

Crowdworker als Arbeitnehmer?

von *Wolfgang Däubler*

I. Einleitung

Am 1. Dezember 2020 hat das BAG eine Entscheidung erlassen, wonach Crowdworker unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitnehmer sein können. Dies hat in Teilen der Literatur „große Überraschung“ ausgelöst.¹ Bei anderen war von einem „Paukenschlag“ die Rede.² Eine ganze Branche sehe sich „mit dem Rücken zur Wand“ und „das eigene Geschäftsmodell am Boden zerstört“³. Die Erfurter Richter scheinen in der Tat neue Akzente gesetzt zu haben. Sie näher zu betrachten lohnt sich auch deshalb, weil es um Arbeit für digitale Plattformen geht. Diese dürfte aller Voraussicht nach in den kommenden Jahren und Jahrzehnten noch erheblich an Bedeutung gewinnen, so dass es bei der Entscheidung auch um ein Stück Zukunftsfähigkeit des Arbeitsrechts geht. Wird es seine Stellung in der digitalen Welt behaupten oder wird es zu einer Randgröße, die nur noch in jenen weniger werdenden Betrieben gilt, wo man weiter auf solide Handarbeit und nicht auf künstliche, sondern ausschließlich auf natürliche Intelligenz vertraut?

In einem einleitenden Abschnitt wird zunächst das Phänomen „Crowdwork“ umschrieben, um deutlich zu machen, um welche Lebenssachverhalte es geht (unten II). Anschließend soll die spezifische Konstellation dargestellt werden, über die das BAG zu entscheiden hatte (unten III). Im Hauptteil soll dann die juristische Argumentation des BAG diskutiert werden, das sich zum ersten Mal grundlegend mit der 2017 in Kraft getretenen Vorschrift des § 611a BGB befasst hat und das neue Formen der Lenkung von Arbeitnehmerverhalten zu beurteilen hatte (unten IV). Danach sind die Einwände zu diskutieren, die dem BAG entgegengehalten werden (unten V). Abschließend wird es um die gesellschaftspolitische Bedeutung und die praktischen Konsequenzen gehen, die aus dieser Entscheidung folgen (unten VI).

¹ Häferer/Koops, NJW 2021, 1787; ähnlich Sittard/Pant, jM 2021, 416, 421.

² Helm, AiB 2/2021 S. 45; Martina, NZA 2021, 616.

³ Reiserer/Lachmann, BB 2021, 1972.

II. Das Phänomen „Crowdwork“

1. Arbeiten im Internet

Die recht reichhaltige Diskussion über „Crowdwork“ konzentrierte sich zunächst völlig auf Tätigkeiten, die im Internet einer unbestimmten Vielzahl von Interessierten (eben der „crowd“) angeboten werden und die von den ausgesuchten Personen dann digital, d. h. von ihrem PC aus erledigt werden. Als Beispiel lässt sich die Verarbeitung von Postkarten nennen, auf denen die Kunden von Elektrizitätsunternehmen ihren Zählerstand eingetragen hatten: Da manche Menschen eine recht eigenwillige Art haben, Zahlen zu schreiben, führte das Einlesen durch einen Computer zu vielen Irrtümern. Menschen bringen hier sehr viel mehr Einfühlungsvermögen auf, was die Fehlerrate deutlich senkt. Das Elektrizitätsunternehmen schrieb deshalb über eine Plattform „Lose“ à 1.000, 5.000 und 10.000 Stück aus, die einzelne „Crowdworker“ innerhalb eines gewissen Zeitraums abarbeiten konnten; dafür wurden sie dann (meist recht bescheiden) vergütet.⁴

Das Beispiel steht für »Microtasks«, für Kleinstaufgaben. Es gibt viele »Jobs«, die auf diese Weise erledigt werden können. Wer war bereit, die Cover-Seiten von CDs anzuschauen und zu überprüfen, ob sie »jugendfrei« sind?⁵ Wo ist der Native Speaker, der eine Google-Rohübersetzung in vernünftiges Englisch überträgt? Wer ist bereit, Datensätze mit Adressen im Internet auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und inhaltlich zu ergänzen?⁶ Wer beschreibt in seiner jeweiligen Muttersprache Tennisartikel, die anschließend von einem großen Online-Händler vertrieben werden?⁷ Nicht selten werden Arbeitsprozesse in kleine Stücke zerlegt und diese dann nach »draußen« vergeben.⁸ Dies gilt auch für die Optimierung von Suchmaschinen.⁹ Wendet sich das Unternehmen direkt an die „Crowd“ oder hat die Plattform nur Vermittlungsfunktion, so spricht man von unmittelbarer Crowdwork.¹⁰ Schaltet das Unternehmen – oft „Crowdsourcer“ genannt - wie in der Regel¹¹ eine Plattform ein, auf der die potentiellen Interessenten nach Aufträgen suchen und mit der sie Verträge abschließen, so ist von indirekter Crowdwork die Rede.¹² Daneben wird ein Vertrag zwischen dem Unternehmen und dem Plattformbetreiber geschlossen.

⁴ Der Realität entnommenes Beispiel bei *Böhm*, CuA 10/2014 S. 15 ff.

⁵ Beispiel bei *Böhm*, CuA 10/2014, 16.

⁶ BITKOM (Hrsg.), *Crowdsourcing für Unternehmen*, Berlin 2014, S. 17; dort auch weitere Beispiele.

⁷ Genaue Beschreibung bei BITKOM (Hrsg.), *Crowdsourcing für Unternehmen*, S. 21.

⁸ BITKOM (Hrsg.), *Crowdsourcing für Unternehmen*, S. 16.

⁹ *Schneider-Dörr*, *Crowd Work und Plattformökonomie. Eine arbeitsrechtliche Fallstudie*, 2021, S. 46

¹⁰ *Wisskirchen/Haupt*, RdA 2021, 356

¹¹ So *Reiserer/Lachmann*, BB 2021, 1972 („in einem Großteil der Fälle“)

¹² *Fuhlrott/Oltmanns*, NJW 2020, 958 f.; *Reiserer/Lachmann*, BB 2021, 1972; *Söller*, NZA 2021, 997, 998.

Microtasks sind vermutlich die zahlenmäßig bedeutsamste, aber keineswegs die einzige Form von Crowdwork. Im Internet lassen sich auch anspruchsvollere Aufgaben ausschreiben. In der Literatur ist von »Kreativwettbewerben« die Rede.¹³ Eine Firma sucht z.B. ein neues Logo und will sich Angebote aus dem Internet holen: Eine Plattform stellt aufgrund einer Vereinbarung mit ihr eine kurze Beschreibung ins Netz und fordert alle Interessierten auf, sich bis zum nächsten Monatsende mit Vorschlägen zu melden. Der Auftraggeber wählt dann den Entwurf aus, der ihm am besten zusagt, und bezahlt dafür das vorgesehene Honorar (einschließlich Vermittlungsprovision für die Plattform). Wer nicht als »Sieger« aus dem Wettbewerb hervorgeht, hat umsonst gearbeitet. Bisweilen findet auch keiner der Vorschläge Gefallen, sodass niemand ein Entgelt erhält.¹⁴ Manche Plattformen lassen sich sogar die Schutzrechte der Verlierer an ihrem Produkt abtreten;¹⁵ bei späterer Gelegenheit könnte ja vielleicht ein Bedarf entstehen.

