitungsmacht führt zu sachgerechten Ergebnissen, die völlig unabhängig von der örtlichen

⁶²⁸ *Berger*, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 147 f; vgl. auch *Karthaus*, AuR 2018, 342 (343 f.) der deutlicher auf das Vorliegen von Betriebsteilen abstellt.

⁶²⁹ Vgl. oben unter IV. 1. b) aa) (2) (b).

⁶³⁰ *Maschmann/Fritz/Berger*, Matrixorganisation, 2019, Rn. 389; *Wisskirchen/Block*, NZA-Beilage 2017, 90 (92).

⁶³¹ *Maschmann/Fritz/Berger*, Matrixorganisation, 2019, Rn. 398.

⁶³² *Berger*, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 160 ff; *Karthaus*, AuR 2018, 342 (344); zur notwendigen Anpassung der Wahl und Betriebsratsarbeit unter IV. 2. b) a).

⁶³³ Vgl. *Witschen*, RdA 2016, 38 (44); *Bauer/Herzberg*, NZA 2011, 713 (717); *Maschmann/Fritz/Berger*, Matrixorganisation, 2019, Rn. 408 ff; *Bachner*, NZA 2019, 134 (139); aA wohl *Günther/Boglmüller*, NZA 2015, 1025 (1026); *Kort*, NZA 2014, 1318 (1322).

⁶³⁴ *Berger*, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 170 f.

⁶³⁵ So auch *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 44; *Witschen*, RdA 2016, 38.

Zusammenarbeit beurteilt werden können. Ein virtueller Betrieb wird dennoch nur in begrenzten Ausnahmefällen anzunehmen sein.

(2) Die Betriebszugehörigkeit in Matrixstrukturen

Die bisherigen Ausführungen befassten sich mit der Problematik, wie die betrieblichen Einheiten, die den Rahmen für die betriebliche Mitbestimmung bilden, bestimmt werden können. Eng damit verknüpft ist die Frage, wie die Betriebszugehörigkeit des jeweiligen Belegschaftsmitglieds zu bestimmen ist. Die Zuordnung zu einem Betrieb erweist sich in Matrixstrukturen als schwierig, weil die Beschäftigten durch die Einbindung in die Matrix – zumindest teilweise – unternehmensübergreifend für außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehende Personen tätig werden.⁶³⁶

Die Betriebszugehörigkeit der Beschäftigten sollte sich früher generell nach der sog. „Zwei-Komponenten-Lehre“ bestimmen.⁶³⁷ Danach bedarf es neben einem Arbeitsverhältnis noch zusätzlich der tatsächlichen Eingliederung in die Betriebsorganisation. Eingliederung im Sinne der Lehre ist nicht räumlich, sondern funktional – d. h. in Bezug auf Weisungsrechte und den arbeitstechnischen Zweck – zu verstehen. Die Bestimmung der Betriebszugehörigkeit ist ohne weiteres möglich, sofern die betriebsfremden Matrixmanagerinnen und Matrixmanager nicht die mitbestimmungsrechtlich relevanten Arbeitgeberfunktionen ausüben. In diesen Fällen konnten die Beschäftigten dem Stammbetrieb ihres Vertragsarbeitgebers bzw. ihrer Vertragsarbeitgeberin zugeordnet werden. Kommt es im Rahmen von Matrixstrukturen zur vorübergehenden Zusammenarbeit an unternehmensübergreifenden Projekten und damit zur teilweisen Einbindung in kooperierende Betriebe von Konzernunternehmen, blieben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ebenfalls in den Stammbetrieb des Vertragsarbeitgebers bzw. der Vertragsarbeitgeberin eingegliedert.⁶³⁸

Diese „Zwei-Komponenten-Lehre“ wird zwar dem Normalfall gerecht. Probleme können sich aber ergeben, wenn den Beschäftigten im Rahmen der unternehmensübergreifenden Matrix Aufgaben zugewiesen werden, die ausschließlich dem fremden Konzernunternehmen zuzurechnen sind bzw. wenn ein virtueller Betrieb entsteht. Die Belegschaft wäre in einem solchen Fall entgegen der oben dargestellten „Zwei-Komponenten-Lehre“ einem fremden Unternehmen zuzurechnen. Aufgrund der konstruktiven Schwächen dieser Lehre in Dreiecksverhältnissen hat die Rechtsprechung ihre strenge Anwendung in den Fällen eines drittbezogenen Personaleinsatzes aufgegeben.⁶³⁹ So sind etwa *„im Entleiherbetrieb regelmäßig beschäftigte Leiharbeitnehmer ... bei der Größe des Betriebsrats (Anm. im Entleiherbetrieb) grundsätzlich zu berücksichtigen“*.⁶⁴⁰ Da diese Konstellationen den Gegebenheiten in Matrixstrukturen ähneln, lassen sich

⁶³⁶ Maschmann/Fritz/Berger, Matrixorganisation, 2019, Rn. 449.

⁶³⁷ BAG 20.4.2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006; im Übrigen vgl. statt aller *Fitting*, BetrVG, 2018, § 5 Rn. 16.

⁶³⁸ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 306 f.

⁶³⁹ Vgl. BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789; 5.12.2013 – 7 ABR 48/11, NZA 2013, 793; dazu *Hamann* in: Schüren/Hamann, AÜG, 2018, § 14, Rn. 22.

⁶⁴⁰ BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789.

diese neueren Rechtsprechungsgrundsätze übertragen.⁶⁴¹ Von einer zusätzlichen arbeitgeberfremden Betriebszugehörigkeit ist also auszugehen, wenn die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht nur kurzfristig im Rahmen der Matrixstruktur eingesetzt werden, die Arbeitsleistung dem arbeitstechnischen Zweck des fremden, wenn auch konzernverbundenen Unternehmens dienen und das fachliche Weisungsrecht durch die steuernde Einheit ausgeübt wird.⁶⁴² In diesen Sonderfällen ist konsequent eine doppelte Betriebszugehörigkeit anzunehmen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Betriebsbegriff auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung auch in Matrixstrukturen zu sachgerechten Ergebnissen führt.

c) Einbezogener Kreis der Arbeitnehmer gem. § 5 BetrVG

§ 5 BetrVG bestimmt zwingend den Personenkreis, auf den das BetrVG anzuwenden ist. Abs. 1 Satz 1 knüpft an den allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff an, der im 1. Teil des Gutachtens ausführlich dargestellt wurde.⁶⁴³ Der zweite Satzteil von Satz 1 stellt seit der Reform des Betriebsverfassungsrechts im Jahr 2001 klar, dass es der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegensteht, wenn die Arbeitsleistung örtlich unabhängig erbracht wird.⁶⁴⁴ Die Feststellung deckt sich bereits mit dem oben dargestellten Betriebsverständnis einer organisatorischen Einheit, welche nicht ausschließlich räumlich verstanden wird.⁶⁴⁵

§ 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG bezieht auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten, mit ein. **Cloudworker** (ortsunabhängige Crowdworker) würden bei Einordnung als in Heimarbeit Beschäftigte auch kollektive Schutzrechte erhalten. Entscheidend ist auch hier, dass das Auftragsverhältnis auf eine „gewisse Dauer“ angelegt ist bzw. der Cloudworker regelmäßig über die gleiche Plattform Aufträge annimmt und ausführt.⁶⁴⁶ Ein Heimarbeitsverhältnis käme also grundsätzlich im Verhältnis zur **Plattform** in Betracht, nicht dagegen zu den einzelnen **Crowdsourcern**. Eine Zugehörigkeit zum Betrieb der Plattform könnte auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht durchaus sinnvoll sein, da der Cloudworker für den einzelnen Crowdsourcer nur temporär tätig wird, grundsätzlich aber der Organisationsgewalt der Plattform unterworfen ist.⁶⁴⁷ Sollte man eine Einbeziehung von Cloudworkern in die Betriebsverfassung *de lege ferenda* anvisieren wollen, sollten aber auch die wirtschaftlichen bzw. bürokratischen Hürden für die Plattformen nicht unberücksichtigt bleiben.

⁶⁴¹ *Bachner*, NZA 2019, 134 (137); *Karthaus*, AuR 2018, 342 (344); *Kort*, NZA 2017, 1318 (1323 f.); *Witschen*, RdA 2016, 38 (45).

⁶⁴² *Fitting*, BetrVG, 2018, § 5 Rn. 226c; *Bachner*, NZA 2019, 134 (137); *Kort*, NZA 2013, 1318 (1324).

⁶⁴³ Ständige Rechtsprechung des BAG vgl. nur BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 Rn. 22.

⁶⁴⁴ Vgl. etwa *Buchner*, NZA 2001, 633 (636); *Hanau*, NJW 2001, 2513 (2515).

⁶⁴⁵ GK-BetrVG/Raab, Bd. I, 2018, § 5 Rn. 14, 65 mwN.

⁶⁴⁶ Dazu bereits 1. Teil Abschnitt II. 3. b) cc).

⁶⁴⁷ Zur evtl. Anpassung der Betriebszugehörigkeitsdauer und der damit verbundenen Wahlberechtigung siehe Abschnitt IV. 1. e) bb).

Arbeitnehmerähnliche Personen hingegen fallen *de lege lata* nicht unter das BetrVG. Im Schrifttum wird teilweise kritisiert, dass nur ein Teil der arbeitnehmerähnlichen Personen trotz gleicher Betroffenheit in die Betriebsverfassung einbezogen wird, und die Einbeziehung aller arbeitnehmerähnlicher Personen in das BetrVG gefordert.⁶⁴⁸ Allerdings ist der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person deutlich weiter gefasst, seine Abgrenzung ist nicht auf betriebsverfassungsrechtliche Fragen zugeschnitten. Ihre Einbeziehung lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn sie tatsächlich überwiegend für einen Betrieb ihres Auftraggebers tätig sind. Die Repräsentation durch die betriebsverfassungsrechtlichen Organe kann nur durch eine starke Bindung an die Organisationsgewalt des Unternehmens gerechtfertigt werden, wenn also erhebliche Teile der Arbeitszeit für den Betrieb aufgewendet werden.⁶⁴⁹ Die entsprechenden Überlegungen müssten auch bei der Schaffung eines eigenständigen Gesetzes, welches alle Formen der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigkeit umfassen soll, berücksichtigt werden.

d) Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeberbegriff

Das Gesetz enthält entsprechend zum nicht näher bestimmten Betriebsbegriff keine nähere Umschreibung des Arbeitgeberbegriffs, sondern setzt ihn ebenfalls voraus. Arbeitsrechtlich wird als Arbeitgeberin und Arbeitgeber jeder angesehen, der einen anderen als Arbeitnehmerin und Arbeitnehmer beschäftigt. In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht gilt es die Betriebsleitung im Sinne der betrieblichen Organisationsgewalt von der Stellung als Vertragspartei des Beschäftigten zu trennen.⁶⁵⁰ Bei der betriebsverfassungsrechtlichen Einordnung des Cloudwork ergeben sich keine Schwierigkeiten, den **Cloudworker** sowohl beim **Indirect Crowdwork** als auch beim **Direct Crowdwork** dem Betrieb der Plattform zuzuordnen, wenn die Plattform maßgeblich die Organisationsgewalt hat sowie die Vertragsbedingungen steuert.

Anpassungen des Arbeitgeberin- bzw. Arbeitgeberbegriffs im Rahmen des BetrVG erscheinen vor dem Hintergrund des disruptiven Potentials der digitalisierten Arbeitswelt nicht angebracht bzw. in einem gesamtheitlichen System auch nicht umsetzbar. Aufkommende Erwerbsformen und deren betriebliche Repräsentation ziehen vielmehr den Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG in den Blickpunkt.⁶⁵¹ Die befürchtete „Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebsverfassung“ ist nicht eingetreten.⁶⁵² In den Fällen des gemeinsamen Betriebs haben sich feste Fallgruppen für die einzelnen Beteiligungsrechte herausgebildet.⁶⁵³

⁶⁴⁸ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 95; Seifert, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 23 sowie Nebe, AuR 2014, 51 (57); Klebe, NZA-Beil. 2017, 77 (83); Thüsing, SR 2016, 87 (104).

⁶⁴⁹ Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 123; Krause, Gutachten B DJT 2016, B 95 f.

⁶⁵⁰ Dies gilt v.a. bei einem gemeinsamen Betrieb, siehe unter IV. 1. b) aa) (3) (c).

⁶⁵¹ Vgl. die Ausführungen unter IV. 1. c).

⁶⁵² So der Titel von Wißmann, NZA 2001, 409; oder auch Rieble, NZA-Beilage 2014, 28.

⁶⁵³ Vgl. die Aufzählung bei Fitting, BetrVG, 2018, § 1 Rn. 97 ff.

Im Bereich des **Cloudwork** bedarf es bei einer Reform des Rechts der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen (gemeint sind alle Zwischenkategorien) keiner weitergehenden betriebsverfassungsrechtlichen Anpassung des Arbeitgeberbegriffes.

e) Gesetzgeberische Anpassungsvorschläge

Auch unter Berücksichtigung der im Zuge der Digitalisierung aufkommenden neuen Erwerbs- und Organisationsformen bedürfen nach den vorstehend erzielten Erkenntnissen weder die Arbeitgeberstellung noch der Betriebsbegriff in ihrer grundsätzlichen Ausprägung einer Anpassung. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird diese Einschätzung überwiegend geteilt. Ein Anpassungsbedarf wird allerdings in einem Teilbereich, nämlich hinsichtlich der Möglichkeiten des § 3 BetrVG identifiziert.

aa) Erweiterung der Möglichkeiten des § 3 BetrVG *de lege ferenda*

Flexible Strukturen werden im Ergebnis nicht durch feststehende gesetzliche Vorgaben vollumfänglich umfasst werden können.⁶⁵⁴ Es bedarf deshalb auch einer weiteren Flexibilisierung der gesetzlichen Möglichkeiten des § 3 BetrVG, um die vielgestaltigen Gegebenheiten in der Praxis vollständig abdecken zu können. Individuelle Vereinbarungen können grundsätzlich interessengerechte Lösungen im Sinne eines „best-practice“ schaffen, welche zugleich nicht zu einer Verschlechterung der Arbeitnehmersvertretung führen dürfen. Vorschläge dafür haben unter anderem *Krause, Franzen* und *Schubert* vorgelegt, deren wichtigste Ansatzpunkte hier vorgestellt und auf ihre Eignung untersucht werden sollen.⁶⁵⁵

(1) § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG deckt in seiner aktuellen Fassung sog. Spartenorganisationen ab. Eine Erweiterung des Tatbestands um die dargestellten Fälle von sog. Matrixstrukturen wäre angebracht. Es besteht in organisatorischer Hinsicht nicht automatisch eine Kongruenz zwischen einer Sparte – die zwingend alle Vorgänge eines gewissen Bereichs umfasst – und einer Matrix.⁶⁵⁶ Jedenfalls entstehen aber sowohl bei Sparten- als auch Matrixorganisationen ähnliche (unternehmens- bzw. konzernübergreifende) Koordinierungsprobleme, die die Erweiterung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG als sachgerecht erscheinen lassen. Der Begriff einer Matrixeinheit ist darüber hinaus ausreichend gefestigt.⁶⁵⁷ Im Sinne der gesetzgeberischen Klarheit erscheint es zielführend, eine für Matrixorganisationen passende Alternative als neue Nummer in § 3 Abs. 1 aufzunehmen.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ Vgl. unter IV. 1. c) bb).

⁶⁵⁵ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 93 f.; *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 67 ff.

⁶⁵⁶ *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 67.

⁶⁵⁷ *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 67.

⁶⁵⁸ *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 67.

Zugleich sollte den begrifflichen Unklarheiten in Nr. 2 hinsichtlich der Einführung von Spartengesamtbetriebsräten bzw. Spartenkonzernbetriebsräten Rechnung getragen werden.⁶⁵⁹

(2) § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Die digitalisierte Arbeitsweise und die damit einhergehenden nahezu unbeschränkten Möglichkeiten der Vernetzung werden zwangsläufig dazu führen, dass die unternehmensübergreifende Zusammenarbeit zunehmen wird. In solchen Fällen bedarf es einer passgenauen Repräsentation der Belegschaften, um die Beteiligungsrechte – insbesondere in sozialen Angelegenheiten wie etwa der Lage der Arbeitszeit – zu sichern. Die gesetzlichen Möglichkeiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sollten deshalb erweitert werden.

Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sollte in klarstellender Hinsicht angepasst werden. Die Reichweite der Abweichungsmöglichkeiten – ob horizontal oder auch vertikal – bedarf einer expliziten gesetzlichen Regelung.⁶⁶⁰ Vorzugswürdig im Sinne der fortschreitenden Flexibilisierung erscheint es, auch vertikale Abweichungen, d. h. die Bildung von Gesamt- oder Konzernbetriebsräten, zur Disposition zu stellen.⁶⁶¹ Dies müsste über eine Änderung des § 3 Abs. 5 BetrVG umgesetzt werden.⁶⁶²

Weiterhin bietet es sich an, eine Regelung für eine (beschränkte) Belegschaftsvertretung bei Unternehmenskooperationen aufzunehmen. Die dadurch geschaffenen Interessenvertretungen sollten dann nur für die durch die Unternehmenskooperation betroffenen Beteiligungsrechte zuständig sein, so dass die möglichst sachgerechte Wahrnehmung des jeweiligen Beteiligungsrechts gewährleistet wäre.⁶⁶³ Gerade in flexiblen Strukturen könnten somit Kompetenzkonflikte der jeweiligen Interessenvertretungen verhindert werden,⁶⁶⁴ was die Bildung partieller Doppelstrukturen aufwiegen würde.⁶⁶⁵

(3) § 3 Abs. 2 BetrVG

Der strenge Tarifvorbehalt des § 3 Abs. 2 BetrVG sollte zugunsten der Betriebspartner geöffnet werden. Zwar sieht das BAG Tarifverträge nach § 3 BetrVG als Ausdruck der Tarifautonomie an,⁶⁶⁶ jedoch ist diese Auslegung nicht zwingend geboten.⁶⁶⁷ Grundsätzlich sollten Lösungen über § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch

⁶⁵⁹ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 93; Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 121.

⁶⁶⁰ Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 121.

⁶⁶¹ Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 74; Hanau, NJW 2016, 2613 (2615).

⁶⁶² Vgl. dazu Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 74; Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 121; Hanau, NJW 2016, 2613 (2615).

⁶⁶³ Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 68; Krause, Gutachten B DJT 2016, B 94; Seifert, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 21; Wisskirchen/Block, NZA-Beilage 2017, 90 (93 f.).

⁶⁶⁴ Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 68; Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 121.

⁶⁶⁵ Krause, Gutachten B DJT 2016, B 94.

⁶⁶⁶ BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

⁶⁶⁷ Franzen, ZfA 2000, 285 (299); Henssler, ZfA 1998, 1 (34 f.); aA Wendeling-Schröder, NZA 1999, 1065 (1070).

– sofern gebildet – den Betriebsparteien selbst zugänglich sein.⁶⁶⁸ Der Tarifvertrag kann sich in der Praxis als zu unflexibel erweisen, sofern etwa bei Fertigungsketten unterschiedliche Tarifzuständigkeiten herrschen oder die Zusammenarbeit flüchtigen Strukturen unterliegt.⁶⁶⁹ Trotz der Möglichkeit von Firmentarifverträgen können betriebliche Vereinbarungen zu sachnäheren und individuelleren Lösungen führen. Die Wahrung des wohl unumstößlichen tariflichen Vorbehaltes könnte durch ein gesetzgeberisch eingeräumtes Widerspruchsrecht der Tarifvertragsparteien⁶⁷⁰ oder der behördlichen Genehmigung von Betriebsvereinbarungen⁶⁷¹ gewährleistet werden.

bb) Flexibilisierung in zeitlicher Hinsicht

Die wohl größte Herausforderung für die betriebliche Mitbestimmung dürfte die zunehmende Flexibilisierung der betrieblichen Strukturen in zeitlicher Hinsicht darstellen. Digitale Zusammenarbeit kann, ja wird sich häufig als vorübergehend oder kurzfristig erweisen, so dass die Wahl eines Repräsentationsorgans unterbleibt, da die gebildete Struktur innerhalb kürzester Zeit wieder aufgelöst wurde.⁶⁷²

Der so umschriebenen Gefahr kann auf verschiedenen Wegen begegnet werden. Es bedarf vor allem eines „digitalen Updates“ der Betriebsverfassung, um die Wahl und die Arbeit des Betriebsrats den digitalen Strukturen anzupassen.⁶⁷³ Die dahingehenden Vorschläge sollen unter IV. 2. b) aa) erläutert werden. Es steht hingegen außer Frage, dass die Herausforderungen der zeitlichen Diskontinuität nicht vollständig durch einen irgendwie gearteten Betriebsbegriff gelöst werden können. Die spontan und flexibel zusammengestellten Teams werden fast nie die für die Repräsentation erforderliche Struktur aufweisen. Konzepte, die für fluide Arbeitsgruppen die Einführung kurzfristiger Repräsentationsmöglichkeiten (z. B. Gruppensprecherin/Gruppensprecher) vorsehen,⁶⁷⁴ werden nicht die für die betriebliche Mitbestimmung notwendige Durchsetzungskraft entfalten können. Es bleibt dann allein die Möglichkeit der Betriebsratsbildung auf der Ebene der übergeordneten, größeren Einheit. Eine Schwächung der betrieblichen Repräsentation geht damit nicht notwendig einher.