Schließlich gibt es eine dritte Anwendungsform, die bisweilen auch »Cloudworking« genannt wird. Ihr fehlt der Schematismus der beiden anderen Formen. Im Netz werden anspruchsvolle und sehr spezielle Aufgaben benannt, für die eine hoch qualifizierte Person oder Spezialistengruppe gesucht wird. Ein großes US-Unternehmen möchte beispielsweise wissen, welche Ideen in Deutschland im Bereich Physik diskutiert werden. Gesucht ist jemand, der die »Szene« kennt und Überblick hat, beispielsweise ein Hochschullehrer, der einen Lehrstuhl für ein Teilgebiet der Physik innehat. Melden sich verschiedene Leute, wird eine Auswahl getroffen. Mit dem Ausgesuchten wird dann über das Honorar verhandelt, das recht ordentlich sein kann. Ein anderer Anwendungsfall ist das Softwaretesting;¹⁶ auch hier empfiehlt es sich, nicht beliebige, sondern nur nach Referenzen und anderen Kriterien ausgesuchte Partner zu engagieren. In der Literatur werden diese Phänomene als »Freiberufler-Marktplätze« bezeichnet;¹⁷ im vorliegenden Zusammenhang soll von »Spezialisten-Crowdwork« die Rede sein.¹⁸ Aus Sicht des Arbeitsrechts gibt es hier die wenigsten Probleme. Das gilt vor allem dann, wenn eine Aufgabe wegen ihrer Komplexität nur von einer Gruppe von Experten bewältigt werden kann, die sich bei der Arbeit untereinander verständigen müssen. Hier erscheint ganz anders als bei Microjobs

¹³ Dazu eingehend *Florian A. Schmidt*, *Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – Zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork*, herausgegeben von der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016 in der Reihe: gute gesellschaft – soziale demokratie #2017 plus, S. 16ff.

¹⁴ *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984, 986.

¹⁵ *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984, 986.

¹⁶ BITKOM (Fn. 6), S. 26ff.; *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 56.

¹⁷ *Schmidt* (Fn.13) S. 13ff.

¹⁸ Die Bezeichnung »Cloudworker« ist insofern missverständlich, als die Vorstellung aufkommen könnte, jeder, der einen Cloud-Dienst in Anspruch nimmt, könnte von diesem Begriff erfasst sein. Auch wird die Plattform in den anderen Fällen gleichfalls auf die Cloud zurückgreifen; insoweit fehlt die Unterscheidungskraft.

gemeinsames Handeln traditionellen Zuschnitts wieder am Horizont.¹⁹

Das Bekanntmachen und „Ausschreiben“ kleinerer und größerer Aufgaben kann auch innerhalb eines Konzerns erfolgen. Man spricht dann von „internem Crowdfunding“. Arbeitsrechtlich haben sich insoweit noch keine besonderen Probleme ergeben, da die Interessenten ausnahmslos ihre bisherige Arbeitnehmerstellung behalten und nur bei Bedarf für die von einem andern Konzernunternehmen übernommene Arbeit freigestellt werden.²⁰

2. Arbeit in der realen Welt

Der Ausdruck „Crowdfunding“ war bis vor kurzem für diese internetbasierten Arbeitsformen reserviert.²¹ Inzwischen haben sich in wachsendem Umfang Geschäftsmodelle etabliert, bei denen die Plattform lediglich Dienste in der realen (genauer: der nicht-virtuellen) Welt vermittelt. International am bekanntesten ist die kalifornische Firma Uber, die die Vermittlung von Fahrdiensten anbietet. Ein weiteres Beispiel stellt „TaskRabbit“ dar, wo ein Kunde – sei es Privatmann, sei es Unternehmen – Dienste der unterschiedlichsten Art bestellen kann. Dabei kann es um das Mähen des Rasens oder das Erledigen von Einkäufen, aber auch um die Gewährung von Personenschutz gehen.²² Manche Portale konzentrieren sich auf spezielle Bedürfnisse, z.B. bei »careship.de« auf Einkaufshilfe und Betreuung, bei »advocado.de« auf Rechtsberatung und Rechtsvertretung und bei »erstenachhilfe.de« auf Schulprobleme.²³

Wachsende Verbreitung erfahren Essenslieferdienste (food deliverance services): Der Kunde bestellt ein Essen in einem bestimmten Restaurant. Der Lieferdienst schickt einen in der Nähe des Restaurants befindlichen Fahrer los, der das Essen abholt und dem Besteller in seiner Wohnung übergibt. Am bekanntesten sind die Firmen Deliveroo, Foodora und „Gorillas“, wobei Deliveroo seinen Betrieb in Deutschland im August 2019 eingestellt hat. Wie bei Deliveroo und Foodora die Situation der Arbeitskräfte in Berlin beschaffen war, wurde 2017 und 2018 zum Gegenstand einer empirischen Untersuchung gemacht.²⁴

¹⁹ Die hier gemachte Differenzierung orientiert sich an der Art der nachgefragten Arbeit und der normalerweise vorausgesetzten Qualifikation; andere Aufteilungen sind denkbar (s. *Schneider-Dörr* (Fn.9), S. 51 ff.).

²⁰ Für Fortbestehen des Arbeitnehmerstatus auch *Deinert*, RdA 2017, 65, 68; *Fuhlrott/Oltmanns*, NJW 2021, 958, 961

²¹ So etwa *Waltermann*, NZA 2021, 297, 298; *Schneider-Dörr* (Fn.9), S. 40; *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2020, §§ 17 und 18

²² Ein ähnliches Geschäftsmodell findet sich bei Helpling.

²³ Beispiele nach *Kocher/Hensel* NZA 2016, 985. S. auch *Klebe*, NZA Beilage 3/2017 S. 78.

²⁴ *Ivanova/Bronowicka/Kocher/Degner*, Foodora and Deliveroo: The App as a Boss? Control and Autonomy in App-Based Management – The Case of Food Delivery Riders, Working Paper Number 107, Hans-Böckler-Stiftung, Dezember 2018 (englisch), abrufbar unter https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-007048 (23.4.2022).