Für die rechtsichere Qualifizierung von schutzbedürftigen **Cloudworkern** *de lege ferenda* sollte die Voraussetzung des Vorliegens eines Auftragsverhältnisses „auf eine gewisse Dauer“, konkretisiert werden.⁶⁷⁵ Soweit die Rechtsprechung *de lege lata* für Cloudworker auf das HAG zurückgreifen sollte, wäre

⁶⁶⁸ Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1027 f.); in diese Richtung auch Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 73 f.; Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 122; Seifert, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 21; Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 264.

⁶⁶⁹ Rieble, NZA-Beilage 2014, 28 (30); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1027); Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 264.

⁶⁷⁰ Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 73 f.

⁶⁷¹ Franzen, Industrie 4.0 als Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2016, S. 122.

⁶⁷² So auch Krause, Gutachten B DJT 2016, B 90.

⁶⁷³ Fündling/Sorber, NZA 2017, 552.

⁶⁷⁴ Etwa Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, 2017, S. 142.

⁶⁷⁵ Dazu bereits I. Teil Abschnitt II. 3. b) cc).

nach derzeitigem BetrVG die Rechtsfolge, dass alle Cloudworker als in Heimarbeit Beschäftigte dem Gesetz unterfallen. Überlegt werden sollte, in diesem Fall sowie bei einer Anlehnung des Schutzniveaus von Cloudworkern an das Schutzniveau der in Heimarbeit Beschäftigten die Regelung des § 7 S. 2 BetrVG, nach der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter nur dann wahlberechtigt sind, wenn diese länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, auf die in Heimarbeit Beschäftigten zu erstrecken. So sollte die Regelung die Wahlberechtigung von Cloudworkern auf diejenigen beschränken, die länger als drei Monate in der Hauptsache für den Betrieb (im Fall der Cloudworker für den **Betrieb der Plattform**) tätig werden. Sofern weitere Zwischenkategorien von arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen in den Kreis der Arbeitnehmer gem. § 5 BetrVG einbezogen werden sollten, müsste auch für diese Zwischenkategorien § 7 BetrVG entsprechend angepasst werden.

Das passive Wahlrecht ist nach § 8 BetrVG schon derzeit für alle Wahlberechtigten an eine Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten bzw. für in Heimarbeit Beschäftigte an eine sechsmonatige Tätigkeit gekoppelt.⁶⁷⁶ Einer Änderung bedarf es hier daher nicht.

f) Zusammenfassende Stellungnahme

Die herrschende Definition des Betriebs hat sich von einer abstrakten Begriffsdefinition zu einer am Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung orientierenden Gesamtbetrachtung entwickelt. Diese Offenheit hat den Vorteil, dass sich unterschiedlichste Gestaltungen unter den Begriff fassen lassen. Gerade in Zeiten volatiler Unternehmens- und Entscheidungsstrukturen zeigt sich die Überlegenheit eines flexiblen Begriffsverständnisses.⁶⁷⁷ Das von der Rechtsprechung anerkannte Erfordernis eines einheitlichen Leitungsapparats erweist sich als zweckmäßiges Kriterium zur Bestimmung einer organisatorischen Einheit. Die räumliche Einheit des Betriebes ist dagegen nicht konstituierend, ihr sollte in der digitalisierten Arbeitswelt nur noch eine deutlich reduzierte Indizfunktion beigemessen werden. Die im Schrifttum entwickelten Alternativkonzepte bringen letztlich durchgängig keinen Rechtssicherheits- oder Erkenntnisgewinn.

Cloudworker sind bereits *de lege lata* in den Beschäftigtenkreis des § 5 BetrVG einbezogen, soweit sie als in Heimarbeit Beschäftigte qualifiziert werden. Soweit also die Rechtsprechung das Heimarbeitsrecht auf Cloudworker anwenden sollte oder Cloudworker *de lege ferenda* in das BetrVG einbezogen werden, sollte die Wahlberechtigung in § 7 BetrVG modifiziert und entsprechend der Regelung für die Zeitarbeit für in Heimarbeit Beschäftigte bzw. Cloudworker erst ab einer Betriebszugehörigkeit von mehr als drei Monaten zugebilligt werden. Sind sie für einen gewissen Zeitraum in eine betriebliche Struktur eingebunden, könnte auch über eine Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen in das BetrVG nachgedacht werden. Sie sollten dann aber ebenfalls erst ab einer Betriebszugehörigkeit von mehr als drei

⁶⁷⁶ Richardi/Thüsing, BetrVG, 2018, § 8 Rn. 38.

⁶⁷⁷ Thüsing, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 41.

Monaten wahlberechtigt sein. Da sich flexible moderne Strukturen auch auf der Ebene der betrieblichen Mitbestimmung widerspiegeln sollten, empfiehlt es sich, die Möglichkeiten von abweichenden Vereinbarungen in § 3 BetrVG zu erweitern.

Das Fazit des „Weißbuchs 4.0“ kann nach den Erkenntnissen dieser Studie uneingeschränkt aufrechterhalten bleiben. *„Die Ausgestaltung des Betriebsbegriffs durch die Rechtsprechung und die weite Öffnung des Betriebsverfassungsgesetzes für Vereinbarungslösungen helfen ... in der Praxis mehr als eine formale Definition des Betriebsbegriffs, die morgen bereits von neueren Entwicklungen überholt zu werden droht. Denn diese Maßnahmen ermöglichen es, auch zukünftig rasch und wirksam auf solche Entwicklungen reagieren zu können, die durch den Gesetzgeber nicht bereits im Voraus erfasst werden können.“*⁶⁷⁸

2. Betriebliche Mitbestimmung

Als Hauptproblem der betrieblichen Mitbestimmung konnte unter 1. nicht der Betriebsbegriff identifiziert werden, sondern die schwindende Dauerhaftigkeit moderner Arbeitsformen, auf die es zu reagieren gilt. Dieser Entwicklung könnte durch Möglichkeiten zur vereinfachten Bildung von Betriebsräten und der Anpassung des Geschäftsablaufs an digitale Vorgänge entgegengetreten werden. Die gutachterliche Stellungnahme geht im Interesse der Vollständigkeit daher der Frage nach, wie sich die Wahl des Betriebsrats und die konkrete Betriebsratsarbeit an moderne Arbeitsweisen anpassen lässt. Mögliche Änderungen der Mitbestimmungsrechte sollen nur in ihren Grundzügen umrissen werden, da es sich hierbei weniger um eine juristische als um eine politische Diskussion handelt.

a) Wahl des Betriebsrats

Die Gesetzeslage hinsichtlich der Online-Wahl des Betriebsrats ist eindeutig. Die Stimmabgabe bei einer Betriebsratswahl muss zwingend analog vorgenommen werden.⁶⁷⁹ Weder die §§ 7 bis 20 BetrVG noch die Wahlordnung sehen ein Onlineverfahren vor. Vorschläge, die Vorschriften der Wahlordnung einer „*extensiven zeitgemäßen*“ Auslegung zu unterziehen, mit der Folge, dass entgegen dem eindeutigen Wortlaut auch Online-Wahlen zulässig sind, wurden von der Rechtsprechung zu Recht verworfen.⁶⁸⁰ Sofern die Betriebsratswahl (teilweise) in einem Onlineverfahren durchgeführt wurde, ist sie allerdings nur unwirksam.⁶⁸¹ Der Fehler ist wegen der eindeutigen Gesetzeslage zwar offensichtlich, jedoch nicht so gravierend, dass auch der Anschein einer demokratischen Willensbildung nicht mehr gegeben ist.⁶⁸²

⁶⁷⁸ BMAS, Weißbuch 4.0, 2017, S. 163; zustimmend auch *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 2018, S. 394.

⁶⁷⁹ Vgl. statt aller *Fitting*, BetrVG, 2018, § 14 Rn. 11 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. insbesondere ArbG Hamburg v. 7.6.2017 - 13 BV 13/16, ZIP 2017, 1684.

⁶⁸¹ Vgl. LAG Hamburg v. 15.2.2018 – 8 TaBV 5/17, BeckRS 2018, 20356; zustimmend *Steiner*, ArbRAktuell 2018, 482; *Thüsing*, EWIR 2017, 575.

⁶⁸² *Steiner*, ArbRAktuell 2018, 482; *Thüsing*, EWIR 2017, 575.

Die Möglichkeit zur Onlinestimmabgabe unter Wahrung des Wahlheimnisses muss im Rahmen einer Gesetzesänderung geschaffen werden. Mit der elektronischen Stimmabgabe ließen sich Unternehmensressourcen sparen und eine höhere Beteiligung – gerade der jüngeren Arbeitnehmerschaft – erreichen.⁶⁸³ Die technischen Voraussetzungen für eine sichere Wahl dürften inzwischen gegeben sein.⁶⁸⁴ Der Vollständigkeit halber sei auch ohne direkten Bezug zu Fragen der Digitalisierung auf das verständige Anliegen zur Erweiterung der Möglichkeiten der Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren hingewiesen.⁶⁸⁵

b) Anpassungsbedarf der Betriebsratstätigkeit

Der Anpassungsbedarf bei der Betriebsratsarbeit im digitalen Zeitalter ist unbestritten.⁶⁸⁶ Um mit den Entwicklungen in der Arbeitswelt mithalten zu können, muss die Arbeitsweise des Betriebsrats flexibler und moderner ausgestaltet werden. Die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die Erleichterung und Effektivierung der Betriebsratstätigkeit unterliegen einer regen wissenschaftlichen Untersuchung, deren Schwerpunkte hier in konzentrierter Form aufgegriffen werden sollen.⁶⁸⁷

aa) Betriebsratssitzungen und Beschlussfassung

Gem. § 30 BetrVG tagt der Betriebsrat in nichtöffentlicher Sitzung. Beschlüsse des Betriebsrats werden gem. § 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG grundsätzlich mit der Mehrheit der Stimmen der „anwesenden“ Personen gefasst. Diese beiden Normen stehen im Zentrum der Diskussion um die Zulässigkeit von Betriebsratssitzungen und der Beschlussfassung des Gremiums im Rahmen sog. Videokonferenzen.