Die Beschäftigung erfolgt bei TaskRabbit in unterschiedlichen Formen. Zum Teil nimmt der Haushaltsvorstand eine Einstellung als geringfügig beschäftigte Person oder in Schwarzarbeit vor. Zum Teil wird die Arbeitskraft als Solo-Selbstständiger tätig. Schließlich gibt es Fälle, in denen die Arbeitenden bei Dienstleistungsfirmen als Arbeitnehmer angestellt sind.²⁵ Zwischen der IG BAU, die auch für das Gebäudereinigungshandwerk zuständig ist, und dem Ferienwohnungsvermittler Airbnb fanden Gespräche über die Arbeitsbedingungen von Reinigungskräften statt.²⁶ Besonderes Interesse verdienen in diesem Zusammenhang die Essenslieferanten: Während Deliveroo grundsätzlich selbständige Fahrer beschäftigte, arbeitet der Konkurrent Foodora vorwiegend mit Arbeitnehmern, ohne dass ein ins Gewicht fallender Wettbewerbsnachteil erkennbar wäre. Bei „Gorillas“ hat sich wohl der Arbeitnehmerstatus durchgesetzt, zumal im November 2021 ein 19-köpfiger Betriebsrat gewählt wurde, nachdem zuvor das LAG Berlin grünes Licht gegeben hatte.²⁷

Auch diese Arbeitsform wird mittlerweile als „Crowdwork“ bezeichnet. Dabei dürfte die Rekrutierung von Mitarbeitern keineswegs immer über eine „Ausschreibung“ im Internet erfolgen, doch ist die Durchführung der Arbeit nur auf der Grundlage einer App möglich. Das BAG hatte nun einen Fall zu entscheiden, der aus diesem zweiten Bereich stammte und der im Urteil mit dem Begriff „Crowdwork“ bezeichnet wurde.²⁸ Dies soll daher auch im Folgenden zugrunde gelegt werden.

III. Der (alltägliche?) Sachverhalt der BAG-Entscheidung

Beklagte war die Betreiberin einer Plattform. Sie bot ihren Kunden u. a. an, die Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel und in Tankstellen zu kontrollieren. Dabei teilte sie die ihr erteilten Kontrollaufträge in Kleinstaufträge auf, die sie dann an Crowdworker vergab. Der Kläger war seit Februar 2017 für die Bekl. tätig, weil er sich um eine entsprechende Tätigkeit bemüht hatte.²⁹

1. Die Rahmenvereinbarung

Zuvor hatte er eine Rahmenvereinbarung geschlossen, in der u.a. festgeschrieben war:

²⁵ Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 986f.

²⁶ Mitgeteilt bei Goddar, Magazin Mitbestimmung, 2017, abrufbar unter <https://www.magazin-mitbestimmung.de/artikel/Agil+ja%2C+aber+nicht+per+Order+von+oben@thV6zJy9Qi6wTnsIfhUp8A>.

²⁷ <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/food/gorillas-betriebsrat-unternehmen-will-erneut-vorgericht-ziehen/> (abgerufen am 21.4.2022)

²⁸ BAG 1.12.2000 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552

²⁹ Die folgenden Angaben sind dem Urteil des LAG München vom 4.12.2019 – 8 Sa 146/19 (Urteilsausfertigung) und dem Urteil des BAG (Fn.28) entnommen.

- Das Unternehmen bietet Aufträge an, die bei korrekter Durchführung in der vereinbarten Höhe vergütet werden. Das Unternehmen ist zu einem solchen Angebot nicht verpflichtet.
- Der Crowdworker ist als Auftragnehmer nicht verpflichtet, einen angebotenen Auftrag anzunehmen.
- Der Auftragnehmer ist berechtigt, zur Erfüllung des Auftrags eigene Mitarbeiter einzusetzen oder Unteraufträge zu erteilen.
- Der Vertrag kann von beiden Seiten jederzeit gekündigt werden.

2. Die Allgemeinen Geschäfts- und Nutzungsbedingungen

Die Übernahme der Kontrolltätigkeiten setzte neben der Rahmenvereinbarung voraus, dass der Kläger auf seinem Smartphone eine App installierte, über die praktisch die gesamte Kommunikation mit der Beklagten lief. Damit war die Vereinbarung der „Allgemeinen Geschäfts- und Nutzungsbedingungen“ verbunden, in denen weitere Bedingungen festgelegt waren. Es wurden die Aufträge im Einzelnen beschrieben. Mit ihrer Annahme komme ein Vertrag mit der Betreiberin der Plattform (aber nicht mit deren Kunden) zustande. Auf diese Weise werde kein Arbeitsverhältnis begründet; auch bestehe keine Weisungsgebundenheit.

Die Erteilung eines Auftrags setzte voraus, dass der Crowdworker angemeldet war und einen „Account“ hatte. Dieser Account war nicht übertragbar; auch konnte für eine Person nur ein Account angelegt werden. Den Account (über den ersichtlich alle Leistungsbeziehungen liefen) konnte der Kläger nur mit seinem eigenen Smartphone nutzen; eine Teilung des Accounts war ausgeschlossen.

Jede Seite hatte das Recht, diesen „Nutzungsvertrag“ ohne Einhaltung einer Frist und ohne Angabe von Gründen zu kündigen. Die Kündigung konnte durch E-Mail erfolgen.

3. Die übertragenen Aufgaben

Der Kläger führte überwiegend sog. Tool Checks durch. Dabei handelte es sich um Kontrollen, die nach vorheriger Anmeldung insbesondere in Tankstellen durchgeführt wurden. Der Auftrag beschrieb im Einzelnen die Handlungsschritte einschließlich der an den Verantwortlichen zu stellenden Fragen. Dem Kläger wurde ein vom Kunden der Plattform stammendes Legitimationsschreiben zur Verfügung gestellt, um so eine reibungslose Durchführung zu sichern. Daneben gab es sog. Mystery Checks, bei denen er sich nicht als „Kontrolleur“ zu erkennen gab.

Aufträge wurden in der Regel während eines Zeitraums von zwei bis vier Monaten ausgeschrieben. Je länger sie ohne „Abnehmer“ blieben, umso eher kam eine bessere Vergütung in Betracht. Soweit sich ein Crowdworker für einen Auftrag entschied, stand für die Erledigung in der Regel ein Zeitfenster von zwei Stunden zur Verfügung. Übernommene Aufträge konnten auch abgebrochen werden, ohne dass für diesen Fall spezielle Sanktionen vorgesehen waren. Wurde der Zwei-Stunden-Rahmen nicht eingehalten, fiel der Auftrag an die Beklagte zurück und wurde erneut ausgeschrieben.