Zahlreiche Stimmen in der Literatur halten die Betriebsratssitzung per Videokonferenz nach der aktuellen Gesetzeslage für unzulässig.⁶⁸⁸ „Anwesenheit“ im Sinne des BetrVG setze zwingend die körperliche Anwesenheit voraus, da die Möglichkeit zum Austausch in visueller und auditiver Weise gegeben sein müsse.⁶⁸⁹ Zugleich sei jedenfalls im Rahmen einer Videokonferenz immer das Verbot der öffentlichen Sitzung verletzt, da niemals abschließend beurteilt werden könne, ob unbefugte Personen Zugriff auf die Übertragung bzw. die Gelegenheit zur Kenntnisnahme durch Anwesenheit im gleichen Raum haben.⁶⁹⁰

⁶⁸³ *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 (555); *Harms/Steinau-Steinbrück/Thüsing*, BB 2016, 2677; *Hoffmann-Remy/Zaumseil*, BB 2017, 1717 (1721); *Thüsing*, SR 2016, 87 (103); aA *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 2018, S. 392.

⁶⁸⁴ Vgl. erneut LAG Hamburg v. 15.2.2018 – 8 TaBV 5/17, BeckRS 2018, 20356, wo bereits eine entsprechende Software angeboten und genutzt wurde.

⁶⁸⁵ So bereits das geäußerte Anliegen im *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 158.

⁶⁸⁶ *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 160.

⁶⁸⁷ Vgl. beispielsweise *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 160; *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552; *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 96 f.; *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372.

⁶⁸⁸ Vgl. etwa *ErfK/Koch*, 2019, § 33 BetrVG Rn. 3; *BeckOK ArbR/Mauer*, 2019, BetrVG, § 33 Rn. 3; *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 160; *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 2018, S. 395; *Kramer/Neu*, IT-Arbeitsrecht, 2017, S. 343. *Fitting*, BetrVG, 2018, § 33 Rn. 21b f., wobei Ausnahmen bei Dienstreisen und der Notwendigkeit schneller Reaktion für zulässig erachtet werden.

⁶⁸⁹ Ausführlich insbesondere *GK-BetrVG/Raab*, Bd. I, 2018, § 33 Rn. 10 ff. in Bezug auf § 41a Abs. 2 EBRG; generell ablehnend *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77 (84).

⁶⁹⁰ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 33 Rn. 21b; *Jesgarzewski/Holzendorf*, NZA 2012, 1021 (1022); *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 160.

Bereits die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Gebot der Nichtöffentlichkeit reiche aus, so dass die Betriebsratssitzung per Videokonferenz generell unzulässig sei.⁶⁹¹

Andere Stimmen der Literatur kommen zu dem gegensätzlichen Ergebnis.⁶⁹² Der Betriebsrat müsse auf digitale Kommunikationsmittel zurückgreifen können, um auf Augenhöhe mit Arbeitgeberin und Arbeitgeber agieren zu können. Zugleich könnten durch digitale Betriebsratssitzungen – gerade bei Gesamt- und Konzernbetriebsräten – wertvolle Ressourcen gespart werden.⁶⁹³ Das Kriterium der „Anwesenheit“ in § 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG dürfe nicht als Verbot von Videokonferenzen aufgefasst werden. Sinn und Zweck der Vorschrift sei es die Möglichkeit zur Vernehmung und zur unmittelbaren Reaktion zu gewährleisten.⁶⁹⁴ Dies sei bei einer Videokonferenz aufgrund der visuellen und audiovisuellen Wahrnehmbarkeit gewährleistet. Zugleich sei das Gebot der Nichtöffentlichkeit nicht verletzt.⁶⁹⁵ Zwar könne die Anwesenheit anderer Personen außerhalb des Kamerawinkels nicht vollständig ausgeschlossen werden, jedoch sei dies keine spezifische Gefahr bei Videokonferenzen. Auch „analoge“ Sitzungen könnten durch Smartphones oder ähnliches ohne Probleme mitgeschnitten und weitergeleitet werden.⁶⁹⁶

Eine (höchst)richterliche Klärung dieser Fragen steht bislang noch aus. Vieles spricht dafür, dass Betriebsratssitzung und die Beschlussfassung per Videokonferenz – trotz ihrer offensichtlichen Vorteile in der Praxis – nach geltendem Recht nicht zulässig sind.⁶⁹⁷ Richtig ist, dass das Mitbestimmungsverfahren in Zeiten der schnelleren unternehmerischen Entscheidungsfindung mit den technischen Entwicklungen Schritt halten muss. Eine entsprechend weite Gesetzesauslegung ist aber angesichts des eindeutigen Wortlauts methodologisch nicht haltbar. Es bedarf vielmehr einer Korrektur durch den Gesetzgeber, um die Effektivität der Betriebsratsarbeit in der modernen Zeit zu gewährleisten.⁶⁹⁸ Praxisgerecht erscheint es, *de lege ferenda* die grundsätzliche Zulässigkeit von Videositzungen anzuordnen und zugleich ein Widerspruchsrecht einer qualifizierten Minderheit der Betriebsratsmitglieder einzuführen.⁶⁹⁹

bb) Virtuelle Betriebsversammlung

Die Betriebsversammlung ist ein Forum der innerbetrieblichen Aussprache zwischen Belegschaft, Betriebsrat sowie Arbeitgeberseite, die gem. § 42 Abs. 1 S. 2 BetrVG ebenfalls unter Ausschluss der Öffentlichkeit

⁶⁹¹ Jesgarzewski/Holzendorf, NZA 2012, 1021 (1022).

⁶⁹² Insbesondere *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552; *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372; Baker McKenzie/*Hess*, Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 41.

⁶⁹³ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 96 f. der eine Parallele zur Möglichkeit der Beschlussfassung des Aufsichtsrats gem. § 108 Abs. 4 AktG zieht, so auch *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372 (373).

⁶⁹⁴ *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372 (373).

⁶⁹⁵ *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 (556).

⁶⁹⁶ *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 (556).

⁶⁹⁷ Überzeugend auch GK-BetrVG/*Raab*, Bd. I, 2018, § 33 Rn. 10 ff.; aA *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372 (377 f.) die konkrete Vorschläge hinsichtlich der Verortung entsprechender Regelungen in der Geschäftsordnung des Betriebsrats machen.

⁶⁹⁸ So auch bereits *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 97 f.

⁶⁹⁹ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 97 Fn. 491; *Seifert*, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 23; aA *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 160, wo die Zulässigkeit in begrenzten Ausnahmefällen nach einstimmiger Entscheidung des Betriebsrats bevorzugt wird; ebenso *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 2018, S. 395.

abzuhalten ist. Um die Teilnahme derjenigen Belegschaftsmitglieder zu ermöglichen, die sich nicht im räumlichen Betriebsbereich aufhalten, wird die Abhaltung einer „virtuellen“ Betriebsversammlung diskutiert.

Technisch ließe sich die „virtuelle“ Versammlung wohl nur auf einem Wege durchsetzen. Die Betriebsangehörigen müssten über einen personalisierten Zugang dem Livestream der im Betrieb stattfindenden Veranstaltung folgen.⁷⁰⁰ Es bestünde wiederum die Gefahr der unbefugten Kenntnisnahme durch betriebsfremde Personen. Da es sich bei der Betriebsversammlung hauptsächlich um ein Diskussionsforum und nicht um ein Beschlussgremium handelt, dürfte dieses Risiko allerdings zu vernachlässigen sein. Der Übertragung der Betriebsversammlung per Livestream dürften bei entsprechender Bekanntgabe durch die Versammlungsleitung keine Persönlichkeitsrechte der Anwesenden entgegenstehen.⁷⁰¹ Sofern einzelne Teilnehmer der Übertragung ihrer Redebeiträge widersprechen sollten, müsste der Livestream nach geltendem Recht zwingend unterbrochen werden.⁷⁰² Der Gesetzgeber sollte auch hier eine klare gesetzliche Regelung und zwar unter Ausschluss eines Widerspruchsrechts treffen.⁷⁰³

cc) Einholung externen Sachverständigen

Der Betriebsrat kann zur effektiven Ausübung seiner Beteiligungsrechte auf zwei Wegen externen Sachverständigen einholen. Gem. § 111 S. 2 BetrVG kann der Betriebsrat in Unternehmen mit mehr als 300 Beschäftigten bei einer anstehenden beteiligungspflichtigen Betriebsänderung zu seiner Unterstützung einen Berater hinzuziehen. Nach der allgemeinen Regelung des § 80 Abs. 3 BetrVG kann der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Es bedarf dazu jedoch einer Vereinbarung mit der Arbeitgeberseite, die durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann.

Um komplexe – zumeist technische – und für die Beteiligungsrechte relevante Fragen komplikationslos klären zu können, spricht sich insbesondere *Krause* für die generelle Aufhebung der Einvernehmenslösung des § 80 Abs. 3 BetrVG aus. Er fordert die Verallgemeinerung der Regelung in § 111 S. 2 BetrVG.⁷⁰⁴ Dem kann nicht gefolgt werden. Bei einer Ausweitung des § 80 Abs. 3 BetrVG würde sich die Frage nach der Erforderlichkeit auf eine gerichtliche ex-post Überprüfung verlagern mit eher negativen Folgen für die Haftung des Betriebsrats. Diskussionswürdiger erscheint der im *Weißbuch 4.0* geäußerte Vorschlag, die

⁷⁰⁰ *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372 (376), die zugleich die Möglichkeit einer komplett digitalen Versammlung aufwerfen, jedoch ebenfalls praktische Probleme bei der Gesprächskoordination erkennen.

⁷⁰¹ *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372 (377); zur Zulässigkeit von Tonaufnahmen und bildlichen Aufzeichnungen allgemein *Fitting*, BetrVG, 2018, § 42 Rn. 45 mwN.

⁷⁰² *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 (557); *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 2018, S. 396.

⁷⁰³ *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 (557) unter Parallele zu der entsprechenden Regelung für Hauptversammlungen nach § 118 Abs. 3 AktG.

⁷⁰⁴ *Krause*, Gutachten B DJT 2016, B 98; so auch *Klebe*, NZA-Beilage, 2017, 77 (83).