4. Das Vergütungssystem

Nur vollständig und korrekt abgearbeitete Aufträge wurden vergütet. Außerdem erhielt der Crowdworker sog. Erfahrungspunkte, die auf seinem Nutzerkonto gutgeschrieben wurden. Dadurch konnte sein individueller Nutzerstatus verbessert werden. Zu diesem Zweck waren verschiedene „Levels“ eingerichtet; je zahlreicher die Erfahrungspunkte waren und je höher der davon abgeleitete Level wurde, umso größer war die Zahl der Aufträge, die gleichzeitig „gebucht“ werden konnten. Der Kläger hatte zuletzt Level 15 erreicht, was zur Folge hatte, dass er gleichzeitig 15 Aufträge annehmen konnte. Dies machte für ihn eine „Tourenplanung“ möglich, wonach näher beieinander liegende Tankstellen und Einzelhandelsgeschäfte angefahren werden konnten und sich so die Fahrzeiten verkürzten. Nur auf diese Weise war ein einigermaßen lohnendes Arbeiten möglich, bei dem Aufwand und Ertrag in einem angemessenen Verhältnis standen. Nach den auf der Website der Beklagten wiedergegebenen Bedingungen konnten Nutzer, die höheren Levels zugeordnet waren, kompliziertere Aufträge erhalten, deren Erledigung zu einer besseren Vergütung und zu zusätzlichen Erfahrungspunkten führte.³⁰

5. Die Situation des Klägers

In einem Zeitraum von elf Monaten erledigte der Kläger insgesamt 2.978 Aufträge. Damit gehörte er zu den sog. Power Usern; er wurde deshalb im Herbst 2017 als „aktivster Mikrojobber des Jahres“ mit einer Urkunde ausgezeichnet.³¹ Seine wöchentliche Arbeitszeit belief sich auf ca. 20 Stunden; pro Monat verdiente er etwa 1.750 Euro. Davon mussten allerdings sämtliche Unkosten, insbesondere für die Fahrten, bestritten werden; als Nicht-Arbeitnehmer, d. h. als Selbständiger musste der Kläger außerdem die vollen Kosten für die Renten- und die Krankenversicherung tragen, soweit er nicht auf eine solche Vorsorge

³⁰ LAG München (Fn.29), Urteilsausfertigung, S. 9.

³¹ Diese Information findet sich nicht im Urteilstext, sondern nur in einem Bericht des Prozessbevollmächtigten (Helm, AiB 2/2021 S. 46).

verzichten wollte.³²

Drei Monate nach seiner Auszeichnung als „Aktivster Mikrojobber des Jahres“ wurde das Nutzerkonto des Klägers ohne Wahrung einer Frist deaktiviert. Von da an konnte er keine Aufträge mehr erhalten; auch der erreichte „Level“ war verloren. Anlass war eine Auseinandersetzung um 10 Euro, die ihm die Plattform nach seiner Auffassung noch hätte bezahlen müssen.³³ Er setzte sich gegen die Auflösung seines Beschäftigungsverhältnisses zur Wehr und klagte insbesondere auf Feststellung, dass im Verhältnis zur beklagten Betreiberin der Plattform ein Arbeitsverhältnis bestehe.³⁴ Das ArbG München³⁵ und das LAG München³⁶ wiesen seine Klage ab, während das BAG³⁷ die bestehende rechtliche Beziehung als Arbeitsverhältnis qualifizierte. Dies verdient nähere Betrachtung.

IV. Die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs

1. § 611a BGB als Rechtsgrundlage

Der seit 1.4.2017 geltende § 611a BGB enthält die maßgebenden Vorgaben dafür, wann eine arbeitende Person als „Arbeitnehmer“ zu qualifizieren ist und deshalb grundsätzlich den vollen Schutz des Arbeitsrechts genießt.³⁸ Das BAG befasst sich sehr eingehend mit dieser Bestimmung; seine Entscheidung enthält auch Aussagen, die im vorliegenden Fall nicht zwingend geboten waren, die jedoch in anderen Zusammenhängen von erheblicher Bedeutung sein können. Von daher sollen sie eingehend dargestellt werden.

2. Probleme des Wortlauts

Nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 611a Abs. 1 BGB könnten sich viele Zweifelsfragen ergeben. So bestimmt etwa Abs. 1 Satz 1:

„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.“

³² Bei der Krankenversicherung ist ein solcher Verzicht seit 2009 nicht mehr möglich; zumindest der Basistarif in der privaten Krankenversicherung muss abgeschlossen werden.

³³ Auch diese Angabe nach *Helm* AiB 2/2021 S. 46.

³⁴ Die weiteren Anträge sollen hier aus Vereinfachungsgründen nicht einbezogen werden.

³⁵ Urteil v. 20.2.2019 – 19 Ca 6915/18 – juris.

³⁶ Urteil v. 4.12.2019 – 8 Sa 146/19, NZA 2020, 316 ff.

³⁷ Urteil v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

³⁸ § 611a BGB gilt für das gesamte Arbeitsrecht: *Henssler/Pant*, RdA 2019, 322; *Wank*, AuR 2017, 140.

Wie muss danach die Arbeit beschaffen sein? Sind Weisungsbindung und Fremdbestimmung zwei selbständige Merkmale, die beide vorliegen müssen? Oder genügt es, wenn eines von beiden gegeben ist? Was bedeutet es, wenn außerdem davon die Rede ist, die Arbeit müsse „im Dienste“ eines andern und in „persönlicher Abhängigkeit“ erfolgen? Sind damit zusätzliche Merkmale gemeint, die zur Weisungsbindung und Fremdbestimmung hinzukommen müssen?

Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BAG kodifizieren wollte. Dies wird im Regierungsentwurf mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, wenn es heißt, es werde „die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung von abhängiger zu selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt“³⁹, es gehe um eine „1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung“⁴⁰ und um eine „wörtliche Wiedergabe der Leitsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung.“⁴¹ Zwar hat *Wank* mit Recht darauf hingewiesen, dass die Leitsätze nicht immer den vollen Inhalt wiedergeben und dass es sich bei der bisherigen Rechtsprechung keineswegs um ein widerspruchsfreies Gebäude handle⁴², doch dürfte kein Zweifel bestehen, dass Interpretationen fortgeführt werden können, die bisher allgemein anerkannt waren. Die Kodifikation hat auch nicht den Sinn, den bislang erreichten Zustand gewissermaßen „einzufrieren“; vielmehr ist eine Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung selbstredend möglich.⁴³ Die Chance, sich der neuen Beschäftigungsformen insbesondere in der Plattformökonomie selbst anzunehmen, hat der Gesetzgeber allerdings leider nicht genutzt.⁴⁴

3. Die innere Systematik des § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB

In der Literatur ist man sich im Wesentlichen einig, dass die „persönliche Abhängigkeit“ lediglich die Merkmale „Weisungsabhängigkeit“ und „Fremdbestimmung“ zusammenfasst, selbst aber keine zusätzlichen Anforderungen stellt; dieses Merkmal hat keinen eigenständigen materiellen Inhalt.⁴⁵ Dasselbe gilt für das „Im-Dienste-eines-andern“ Stehen:

³⁹ BR-Drs. 294/16, S. 3.

⁴⁰ BR-Drs. 294/16, S. 13; ebenso BT-Drs. 18/10064, S. 4.