Hinzuziehung des Sachverständigen auf das Mitbestimmungsrecht bei Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen zu beschränken (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG).⁷⁰⁵ Eine solche Regelung könnte den komplexen technischen Aspekten sowie dem Interesse an der schnellen Bearbeitung gleichermaßen Rechnung tragen.

c) Herausforderungen an die Mitbestimmungsrechte

Abschließend bleibt unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die Frage, welche Auswirkungen die im Zuge der Digitalisierung aufkommenden neuen Erwerbsformen auf die Mitbestimmung haben. Einen Überblick über die gesamte Thematik der Mitbestimmungsinhalte und deren Reformvorschläge kann das Gutachten nicht leisten, sondern muss sich auf (digitale) Schwerpunkte konzentrieren. Das Spektrum der in der einschlägigen Literatur geäußerten Vorschläge ist insoweit fast ausufernd, es reicht von Zweifeln, ob Mitbestimmung insgesamt noch in die digitalisierte Arbeitswelt passt,⁷⁰⁶ bis hin zu der Forderung zur extensiven Ausweitung der Mitbestimmungsrechte.⁷⁰⁷ Insgesamt gesehen erscheint die Diskussion über ein generelles Mehr oder Weniger an betrieblicher Mitbestimmung der Sache kaum zuträglich. Im Vordergrund der Überlegungen sollte vielmehr *„eine interessengerechte Interpretation der gesetzlichen Regelungen“* unter besonderer Berücksichtigung der neu entstandenen Problemschwerpunkte stehen.⁷⁰⁸ Aus rechtsvergleichender Sicht sollte beachtet werden, dass das deutsche Betriebsverfassungsrecht schon derzeit ganz singulär weitreichende Mitbestimmungsrechte für den Betriebsrat kennt. Auch im Bereich der Digitalisierung kennt keine Rechtsordnung auch nur annähernd vergleichbare, geschweige denn weitergehende Rechte.

Im Rahmen der digitalisierten Arbeitswelt bietet § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG derzeit einen sehr weitgehenden Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten. Die enorme Tragweite der Vorschrift rührt aus dem Umstand, dass das BAG das Mitbestimmungsrecht bereits dann bejaht, *„wenn die Einrichtung auf Grund ihrer technischen Gegebenheiten und ihres konkreten Einsatzes objektiv zur Überwachung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geeignet ist“*,⁷⁰⁹ was nahezu immer der Fall sein wird. Der (missverständliche) Wortlaut der Vorschrift spricht von *„dazu bestimmt sein“*. Im Rahmen der gesamten IT-Technologie besteht deshalb derzeit ein nahezu unbegrenztes Mitbestimmungsrecht,⁷¹⁰ das als

⁷⁰⁵ BMAS, Weißbuch 4.0, 2017, S. 159 f; ebenso Seifert, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 25.

⁷⁰⁶ Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, 2017, S. 135 ff.

⁷⁰⁷ Vgl. etwa Klebe, NZA-Beil. 2017, 77 ff.

⁷⁰⁸ So auch Arnold/Günther/Benecke, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 269.

⁷⁰⁹ Zuletzt etwa BAG v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, NZA 2017, 657.

⁷¹⁰ Kritisch etwa Hanau, NJW 2016, 2613 (2615).

viel zu weitreichend beklagt wird.⁷¹¹ Insbesondere die notwendige Aktualisierung von Softwareprogrammen kann immer wieder neue Mitbestimmungsverfahren in Gang setzen, da dauerhaft Updates implementiert werden sollen. Zur sachgerechten Begrenzung der Anzahl an Mitbestimmungsverfahren überzeugt in praktischer Hinsicht die Idee von „*prozessorientierten Betriebsvereinbarungen*“, welche die Zulässigkeit von absehbaren Änderungen für eine gewisse Zeit antizipieren.⁷¹² Die Frage nach der Ausweitung oder – nach der hier präferierten Ansicht sich anbietenden – Begrenzung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist Teil einer politischen Auseinandersetzung und soll vorliegend ausgeklammert werden.⁷¹³

In diesem Zusammenhang ist auf die Frage nach den Auswirkungen der zunehmenden Zentralisierung von IT-Systemen in Unternehmen und Konzernen einzugehen. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats oder des Konzernbetriebsrats nach den §§ 50 Abs. 1 und 58 Abs. 1 BetrVG kann sich unter anderem aus dem zwingenden Erfordernis einer unternehmensübergreifenden oder konzernweiten Regelung ergeben.⁷¹⁴ Der Wunsch nach Vereinheitlichung der IT-Systeme resultiert insbesondere aus nachvollziehbaren Kosteninteressen, aber auch Koordinierungsinteressen kommt in den besprochenen konzernweiten Matrixorganisationen ein hoher Stellenwert zu.⁷¹⁵ Für die Beurteilung der Zuständigkeit sind stets die konkreten Umstände des Konzerns, der einzelnen Unternehmen sowie der jeweiligen technischen Einrichtungen maßgeblich.⁷¹⁶ Diese auf den Einzelfall abstellende und vermittelnde Sichtweise schafft einen Ausgleich zwischen den Interessen der jeweiligen örtlichen Betriebsräte an der Gewährung ihrer Mitbestimmungsrechte sowie Überwachungspflichten und den Interessen der Arbeitgeberseite an Zentralisierung. Eine Änderung der Kompetenzverteilung scheint deshalb nicht angebracht.

Eine differenzierte Beurteilung drängt sich im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung des § 111 ff. BetrVG auf. In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern trifft das Unternehmen die Pflicht, den Betriebsrat über eine geplante Betriebsänderung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und sie mit ihm zu beraten (§ 111 S. 1 BetrVG). Die Beratung bezieht sich darauf, ob und wie die Betriebsänderung durchgeführt wird und ob und wie wirtschaftliche Nachteile, die den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern infolge der Betriebsänderung entstehen, ausgeglichen oder gemildert werden. Im Zuge der zunehmenden Flexibilisierung der Arbeit durch digitale Arbeitsformen gewinnen die Tatbestände des § 111 S. 3 BetrVG zunehmend an Bedeutung. Ein Fall der

⁷¹¹ Dazu *Henssler*, NZA-Beilage 2018, 31 (33); *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 150 f. gehen davon aus, dass die Betriebsparteien überwiegend zu einer ausgewogenen Regelung unter Gebrauch der ihr zugestandenen Flexibilität in der Lage sind; ebenso *Seifert*, Verhandlungen des 71. DJT 2016, L 24.

⁷¹² *Seifert*, Referat zum 71. DJT, 2016, L. 24 unter Verweis auf *Maas/Schmitz/Wedde*, Datenschutz 2014 – Probleme und Lösungsmöglichkeiten, 2014, S. 93 ff.

⁷¹³ Vgl. dazu etwa *BMAS*, Weißbuch 4.0, 2017, S. 160 mit den jeweiligen Stellungnahmen; *Baker McKenzie/Giese*, Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 139; *Benecke*, Unternehmen 4.0, 2018, S. 32 f.; *Zumkeller*, AuA 2015, 334; *Günther/Bogtmüller*, NZA 2015, 1025 (1027).

⁷¹⁴ *Fitting*, BetrVG, 2018, § 50 Rn. 41 mwN.

⁷¹⁵ Vgl. *Bachner*, NZA 2019, 134 (139).

⁷¹⁶ Vgl. insgesamt *Bachner/Rupp*, NZA 2016, 207; *Bachner*, NZA 2019, 134 (139).

erzwingbaren Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten wird deshalb beispielsweise bei der Einführung des sog. „Desk-Sharing“ angenommen.⁷¹⁷ Sachgerecht erscheint es, die sehr weitgehenden Rechte aus § 111 BetrVG auf elementare Fälle des Personalabbaus zu beschränken.⁷¹⁸

3. Zusammenfassung in Thesen

1. Der anerkannte betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff verliert in der digitalisierten Arbeitswelt aufgrund der Volatilität moderner Arbeitsformen zunehmend seine Anknüpfungspunkte. Zugleich flexibilisieren sich die Strukturen von Unternehmen, um auf die Anforderungen der Märkte bestmöglich reagieren zu können. Die Folgen der zeitlichen Diskontinuität moderner Arbeitsstrukturen lassen sich selbst durch Änderungen der Betriebsverfassung nicht vollständig abfedern.
2. Der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff muss sich in Ermangelung einer Legaldefinition am Regelungsanliegen des BetrVG, das auf eine möglichst effektive Gewährung der Arbeitnehmerrepräsentation gerichtet ist, orientieren. Ungeachtet der Herausforderungen, welche die digitale Transformation der Arbeitswelt mit sich bringt, gilt es, den beiden maßgeblichen Kriterien der Arbeitnehmer- und Entscheidungsnähe soweit wie möglich Rechnung zu tragen.
3. Der von Rechtsprechung und herrschender Literatur vertretene Betriebsbegriff geht auf die Idee eines allgemeinen, dem Gesetz vorgegebenen Rechtsbegriffs zurück, wird mittlerweile jedoch zutreffend einer teleologischen Auslegung unterzogen. Im Rahmen der notwendigen Gesamtbetrachtung aller Begriffsmerkmale ist insbesondere das Kriterium eines einheitlichen Leitungsapparats begriffskonstituierend.
4. Die flexible Handhabung des Betriebsbegriffs im Zuge einer wertenden Gesamtbetrachtung erweist sich in Bezug auf die vielfältigen unternehmerischen Ausprägungen der digitalen und analogen Arbeitswelt als sachgerecht. Es bedarf deshalb keiner gesetzlichen Definition. Die aktuell diskutierten Definitionsversuche bringen keinen Mehrwert gegenüber dem bisherigen Begriffsverständnis, sondern beruhen auf einer Überbetonung einzelner Kriterien.
5. Die von § 3 BetrVG eröffneten Optionen für eine flexible Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung haben sich in der Praxis schon bislang bewährt. Sie ermöglichen in flexiblen unternehmerischen Strukturen passgenaue Modelle der betrieblichen Mitbestimmung. Da sich die Flexibilität moderner Arbeitsformen mutmaßlich weiter ausbreiten und verstärken wird, empfiehlt es sich, die Gestaltungsmöglichkeiten des § 3 BetrVG im darlegten Umfang teils klarzustellen, teils aber auch weiter auszubauen.

⁷¹⁷ ArbG Frankfurt a. M. v. 8.1.2003 –2 BVGa 587/02, BeckRS 2013, 65526.

⁷¹⁸ Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, 2017, S. 144; aA Klebe, NZA-Beilage 2017, 77 (80).