⁴¹ BR-Drs. 294/16, S. 28. Dazu insbesondere MünchArbR-*Temming*, 5. Aufl. 2021, § 18 Rn.12.

⁴² *Wank* AuR 2017, 140.

⁴³ S. statt aller *Riesenhuber*, RdA 2020, 226; *Rinck*, RdA 2019, 127; *Waltermann*, NZA 2021, 297, 298; *Wank*, AuR 2017, 140, 153.

⁴⁴ *Henssler/Pant*, RdA 2019, 322; *Sittard/Pant*, jM 2021, 416.

⁴⁵ MünchArbR-*Temming*, § 18 Rn. 18; ebenso *Krefßel*, DB 2021, 1671, 1674; *Wank*, AuR 2017, 140, 144.

Auch dies ist nur eine im Grunde überflüssige Hervorhebung, wonach die Arbeit vom andern Teil gesteuert wird und deshalb diesem zugutekommen soll. Beide sind im Grunde eine Fortschreibung früherer Konzepte des Arbeitsverhältnisses und dürfen nicht zu den Fehlvorstellung führen, dass sich die Abhängigkeit auf die Person des Arbeitnehmers beziehe: Diese beschränkt sich vielmehr auf die (persönliche) Ausführung der Arbeit.⁴⁶

Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung sind zwei Merkmale, die jeweils eine selbständige Bedeutung haben.⁴⁷ Dabei stellt die Eingliederung einen Unterfall der Fremdbestimmung dar.⁴⁸ Das BAG anerkennt dies, scheint jedoch der Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zuzuneigen: Die Weisungsbindung sei das engere, den Vertragstyp im Kern kennzeichnende Kriterium, das durch § 611a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB näher ausgestaltet sei.⁴⁹ Das Kriterium der Fremdbestimmung erfasse „insbesondere vom Normaltyp des Arbeitsvertrags abweichende Vertragsgestaltungen“ und zeige sich insbesondere in der Eingliederung in die vom Arbeitgeber geschaffene Arbeitsorganisation.⁵⁰ Ob die Eingliederung für sich allein ausreiche, um die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen, bleibt ein wenig unklar, da es kurz vorher heißt, nur wenn jedwede Weisungsgebundenheit fehle, liege „in der Regel“ kein Arbeitsverhältnis vor. Ausnahmen sind also durchaus zugelassen.

4. Weisungsgebundenheit

Nach § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB ist weisungsgebunden, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Diese negative Definition wird vom BAG in der Weise ausgefüllt, dass es positiv verschiedene Erscheinungsformen nennt. Die vertragliche Arbeitspflicht kann nur rahmenmäßig bestimmt sein und aufgrund des in § 106 Satz 1 und 2 niedergelegten Weisungsrechts konkretisiert werden. Möglich ist aber auch eine sehr detaillierte Vertragsgestaltung, die die Vornahme von Weisungen mehr oder weniger überflüssig macht.⁵¹ Dies ist etwa bei einem Frachtführer der Fall, der über die in § 425 HGB vorgesehenen Bindungen hinaus auch in Bezug auf die Arbeitszeit, die zeitliche Lage des Urlaubs und die Ausführung der Tätigkeiten Bindungen eingegangen ist.⁵² Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang auch die Art der Arbeit: Bei einfachen Tätigkeiten wie dem Zustellen von Zeitungen können schon wenige organisatorische Weisungen

⁴⁶ ErfK-Preis, 22. Aufl. 2022, § 611a BGB Rn.32.

⁴⁷ Sittard/Pant, jM 2021, 416, 418; Söller, NZA 2021, 997, 1000; MünchArbR-Temming, § 18 Rn. 19

⁴⁸ MünchArbR-Temming, § 18 Rn. 20

⁴⁹ BAG (Fn. 28) Tz. 31.

⁵⁰ BAG (Fn. 28) Tz. 31.

⁵¹ BAG (Fn. 28) Tz. 33.

⁵² BAG 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364.

ausreichen, um die für einen Arbeitnehmer typische Gebundenheit hervorzurufen.⁵³ Dabei spielt es – so das BAG bei früherer Gelegenheit – auch keine Rolle, dass die (wenigen) Weisungen schon in den Vertrag aufgenommen wurden.⁵⁴ Ob man solche Vertragsklauseln dann als vorweggenommene Weisungen ansieht oder ob man allein auf den Gesichtspunkt der Fremdbestimmung und Eingliederung abstellt, spielt keine Rolle: Beide Vorgehensweisen führen zum selben Ergebnis. Im Einzelfall kann der genaue Grenzverlauf zwischen Selbständigkeit und Weisungsgebundenheit durchaus zweifelhaft sein: So wird nicht jedermann dem BAG zustimmen, wenn ein Plakatanschläger als Selbständiger qualifiziert wird, der an einem bestimmten Tag Plakate an bestimmten Orten anbringen musste und sich dabei der Hilfe Dritter bedienen durfte und auch das Recht hatte, für andere Arbeitgeber oder Auftraggeber tätig zu werden.⁵⁵

5. Fremdbestimmung

Die Arbeit kann durch die Ausgestaltung der Organisation so vorprogrammiert sein, dass der Arbeitende so gut wie keinen eigenen Entscheidungsspielraum bei der Erstellung des „Arbeitsprodukts“ mehr hat.⁵⁶ Weiter kommt in Betracht, dass der Mitarbeiter ohne seine vorherige Zustimmung in Organisations- und Schichtpläne einbezogen wird⁵⁷ – wobei man durchaus unterschiedlicher Auffassung sein kann, ob dadurch eine „Eingliederung“ geschaffen oder konkludente Weisungen ausgesprochen werden. Werden Aufgaben von einem Algorithmus zugeteilt, so lässt sich dies möglicherweise nicht als Weisung qualifizieren,⁵⁸ wohl aber ist der Empfänger in eine fremdbestimmte Organisation eingebunden.⁵⁹ Auch ist es denkbar, dass die arbeitende Person auf die Organisation der anderen Seite angewiesen ist, weil sie nur dort ihrer Tätigkeit nachgehen kann.⁶⁰ Als Beispiel mag man den Chefarzt nennen, dem niemand fachliche Weisungen geben kann, der aber gleichwohl in den Krankenhausbetrieb eingegliedert ist.⁶¹ Möglich ist auch, dass ein Dritter dem Vertragsarbeitgeber so viele und so detaillierte Vorgaben macht, dass für den Arbeitnehmer keinerlei Spielraum mehr verbleibt.⁶²

6. Tatsächliche Zwänge

⁵³ BAG 16.7.1997 – 5 AZR 312/96, NZA 1998, 368; dazu auch *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 262.

⁵⁴ BAG (Fn. 53). Zustimmend *Söllner* NZA 2021, 997, 999. Ebenso schon *Kreuder*, AuR 1996, 386, 392; *Wank*, AuR 2017, 140, 147; *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 266.

⁵⁵ BAG 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 – Moskito-Anschläger.

⁵⁶ Vgl. *Sittard/Pant*, jM 2021, 417/8.

⁵⁷ Diesen Fall erwähnt auch BAG (Fn. 28) Tz. 34.

⁵⁸ *Däubler*, Digitalisierung (Fn.21) § 10 Rn.12.

⁵⁹ Näher *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 299 ff.

⁶⁰ *ErfK-Preis* § 611a Rn.41.

⁶¹ So schon BAG 27.7.1961 – 2 AZR 255/60, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche.

⁶² *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, 2015.

Die vom Auftraggeber geschaffene Organisationsstruktur kann die Beschäftigten zu einem von ihm gewünschten Verhalten veranlassen.⁶³ Tatsächliche Zwänge sind insoweit wie rechtliche Verpflichtungen zu behandeln. „So ist von einem Arbeitsverhältnis auszugehen, wenn der Auftraggeber in der Lage ist, Art und Umfang der Beschäftigung maßgebend zu steuern und dadurch über eine Planungssicherheit verfügt, wie sie bei einem Einsatz eigener Arbeitnehmer typisch ist.“ Dafür reiche allerdings noch nicht eine langfristige Zusammenarbeit als solche. Vielmehr müsse die Organisation so geartet sein, dass die Beschäftigten mittelbar dazu angehalten werden, „kontinuierlich Arbeitsaufträge anzunehmen und diese in einem bestimmten Zeitrahmen nach präzisen Vorgaben persönlich zu erledigen.“ Auch bei einem Anreizsystem könne eine persönliche Abhängigkeit nach § 611a Abs. 1 BGB gegeben sein.

Die Tatsache, dass der Einzelne dem Anreiz widerstehen und sich abweichend verhalten kann, spielt im Ergebnis keine Rolle, weil es sich um absolute Ausnahmefälle handelt. Das BAG hätte sich insoweit auf eigene frühere Erkenntnisse berufen können, die einer vereinbarten „Freiwilligkeit“ des einzelnen Arbeitseinsatzes die rechtliche Relevanz abgesprochen hatten.⁶⁴ Verschiedentlich war es mit dem Fall konfrontiert, dass der Arbeitnehmer das Recht besaß, die im Schichtplan vorgesehenen Einsatzzeiten abzulehnen⁶⁵ oder die gewünschten Zeiten selbst in den Schichtplan einzutragen.⁶⁶ Mit Recht betonte das BAG, dass im ersten Fall regelmäßig ein schichtplankonformes Verhalten erwartet werde und der Beschäftigte sich daran anpasse. Im zweiten Fall lebt das Anordnungsrecht des

Arbeitgebers wieder auf, wenn sich für bestimmte Zeiten kein Freiwilliger findet. Am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bestand daher kein Zweifel. Auch die Tatsache, dass man bestimmte Tage im Voraus ausklammern und so sogar den Jahresurlaub verlängern konnte, änderte am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nichts.⁶⁷ Schließlich wurde ein Arbeitsverhältnis sogar dann angenommen, wenn zwar der einzelne Einsatz jeweils der Vereinbarung bedurfte, der Betroffene jedoch über längere Zeit, d.h. über mehr als sechs Monate hinweg, häufig herangezogen wurde.⁶⁸ Von der formalen Freiheit des Beschäftigten, »ja« oder »nein« zu einer bestimmten Tätigkeit zu sagen, wurde nur ganz ausnahmsweise Gebrauch gemacht; auch konnten die Beteiligten darauf vertrauen, dass die erheblich über ein halbes Jahr hinausgehende Tätigkeit fortgesetzt würde.

⁶³ Hierzu und zum Folgenden BAG (Fn. 28) Tz. 36.

⁶⁴ *Däubler*, Digitalisierung (Fn.21), § 17 Rn.19; *MünchArbR-Temming* § 18 Rn.40.

⁶⁵ BAG 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622.

⁶⁶ BAG 12.6.1996 – 5 AZR 960/94, NZA 1997, 191.

⁶⁷ BAG 16.2.1994 – 5 AZR 402/93, NZA 1995, 21, 23.

⁶⁸ BAG 22.4.1998 – 5 AZR 92/97, NZA 1999, 82.

7. Die Gesamtbetrachtung aller Umstände

„Weisungsabhängigkeit“ und „Fremdbestimmung“ sind nicht immer so konturenscharf, dass eine zweifelsfreie Entscheidung möglich wäre. § 611a Abs. 1 Satz 5 BGB sieht deshalb im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung die Berücksichtigung weiterer Umstände vor, die ihrem Sinn nach eine Zuordnung zum Vertragstyp „Arbeitsvertrag“ erleichtern oder ausschließen könnten.⁶⁹ Insoweit ist die typologische Abgrenzung fortgeschrieben worden,⁷⁰ die sich der Sache nach auch bei § 7 Abs. 1 SGB IV wiederfindet.⁷¹ Die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte sind nicht abschließend bestimmt; sie umfassen beispielsweise die Teilnahme an Trainingsmaßnahmen, das Verbot zur Einschaltung von Hilfspersonen und das Einbringen eigener Gegenstände.⁷² Damit sind zugleich auch Faktoren angesprochen, auf die es ersichtlich nicht ankommen soll. So spielt etwa die wirtschaftliche Abhängigkeit keine Rolle,⁷³ ebenso wenig die Überlegung, es liege ein Arbeitsverhältnis vor, weil der Beschäftigte aufgrund der zeitlichen Inanspruchnahme auf die unternehmerische Verwertung seiner Arbeitskraft verzichten müsse.⁷⁴ Wäre dies richtig, so könnte es grundsätzlich keine Teilzeitarbeitsverhältnisse mit geringem Stundendeputat geben.

Auch die Art und Weise der Vergütung einschließlich der Bezahlung von Mehrwertsteuer oder die Anmeldung eines Gewerbes spielen keine Rolle, weil es in § 611a Abs. 1 BGB allein auf die Erbringung der Arbeitsleistung, nicht auf die Gegenleistung ankommt.⁷⁵

8. Arbeitsvollzüge in Abweichung von dem Vereinbarten

Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, so kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB). Anders ausgedrückt: Besteht ein Widerspruch zwischen dem Vereinbarten und der tatsächlich geleisteten Arbeit, so hat die letztere den Vorrang. Wird tatsächlich Arbeit

⁶⁹ Dafür auch BAG (Fn.28) Tz. 38.

⁷⁰ *Deinert*, RdA 2017, 65, 66; *MünchArbR-Temming*, § 18 Rn. 10; *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1130; *Wank*, AuR 2017, 140, 141.

⁷¹ BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583 (Vertragsärztin); zum Fremdgeschäftsführer BSG 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662.