6. Anpassungen des Wahlverfahrens und der Rahmenbedingungen der konkreten Betriebsratsarbeit sind für Unternehmen, in denen die Arbeit nicht mehr schwerpunktmäßig in einer Betriebsstätte stattfindet, unerlässlich. Dies wäre zugleich im Interesse der **Cloudworker**, insbesondere, sofern damit eine betriebliche Interessenvertretung von Cloudworkern in plattformbetreibenden Unternehmen unterstützt wird. Neben den bereits derzeit in § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG einbezogenen in Heimarbeit Beschäftigten könnte erwogen werden, **alle arbeitnehmerähnliche Selbstständige** insgesamt in § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG aufzunehmen. In diesem Fall sollte diesen Gruppen allerdings – angelehnt an die Regelung der Zeitarbeit – ein Wahlrecht erst bei einer Tätigkeit von mehr als drei/sechs Monaten für den Betrieb zustehen. Eine solche Beschränkung der Beteiligungsrechte wäre bei einer etwaigen Einordnung von Cloudworkern in das Heimarbeitsrecht (*de lege lata*) schon aufgrund der höheren Dynamik angemessen.

7. Das geltende Modell einer analogen Betriebsratswahl wird sich bei fortschreitender räumlicher und zeitlicher Entgrenzung der Arbeitsleistung zunehmend als Hemmnis bei der Einführung betrieblicher Repräsentationsorgane erweisen. Um eine höhere Akzeptanz und Wahlbeteiligung – insbesondere bei den sog. digital natives – zu erreichen, sollte die Möglichkeit zur Onlinewahl in das Gesetz aufgenommen werden.

8. Die Vorschriften zum internen Geschäftsablauf des Betriebsrats bedürfen ebenfalls dringend einer Anpassung an die aktuellen technischen Möglichkeiten. Die Beschlussfassung des jeweiligen Repräsentationsorgans muss beschleunigt werden, damit ein Gleichlauf mit den unternehmerischen Entscheidungsprozessen gewährleistet ist.

9. Die aktuelle Diskussion über ein generelles Mehr oder Weniger an betrieblicher Mitbestimmung ist nicht zielführend. Im Vordergrund sollte eine interessengerechte Interpretation der gesetzlichen Regelungen unter besonderer Berücksichtigung der neu entstandenen Problemschwerpunkte stehen. Bedenken bestehen gegen ein ausuferndes Verständnis der Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wobei die Betriebsparteien bei Beachtung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit in der Praxis häufig interessengerechte Lösungen finden.

C. Literaturverzeichnis

<i>Absenger, Nadine / Heidfeld, Birgit</i>	Abbau des Kündigungsschutzes für Gutverdienende – ein verfassungsrechtlich bedenkliches und empirisch nicht notwendiges Koalitionsvorhaben, AuR 2018, S. 571 ff.
<i>Akerlof, George</i>	The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism, Uncertainty in economics, Academic Press 1978, S. 235ff.
<i>Aldenhoff, Hans-Hermann</i>	Abschaffung des Kündigungsschutzes für Spitzenverdiener, NZA 2010, S. 800 ff.
<i>Annuß, Georg</i>	Plädoyer für ein zukunftsfähiges Arbeitsrecht, NZA 2017, S. 345 ff.
<i>Arnold, Christian / Günther, Jens (Hrsg.)</i>	Arbeitsrecht 4.0, München 2018
<i>Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid</i>	Kündigungsrecht, 5. Aufl., München 2017
<i>Bachner, Michael</i>	Die Matrixorganisation in der Betriebsverfassung, NZA 2019, S. 134 ff.
<i>Bachner, Michael / Rupp, Hans</i>	Die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats bei der Einführung technischer Einrichtungen, NZA 2016, S. 207 ff.
<i>Baker McKenzie, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern mbB (Hrsg.)</i>	Arbeitswelt 4.0, Berlin 2017
<i>Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.)</i>	Beckscher Online-Kommentar BGB, 49. Edition, Stand 01.02.2019, München 2019
<i>Bauer, Jobst-Hubertus / Herzberg, Dana</i>	Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen, NZA 2011, S. 713 ff.
<i>Bauer, Jobst-Hubertus / von Medem, Andreas</i>	„One size fits all“ – im Arbeitsrecht nicht angemessen, NZA 2013, S. 1233 ff.
<i>Bayreuther, Frank</i>	Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, Forschungsbericht 508 erstellt für das BMAS, 2018
<i>Bayreuther, Frank</i>	Braucht es rechtliche Sonderregelungen für den unternehmerähnlichen Arbeitnehmer?, NZA, S. 1238 ff.
<i>Benecke, Martina (Hrsg.)</i>	Unternehmen 4.0, Baden-Baden 2018
<i>Berg, Janine / Furrer, Marianne / Harmon, Ellie / Rani, Uma / Silberman, Six</i>	Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world, ILO Report, 2018
<i>Berger, Veronika</i>	Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, Köln 2017
<i>Berger, Thor / Chen, Chinchih / Frey, Carl Benedikt</i>	Drivers of Disruption? Estimating the Uber Effect, European Economic Review 110, 2018, S. 197ff.
<i>Bissels, Alexander / Krings, Hannah</i>	Dringend gebotene Reform des Arbeitszeitgesetzes – Neues wagen, NJW 2016, S. 3418 ff.

<i>Boecken, Winfried / Düwell, Josef / Diller, Martin / Hanau, Hans</i>	Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016
<i>Bonanni, Andrea</i>	Lockerung des Kündigungsschutzes für Risikoträger, ArbRB 2019, S. 79 ff.
<i>Bonin, Holger / Rinne, Ulf</i>	Omnibusbefragung zur Verbesserung der Datenlage neuer Beschäftigungsformen, Kurzexpertise im Auftrag des BMAS, 2017
<i>Brammsen, Joerg</i>	Der Arbeitnehmerbegriff - Versuch einer einheitlichen Neubestimmung RdA 2010, S. 267 ff.
<i>Brenke, Karl / Beznoska, Martin</i>	Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe, Forschungsbericht 465 erstellt für das BMAS, 2016
<i>Brose, Wiebke</i>	Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt NZS 2017, S. 7 ff.
<i>Buchner, Herbert</i>	Betriebsverfassungs-Novelle auf dem Prüfstand, NZA 2001, S. 633 ff.
<i>Bücker, Andreas</i>	Externe Arbeitskräfte in einer vernetzten Arbeitswelt – Schlüsselbegriffe und Leitbilder zur Diskussion einer aktuellen Herausforderung des Arbeitsrecht, Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs, Festschrift für Armin Höland, 2015, S. 477
<i>Bücker, Andreas</i>	Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen – Zur notwendigen Neujustierung der Begriffe in der vernetzten Arbeitswelt, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte, 2016, S. 21 ff.
<i>Buhr, Daniel / Frankenberger, Rolf / Ludewig, Annalisa</i>	Auf dem Weg zu Wohlfahrt 4.0 – Digitalisierung in Estland, Länderstudie erstellt für die FES, 2017
<i>Bundesbank</i>	Monatsbericht Februar 2019, Nr. 71.2, Frankfurt am Main 2019
<i>Bundeskartellamt</i>	Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Diskussionspapier zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 1. Oktober 2015
<i>Bundesministerium für Arbeit und Soziales</i>	Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017
<i>Bundesministerium für Bildung und Forschung</i>	ZukunftsMonitor IV: Wissen schaffen – Denken und Arbeiten in der Welt von morgen, Berlin 2017
<i>Caliendo, Marco / Fossen, Frank / Kritikos, Alexander</i>	Selbständige sind anders: Persönlichkeit beeinflusst unternehmerisches Handeln, DIW Wochenbericht Berlin, Vol. 78 (11), 2011, S. 2ff.
<i>Caillaud, Bernard / Jullien, Bruno</i>	Chicken & egg: Competition among intermediation service providers, RAND Journal of Economics, 34.2, 2003, S. 309ff.
<i>Conzelmann, Nicole / Jaensch, Michael / Küfner-Schmitt, Irmgard</i>	Arbeitszeit in der digitalen Arbeitswelt. Eine arbeitsrechtliche Untersuchung flexibilisierender Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung des Gesundheitsschutzes, Berlin 2017
<i>Däubler, Wolfgang</i>	Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2018
<i>Däubler, Wolfgang</i>	Digitalisierung – Herausforderung für das Arbeitsrecht, SR-Sonderausgabe zur AuR 2016, S. 1 ff.
<i>Däubler, Wolfgang / Hjort, Jens Peter / Schubert, Michael / Wolmerath, Martin</i>	Arbeitsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017

<i>Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas / Wedde, Peter (Hrsg.)</i>	Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., Frankfurt am Main 2018
<i>Däubler, Wolfgang / Klebe, Thomas</i>	Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht? NZA 2015, S. 1032 ff.
<i>Deinert, Olaf</i>	Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013
<i>Deinert, Olaf</i>	Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes, RdA 2018, S. 359 ff.
<i>Deinert, Olaf</i>	Solo-Selbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen, Baden-Baden 2015
<i>Deutscher Juristentag</i>	Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, München 2016
<i>Eekhoff, Johann / Milleker, David</i>	Die Aufgaben der Arbeitslosenversicherung neu bestimmen, Frankfurter Institut Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Kleine Handbibliothek Nr. 31, 2000
<i>Entzeroth, Katja</i>	Der leitende Angestellte im Individualarbeitsrecht, 2010 (zugl. Dissertation, Universität zu Köln 2009)
<i>Erbs, Georg / Kohlhaas, Max</i>	Strafrechtliche Nebengesetze, 222. Aufl., München 2019
<i>Esch, Konstantin</i>	jurisPR-ArbR 13/2015 Anm. 2
<i>Eufinger, Alexander</i>	Zur Anwendbarkeit des Kartellrechts bei Tarifverträgen, DB 2015 S. 192 ff.
<i>Eufinger, Alexander</i>	Lockerung des Kündigungsschutzes für Spitzenverdiener in der Finanzbranche – Eine Betrachtung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, WM 2018, S. 1778 ff.
<i>Evans, David / Schmalensee, Richard</i>	The industrial organization of markets with two-sided platforms, Competition Policy International 3.1, 2007, S. 151ff.
<i>Ferrari, Franco</i>	Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., München 2012
<i>Fitting, Karl (Begr.) / Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid / Trebinger, Yvonne / Linsenmaier, Wolfgang</i>	Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl., München 2018
<i>Franzen, Martin</i>	Reformbedarf beim Betriebs- und Arbeitnehmerbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes, ZfA 2000, S. 285 ff.
<i>Franzen, Martin</i>	Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Arbeitsrecht im Jahr 2014 und im ersten Halbjahr 2015, EuZA 2015, S. 445 ff.
<i>Franzen, Martin</i>	Folgen von Industrie 4.0 für die Betriebsverfassung – Betriebsbegriff und Vereinbarungen nach § 3 BetrVG, in: Giesen, Richard / Junker, Abbo / Rieble, Volker (Hrsg.), Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrecht, S. 107 ff, München 2016
<i>Franzen, Martin / Gallner, Inken / Oetker, Hartmut</i>	Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018
<i>Fromen, Wolfgang</i>	Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, Der Versuch einer kritischen Analyse, in: Festschrift für Dieter Gaul, S. 151 ff., München 1992
<i>Fündling, Caroline / Sorber, Dominik</i>	Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats?, NZA 2017, S. 552 ff.