⁷² Näher *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006 Rn.24g ff.

⁷³ *ErfK-Preis* § 611a BGB Rn. 47 m.w.N.

⁷⁴ So aber *Schwarze*, RdA 2020, 231.

⁷⁵ *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn.47: Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer.

in persönlicher Abhängigkeit geleistet, so findet automatisch das Arbeitsrecht Anwendung; wenn im Vertrag von einem Dienst- oder Werkvertrag die Rede ist, bleibt dies ohne Bedeutung. Für die Plattformökonomie ist das von besonderer Bedeutung.⁷⁶ Mit Recht ist von einem „Rechtsformzwang“ die Rede.⁷⁷ Die Annahme eines gesetzlichen Verbots, einen von den realen Arbeitsvollzügen abweichenden Vertragstyp zu vereinbaren,⁷⁸ ist überflüssig; § 611a Abs.1 Satz 6 BGB hat diesen Fall bereits erfasst und mit einer Rechtsfolge versehen. Dabei handelt es sich nicht um eine Wiederbelebung der Lehre vom faktischen Vertrag,⁷⁹ weil es nicht um die Begründung einer nach Vertragsrecht zu beurteilenden Beziehung, sondern um den veränderten Inhalt einer Vertragsbeziehung geht. Wenn man Parallelen in anderen Rechtsgebieten sucht, so ist an den Fall zu denken, dass sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Form weiterentwickelt, dass sie einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb benötigt: Hier gelten automatisch die Vorschriften über die OHG.⁸⁰ Auch im hier interessierenden Bereich kann die Situation eintreten, dass zunächst nach dem Buchstaben des Vertrages verfahren wird und die abweichende Praxis sich erst später ergibt.⁸¹ Dabei würde erst von diesem Zeitpunkt an ein Arbeitsverhältnis entstehen.

V. Die Subsumtion: Tätigkeit des Crowdworkers als Arbeitsverhältnis?

1. Die Argumentation des BAG

Für das BAG stellte sich von vorne herein die Frage, dass die Erbringung der Arbeitsleistungen möglicherweise im Widerspruch zum vertraglich Vereinbarten stand. In Abweichung von der Berufungsinstanz stellte es fest, dass der Kläger im bereits begründeten Rechtsverhältnis keine nennenswerten Entscheidungsspielräume mehr hatte. Die Arbeitsschritte waren vorgegeben, auch der zeitliche Rahmen war stark eingegrenzt. Es sei deshalb in persönlicher Abhängigkeit im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses gearbeitet worden.⁸²

a) Persönliche Abhängigkeit

Die persönliche Abhängigkeit folgte nach Auffassung des BAG daraus, dass die Kontrollaufträge persönlich durchzuführen waren. Entgegen dem in der

⁷⁶ *Junker*, JZ 2021, 519: Diskrepanz (zwischen Vertragstext und Praxis) sei „stilprägendes Merkmal“ der neuen Ökonomie.

⁷⁷ *MünchArbR-Temming*, § 18 Rn.40; *Wank*, AuR 2017, 140, 150.

⁷⁸ So *Riesenhuber*, RdA 2020, 226

⁷⁹ Vgl. *Riesenhuber*, RdA 2020, 226, 227

⁸⁰ *Grüneberg-Sprau*, BGB, 81. Aufl., 2022, § 705 BGB Rn.6 m.w.N..

⁸¹ *Wank*, AuR 2017, 140, 150.

⁸² BAG (Fn.28) Tz. 44.

Rahmenvereinbarung festgelegten konnte der Kläger keine dritten Personen einschalten, weil alle Aufträge über die App und das individuelle Benutzerkonto abzuwickeln waren, die nicht übertragbar waren und an denen Dritte sich auch nicht beteiligen konnten.

Bei den Kleinstaufträgen handelte es sich um einfach gelagerte Tätigkeiten, die sich schon deshalb in der Nähe eines Arbeitsverhältnisses befanden. Die Gestaltungsspielräume, über die der Kläger verfügte, waren denkbar gering.

Der Nutzer musste über einen längeren Zeitraum regelmäßig Aufträge annehmen, um seine Tätigkeit wirtschaftlich sinnvoll auszuüben. Durch die Zusammensetzung der Angebote konnte der Auftraggeber das Nutzerverhalten auch ohne konkrete Anweisungen nach seinen Vorstellungen lenken. Daraus ergab sich die Fremdbestimmung der Tätigkeit.

b) Verklammerung zu einem einheitlichen Arbeitsverhältnis durch konkludente Einigung

Die langfristige und kontinuierliche Beschäftigung des Klägers führte zu einer „Verklammerung“ der einzelnen Aufträge zu einem einheitlichen unbefristeten Arbeitsverhältnis.⁸³ Insoweit erfolgte eine konkludente Einigung der Parteien. „Eine rechtlich isolierte Betrachtung eines jeden der allein in einem Zeitraum von elf Monaten vom Kläger erledigten 2.978 Aufträge ließe außer Acht, dass die Beklagte ihr Geschäftsmodell auf eine verstetigte Beschäftigung von Crowdworkern ausgerichtet hat und es auch dem Kläger erkennbar auf eine verstetigte Beschäftigung ankam.“ Konkludent geschlossene Arbeitsverhältnisse, die auf einer länger dauernden Praxis beruhen, hatte es auch schon in der bisherigen Rechtsprechung gegeben.⁸⁴

2. Zustimmung und Kritik

Die BAG-Entscheidung hat in der Literatur viel Zustimmung,⁸⁵ aber auch deutliche Kritik erfahren.⁸⁶ Sich mit dieser auseinanderzusetzen, erscheint schon deshalb sinnvoll, weil auf

⁸³ BAG (Fn.28) Rn.52 ff. In diese Richtung auch *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 252.

⁸⁴ Verwiesen wurde auf BAG 9.4.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, 522; BAG 17.4.2013 – 10 AZR 272/12, NZA 2013, 903.

⁸⁵ *Deinert*, Anm. zu BAG AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit; *Junker*, JZ 2021, 519 ff.; *Warter/Gruber-Risak*, AuR 2021, 331 ff.; *Euler*, JurisPR-ArbR 20/2021 Anm. 1; *Martina*, NZA 2021, 616.

⁸⁶ S. *Kreßel*, DB 2021, 1671 ff.; *Reiserer/Langmann*, BB 2021, 1972 ff.; *Schwager/Zöllner*, SAE 4/2021 S. 98 ff.; *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231 ff.; auch *Sittard/Pant*, jM 2021, 416 ff. Abhilfe vom Gesetzgeber verlangen *Häferer/Koops*, NJW 2021, 1787, 1790.

diese Weise durch die Gegenstimmen möglicherweise geschaffene Rechtsunsicherheiten zurückgedrängt werden könnten.

a) Keine Pflicht zu persönlicher Arbeit?