<i>Gamillscheg, Franz</i>	Nachruf auf den Gruppengrundsatz, Überlegungen zum Betriebsbegriff, AuR 2001, S. 411 ff.
<i>Gamillscheg, Franz</i>	„Betrieb“ und „Bargaining unit“, Versuch des Vergleichs zweier Grundbegriffe, ZfA 1975, S. 357 ff.
<i>Giesen, Richard</i>	Betriebersetzung durch Tarifvertrag?, BB 2002, S. 1480 ff.
<i>Giesen, Richard / Kersten, Jens</i>	Arbeit 4.0, Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, München 2017
<i>Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Rolfs, Christian / Udsching, Peter</i>	Beckscher – Online Kommentar Sozialrecht, 52. Edition, Stand: 01.03.2019, München 2019
<i>Goldmann, Julius</i>	Tarifverträge für selbständige Dienstleistungsanbieter als Verstoß gegen EU-Kartellrecht? EuZA 2015, S. 509 ff.
<i>Günther, Jens / Boglmüller, Matthias</i>	Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, S. 1025 ff.
<i>Greef, Samuel / Schroeder, Wolfgang</i>	Plattformökonomie und Crowdworking: Eine Analyse der Strategien und Positionen zentraler Akteure, Forschungsbericht 500 erstellt für das BMAS, 2017
<i>Grimshaw, Damian / Rubery, Jill</i>	The motherhood pay gap – A review of the issues, theory and international evidence, ILO Working Papers, 2015
<i>Hanau, Hans</i>	Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, S. 2613 ff.
<i>Hanau, Peter</i>	Die Reform der Betriebsverfassung, NJW 2001, S. 2513 ff.
<i>Harms, Michael / von Steinau-Steinrück, Robert / Thüsing, Gregor</i>	Betriebsverfassung 4.0 – Onlinewahl ermöglichen, BB 2016, S. 2677
<i>Haucap, Justus</i>	Ordnungspolitik und Kartellrecht im Zeitalter der Digitalisierung, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 77, 2015
<i>Haucap, Justus / Wenzel, Tobias</i>	Wettbewerb im Internet: Was ist online anders als offline?, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 60.2, 2011, S. 200ff.
<i>Haupt, Susanne / Wollenschläger, Michael</i>	Virtueller Arbeitsplatz - Scheinselbständigkeit bei einer modernen Arbeitsorganisationsform, NZA 2001, S. 289 ff.
<i>Henssler, Martin</i>	Betriebsratswahlen bei Unternehmen mit bundesweiter Vertriebsstruktur – Überlegungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil, in: Personalrecht im Wandel, Festschrift für Wolf Dieter Küttner, S. 479 ff., München 2006
<i>Henssler, Martin</i>	1. Deutscher Arbeitsrechtstag – Generalbericht, NZA-Beilage 2014, S. 95 ff.
<i>Henssler, Martin</i>	Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18 ff.
<i>Henssler, Martin</i>	Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, S. 1 ff.
<i>Henssler, Martin / Grau, Timon</i>	Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, Bonn 2017
<i>Henssler, Martin / Lunk, Stefan</i>	Leitende Angestellte und das Arbeitszeitrecht – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, NZA 2016, S. 1425 ff.
<i>Henssler, Martin / Preis, Ulrich</i>	Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, München 2006
<i>Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich / Holznagel, Bernd (Hrsg.)</i>	Handbuch Multimedia-Recht, 47. Aufl. 2019, München 2019

<i>Hoffmann-Remy, Till / Zaumseil, Frank</i>	Betriebsratswahl 2018 – alte und neue Fehler vermeiden, , BB 2017, S. 1717 ff.
<i>Hötte, Daniel</i>	Crowdsourcing – Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR 2014, S. 795 ff.
<i>Hromadka, Wolfgang</i>	Kündigungsschutz für leitende Angestellte – Geltendes Recht und rechtspolitische Überlegungen, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 395 ff.
<i>Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl</i>	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl., Berlin / Frankfurt am Main, 1963
<i>Huws, Ursula / Spencer, Neil / Syrdal Dag / Holts, Kaire</i>	Work in the European Gig Economy: Research Results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy, Foundation for European Progressive Studies, 2017
<i>Hüßtege, Rainer / Mansel, Heinz-Peter</i>	Rom-Verordnungen – EuErbVO – HUP, Band 6, 2. Auflage, Baden-Baden 2015
<i>Internationales Arbeitsamt</i>	Soziale Sicherheit für soziale Gerechtigkeit und eine faire Globalisierung, Wiederkehrende Diskussion über sozialen Schutz (Soziale Sicherheit) im Rahmen der Erklärung der IAO über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung, Genf 2011
<i>Jacobi, Erwin</i>	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Viktor Ehrenberg, S. 1 ff., Leipzig 1927
<i>Jacobi, Erwin</i>	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
<i>Jacobs, Matthias</i>	Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, NZA 2016, S. 733 ff.
<i>Jesgarzewski, Tim / Holzendorf, Tobias</i>	Zulässigkeit virtueller Betriebsratssitzungen, NZA 2012, S. 1021 ff.
<i>Joost, Detlev</i>	Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, München 1988
<i>Junker, Abbo</i>	Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2016, S. 184 ff.
<i>Kania, Thomas / Klemm, Claudia</i>	Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG, RdA 2006, S. 22 ff.
<i>Karthaus, Boris</i>	Matrix – Anforderungen an einen modernen Betriebsbegriff, AuR 2018, S. 342 ff.
<i>Kässi, Otto / Lehdonvirta, Vili</i>	Online Labour Index: Measuring the Online Gig Economy for Policy and Research, MPRA Paper No. 86627, 2018
<i>Kiel, Heinrich / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht – Gesamtwerk in 4 Bänden, 4. Aufl., München 2018
<i>Klebe, Thomas</i>	Betriebsrat 4.0 – Digital und global?, NZA-Beilage 2017, S. 77 ff.
<i>Klebe, Thomas</i>	Faire Arbeit im Netz?, AuR 2016, S. 277 ff.
<i>Kleinebrink, Wolfgang / Commandeur, Gert</i>	Der „neue“ Betriebsbegriff bei Massenentlassungen und dessen Folgen, NZA 2015, S. 853 ff.
<i>Knickrehm, Sabine / Kreikebohm, Ralf / Waltermann, Raimund</i>	Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl., München 2019
<i>Kocher, Eva / Hensel, Isabell</i>	Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, S. 984 ff.

<i>Kocher, Eva</i>	Die Grenzen des Arbeitsrechts. Der rechtliche Schutz in der Erwerbsarbeit außerhalb von Arbeitsverhältnissen, KJ 2013, S.145 ff.
<i>König, Julia</i>	Arbeitgebermehrheiten, Baden-Baden 2019 (zugl. Dissertation, Universität zu Köln 2018)
<i>Körner, Anne</i>	Beitragsrisiken des Arbeitgebers bei Einsatz von Fremdpersonal – Verbesserungspotential für das Anfrageverfahren zur Klärung von Scheinselbstständigkeit, NZA 2019, S. 278 ff.
<i>Körner, Anne / Leitherer, Stephan / Mutschler, Bernd / Rolfs, Christian</i>	Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 102. Aufl., München 2019
<i>Kort, Michael</i>	Matrix-Strukturen und Betriebsverfassungsrecht, NZA 2013, S. 1318 ff.
<i>Kothe, Wolfhard</i>	Der Gemeinschaftsbetrieb im Spiegel des Gesellschafts- und Konzernrechts, RdA 1992, S. 302 ff.
<i>Kramer, Stefan (Hrsg.)</i>	IT- Arbeitsrecht, München 2017
<i>Krause, Rüdiger</i>	Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016
<i>Krause, Rüdiger</i>	Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, NZA 2016, S. 1004 ff.
<i>Krause, Rüdiger</i>	Crowd Worker in Deutschland - Eine empirische Studie zum Arbeitsumfeld auf externen Crowdsourcing-Plattformen, 2016
<i>Küttner, Jürgen</i>	Personalbuch, 26. Aufl., München 2019
<i>Lehdonvirta, Vili / Kässi, Otto / Hjorth, Isis / Barnard, Helena / Graham, Mark</i>	The Global Platform Economy: A New Offshoring Institution Enabling Emerging-Economy Microproviders, Journal of Management, Vol. 45 No. 2, 2018, S. 567ff.
<i>Leist, Dominik / Hiebl, Christina / Schlachter, Monika</i>	Plattformökonomie – Eine Literaturlauswertung, Forschungsbericht 499 erstellt für das BMAS, 2017
<i>Linck, Rüdiger</i>	Offene Fragen des Pflegezeitgesetzes, BB 2008, S. 2738 ff.
<i>Lingemann, Stefan / Otte, Jörn</i>	Arbeitsrechtliche Fragen der „economy on demand“, NZA 2015, S. 1042 ff.
<i>Linnenkohl, Karl</i>	Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, BB 1998, S. 45 ff.
<i>Ludwig, Daniel / Glau, Julian</i>	Betriebsänderung und gewillkürte Betriebsstruktur – Worauf es in der Praxis ankommt!, BB 2019, S. 309 ff.
<i>Maas, Ingrid / Schmitz, Karl / Wedde, Peter</i>	Datenschutz 2014 – Probleme und Lösungsmöglichkeiten, Frankfurt am Main 2014
<i>Maier, Michael / Viète, Steffen / Ody, Margard</i>	Plattformbasierte Erwerbsarbeit: Stand der empirischen Forschung, Forschungsbericht 498 erstellt für das BMAS, 2017
<i>Maier, Michael / Ivanov, Boris</i>	Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland, Forschungsbericht 514 erstellt für das BMAS, 2018
<i>Maschmann, Frank</i>	Was ist ein Betrieb im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, EuZA 2015, S. 488 ff.
<i>Maschmann, Frank / Fritz, Hans-Joachim (Hrsg.)</i>	Matrixorganisationen, München 2019
<i>Mecke, Christian</i>	Arbeit 4.0 - Schöne neue sozialversicherungsfreie Arbeitswelt, SGB 2016, S. 481 ff.

<i>Meyer, Cord</i>	Von Mehrfachbeschäftigungsverhältnissen bis hin zu Matrix-Strukturen im Konzern – Herausforderungen auch für den Arbeitsrechtler, NZA 2013, S. 1326 ff.
<i>Meyer-Michaelis</i>	Rechtliche Rahmenbedingungen von Crowdfunding, DB 2016, S. 2543 ff.
<i>Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.)</i>	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019
<i>Mrass, Volkmar / Peter, Christoph</i>	Crowdworking-Plattformen in Deutschland, Working Paper Series Universität Kassel, Nr. 16, 2017
<i>Nebe, Katja</i>	Neue Arbeitswelten – Die Innovationskraft des Betriebsverfassungsgesetzes, AuR 2014, S. 51 ff.
<i>Niehues, Judith / Pimpertz, Jochen</i>	Alterssicherung der Selbstständigen in Deutschland, IW-Trends, Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung, Vol. 39 (3), 2012, S. 17ff.
<i>OECD</i>	The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?, OECD Publishing, Paris 2018
<i>Ohnemus, Jörg / Erdsiek, Daniel / Viete, Steffen</i>	Nutzung von Crowdfunding durch Unternehmen: Ergebnisse einer ZEW-Unternehmensbefragung, Forschungsbericht 473 erstellt für das BMAS, 2016
<i>Otten, August</i>	Heimarbeit - ein Dauerrechtsverhältnis eigener Art, NZA 1995, S. 289 ff.
<i>Pacha, Julia</i>	Crowdwork – Arbeitsrechtlicher Schutz einer neuen Beschäftigungsform, München 2018 (zugl. Dissertation Universität München 2017)
<i>Pesole, Annarosa / Urzi Brancati, Maria Cesira / Fernandez Macias, Enrique / Biagi, Federico / Gonzales Vazquez, Ignacio</i>	Platform Workers in Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018
<i>Pickenhahn, Christiane</i>	GmbH-Geschäftsführer als schutzbedürftige Arbeitnehmer?, Hamburg 2017
<i>Picker, Eduard</i>	Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, S. 259 ff.
<i>Pottschmidt, Daniela</i>	Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, Baden-Baden 2006
<i>Preis, Ulrich</i>	Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2017
<i>Preis, Ulrich</i>	Legitimation und Grenzen des Betriebsbegriffes im Arbeitsrecht, RdA 2000, S. 257 ff.
<i>Preis, Ulrich</i>	Heimarbeit, Home Office, Global Office das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt? SR-Sonderausgabe zur AuR 2017, S. 173 ff.
<i>Preis, Ulrich</i>	Von der Antiken zur digitalen Arbeitswelt Herkunft, Gegenwart und Zukunft des Arbeitsrechts, RdA 2019, S. 75 ff.
<i>Preis, Ulrich / Temming, Felipe</i>	Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), Forschungsbericht erstellt für das BMAS, 2017
<i>Preis, Ulrich / Brose, Wiebke</i>	Sozialversicherungsrechtliche Einordnung neuer Beschäftigungsformen mit Schwerpunkt Plattform bzw. Gig-Ökonomie, Forschungsbericht 490 erstellt für das BMAS, 2017

<i>Rauscher, Thomas</i>	Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band I, 4. Aufl., Köln 2015
<i>Richardi, Reinhard</i>	Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § BGB § 611 a BGB, NZA 2017, S. 36 ff.
<i>Richardi, Reinhard (Hrsg.)</i>	Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., München 2018
<i>Rieble, Volker</i>	Mitbestimmung in komplexen Betriebs- und Unternehmensstrukturen, NZA-Beilage 2014, S. 28 ff.
<i>Rinck, Ursula</i>	Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, S. 126 ff.
<i>Rolfs, Christian</i>	Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung und „Gleitzone“ nach dem zweiten Hartz-Gesetz, NZA 2003, S. 65 ff.
<i>Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter (Hrsg.)</i>	Beckscher – Online Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition, Stand: 01.03.2019, München 2019
<i>Rürup, Bert</i>	Arbeitslosenversicherung: Staatlich, privat oder gemischt?, ZAF 2 und 3/2005, S. 373ff.
<i>Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung</i>	Vor wichtigen wirtschaftspolitischen Weichenstellungen, Jahresgutachten 2018/19
<i>Säcker, Franz / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 5. Aufl., München 2010
<i>Schaub, Günter / Vogelsang, Hinrich</i>	Arbeitsrecht-Handbuch, 17. Aufl. 2017
<i>Schubert, Claudia</i>	Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, Frankfurt am Main 2017
<i>Schubert, Claudia</i>	Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, München 2004
<i>Schubert, Claudia</i>	Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts?, RdA 2018, S. 200 ff.
<i>Schüren, Peter / Hamann, Wolfgang</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl., München 2018
<i>Selzer, Dirk</i>	Crowdworking Arbeitsrecht zwischen Theorie und Praxis, in: 5. Assistententagung im Arbeitsrecht, Zwischen Theorie und Praxis - Herausforderungen des Arbeitsrechts: Dokumentation der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht (Hrsg.: Husemann, Timm / Wietfeld, Anne Christin), Baden-Baden 2015
<i>Sieg, Rainer</i>	Plädoyer für ein faires Trennungsmanagement bei Leitenden Angestellten in: FS Etzel, 2011, S. 361 ff
<i>Sobotta, Daniel</i>	Die autonome Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifverträge nach § 3 BetrVG, Baden-Baden 2009
<i>Spindler, Gerald / Schuster, Fabian</i>	Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., München 2015
<i>Steiner, Regina</i>	Keine Onlinewahl bei der Betriebsratswahl, ArbRAktuell 2018, S. 482 ff.
<i>Thaler, Richard / Benartzi, Shlomo</i>	Save more tomorrow™: Using behavioral economics to increase employee saving, Journal of political Economy 112.S1, 2004, S. 164ff.
<i>Thüsing, Gregor</i>	Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen, SR 2016, S. 87 ff.

<i>Thüsing, Gregor</i>	Nichtigkeit einer Online-Betriebsratswahl, EWiR 2017, S. 575 ff.
<i>Thüsing, Gregor / Beden, Yannik</i>	Betriebsratsarbeit 4.0: Die Betriebsrats-sitzung per Videokonferenz und die virtuelle Betriebsversammlung, BB 2019, S. 372 ff.
<i>Uffmann, Katharina</i>	Digitalisierung der Arbeitswelt, NZA 2016, S. 977 ff. und NZA-Beilage 2017, S. 45 ff.
<i>Uffmann, Katharina</i>	Projektbezogener Einsatz hochqualifizierten Fremdpersonals in der Compliancefalle?, NZA 2018, S. 265 ff.
<i>Waas, Bernd / Liebman, Wilma / Lyubarsky, Andrew / Kezuka, Katsutoshi</i>	A Comparative Law Perspective, Crowdfunding in Germany, Frankfurt 2017
<i>Waltermann,</i>	Digital statt analog: Zur Zukunftsfähigkeit des Arbeitsrechts, RdA 2019, S. 94 ff.
<i>Waltermann, Raimund</i>	Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme Kleiner Selbstständigkeit?, RdA 2010, S. 162 ff.
<i>Waltermann, Raimund</i>	Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiografien? – Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010
<i>Wanger, Susanne</i>	Viele Frauen würden gerne länger arbeiten, IAB Kurzbericht 9/2011
<i>Wank, Rolf</i>	Arbeitnehmer und Selbstständige, München 1988
<i>Wank, Rolf</i>	Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Verbraucher; zweistufige Ausschlussfrist - Besprechung des Urteils BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09, RdA 2011, S. 178 ff.
<i>Wank, Rolf</i>	Telearbeit, NZA 1999, S. 225 ff.
<i>Weber, Enzo</i>	Digitale soziale Sicherung – ein Schritt in die Zukunft, IAB-Forum 13, 2018
<i>Wendeling-Schröder, Ulrike</i>	Betriebsverfassung nach Maß, NZA 1999, S. 1065 ff.
<i>Wiebauer, Bernd</i>	Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, S. 1430 ff.
<i>Wiedemann, Herbert</i>	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
<i>Wiese, Günther u.a. (Hrsg.)</i>	Großkommentar – Betriebsverfassungsgesetz, Band I, 11. Aufl., Köln 2018
<i>Winkler, Jürgen</i>	Sozialgesetzbuch IV, 2. Aufl., Baden-Baden 2015
<i>Wisskirchen, Gerlind / Bissels, Alexander</i>	Arbeitsrechtliche Probleme bei „Matrix-Strukturen“, DB 2007, S. 340 ff.
<i>Wisskirchen, Gerlind / Block, Janis</i>	Auf der Suche nach dem Arbeitgeber: Mitbestimmung in komplexen Organisationsformen: oder et hät noch immer joot jejange!, NZA-Beilage 2017, S. 90 ff.
<i>Wisskirchen, Gerlind / Schwindling, Jan</i>	Crowdfunding im Lichte des Arbeitsrechts, ZESAR 2017, S. 318 ff.
<i>Wisskirchen, Gerlind / Schiller, Jan Peter</i>	Flexiblere Arbeitszeiten wären möglich, NJW-Aktuell 2018, S. 19

<i>Wißmann, Hellmut</i>	Die Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebsverfassung, NZA 2001, S. 409 ff.
<i>Witschen, Stefan</i>	Matrixorganisationen und Betriebsverfassung, RdA 2016, S. 38 ff.
<i>Zbaunkeller, Martin</i>	Generalbericht zum Deutschen Arbeitsrechtstag, NZA-Beilage 2018, S. 31 ff.
<i>Ziegelmeyer, Michael</i>	Das Altersvorsorge-Verhalten von Selbständigen – eine Analyse auf Basis der SAVE-Daten, Schmollers Jahrbuch 130 (2), 2010, S. 195ff.
<i>Zumkeller, Alexander</i>	Digitalisierung der Arbeitswelt, AuA 2015, S. 334 ff.
<i>Zumkeller, Alexander</i>	Das Weißbuch des BMAS Und was kommt jetzt?, BB 2018, Nr 15 „Die erste Seite“