In der Literatur wurde entgegen BAG angenommen, der Kläger hätte auch Dritte in die Erfüllung der Aufträge einschalten können, sei also nicht persönlich zur Leistung verpflichtet gewesen. Zwar hätten sich Rahmenvertrag und „Allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen“ widersprochen, doch greife in solchen Fällen § 305c Abs. 2 BGB ein: Es gelte die für den Arbeitnehmer günstigere Lösung und das sei die Möglichkeit zur Einschaltung von Dritten.⁸⁷ Daneben wird von einer Seite betont, es sei dem Kläger nicht verboten gewesen, sein Smartphone einer anderen Person zu überlassen, die dann für ihn den Auftrag hätte abarbeiten können.⁸⁸

Dem kann nicht zugestimmt werden. § 305c Abs. 2 BGB betrifft allein den Fall, dass Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auslegungsbedürftig sind und trotz aller Interpretationsbemühungen mindestens zwei vertretbare Auslegungsergebnisse im Raum stehen: In diesem Fall gilt die für den schwächeren Teil günstigere Lösung. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die andere Seite die AGBs gestellt hat und deshalb in der Lage gewesen wäre, eine eindeutige Formulierung zu wählen; sie hat eine „vertragsrechtliche Verkehrspflicht“ verletzt.⁸⁹ Hier liegen demgegenüber zwei sich widersprechende Klauseln vor, was keine Auslegungsprobleme aufwirft. Vielmehr fehlt es an der in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangten Transparenz, so dass beide Klauseln unwirksam sind.⁹⁰ Genauso wird im Zivilrecht für widersprüchliche Willenserklärungen entschieden.⁹¹ Damit bleibt es bei der Regel des § 613 Abs. 1 BGB, wonach die versprochene Arbeit nicht durch Dritte erbracht werden kann. Das Smartphone an eine andere Person weiterzugeben, wäre im Übrigen auch nicht zumutbar, da dies durchaus gegen die Unübertragbarkeit des Accounts verstoßen könnte. Außerdem würde man damit Einsicht in viele private Daten geben (z. B. in die Liste der eingegangenen Anrufe), was schwerlich erwartet werden kann. Es bleibt also bei der vom BAG angenommenen persönlichen Leistungspflicht.

b) Anreiz als Druckmittel?

⁸⁷ *Kreßel*, DB 2021, 1671, 1675; *Schwager/Zöllner*, SAE 4/2021, 98, 101.

⁸⁸ *Kreßel*, DB 2021, 1671, 1675.

⁸⁹ Näher *Däubler/Deinert/Walser-Däubler*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2021, § 305c Rn.24 ff.

⁹⁰ So BAG 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 Ls.1; BAG 10.12.2008 – 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576 Tz. 15; beide bestätigt durch BAG 20.1.2010 – 10 AZR 914/08, NZA 2010, 445 Tz. 17.

⁹¹ *Däubler*, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 8 Rn.49.

Andere Stimmen halten es für unzulässig, dass im vorliegenden Fall die Weisung durch einen Anreiz ersetzt werde.⁹² Die Leistungsverpflichtung werde durch ein faktisches Element ersetzt, was einen Fremdkörper in der bisherigen Rechtsprechung darstelle. Dieser Anreiz sei auch deshalb nicht einem „Druckmittel“ gleichzusetzen, weil der einmal erlangte Level erhalten bleibe, wenn man einige Zeit keine Aufträge wahrnehme.⁹³ Auch könne man den einzelnen Auftrag abbrechen, ohne dass dafür irgendwelche Sanktionen vorgesehen seien.⁹⁴ Der Druck, einen Auftrag anzunehmen, sei daher sehr gering und rechtfertige keine Gleichstellung mit einer Weisung. Auch stelle es einen verkappten Rückgriff auf die wirtschaftliche Abhängigkeit dar, wenn man darauf abstelle, nur bei Übernahme vieler Aufträge habe man angemessene Verdienstchancen.⁹⁵

Dem ist entgegen zu halten, dass das Geschäftsmodell der Beklagten, das auf diesen Anreizen beruhte, durchaus gut im Sinne der Beklagten funktioniert hat. Handlungsmöglichkeiten wie das längere Pausieren spielten vermutlich deshalb keine Rolle, weil die Arbeitenden auf die Vergütung angewiesen waren; wer auf Aufträge verzichtete, stand ohne Einkommen da, ohne dass irgendeine Lohnersatzleistung absehbar gewesen wäre. Die rechtlich bestehenden „Freiheit“ hatte also für alle diejenigen höchst fiktiven Charakter, die auf den Verdienst aus der Crowdwork angewiesen waren. Die Möglichkeit, einen begonnenen Auftrag abzubrechen, war gleichfalls nur für singuläre Situationen gedacht; für den Beschäftigten hatte der Abbruch den von den Kritikern nicht angesprochenen Nachteil, dass die auf die teilweise Erledigung aufgewandte Zeit definitiv verloren war und ohne Entgelt blieb. Außerdem konnte man sich die Frage stellen, ob eine überdurchschnittlich hohe Abbruchquote nicht die ganze Arbeit in Frage gestellt hätte. Die Tatsache, dass der Account des Klägers wegen eines Streits um 10 Euro deaktiviert wurde, könnte als Indiz dafür verstanden werden, dass jede Nicht-Leistung als Minuspunkt gewertet und so die Arbeit insgesamt in Gefahr gebracht würde. Der weitere Einwand, bei der Beurteilung des Vergütungssystems werde auf eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit abgestellt, geht fehl. Die wirtschaftliche Abhängigkeit kann nach der überkommenen Rechtsprechung (und auch nach § 611a Abs. 1 BGB) kein Arbeitsverhältnis begründen. Hier geht es aber um die ganz andere Frage, wie mit Hilfe wirtschaftlicher Anreize ein bestimmtes Verhalten bereits beschäftigter Personen erzeugt wird. Dies ist ein traditionelles arbeitsrechtliches Problem, das uns beim Akkord und beim Prämienlohn (oder bei besonders guter Vergütung von Überstunden) als ganz normales Lenkungsinstrument begegnet, das auch schon in der Vergangenheit existierte.

⁹² Thüsing/Hütter-Brungs, NZA-RR 2021, 251 ff., auch zum Folgenden.

⁹³ Kreßel, DB 2021, 1671, 1678.

⁹⁴ Wisskirchen/Haupt, RdA 2021, 355 357, auch zum Folgenden.

⁹⁵ Wisskirchen/Haupt, RdA 2021, 355, 357.

c) Probleme des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB

Das BAG musste nicht auf § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB zurückgreifen, da es keine automatische Entstehung eines Arbeitsverhältnisses durch faktische Beschäftigung als Arbeitnehmer annahm. Vielmehr kam es zu dem Schluss, dass beide Seiten konkludent ein unbefristetes einheitliches Arbeitsverhältnis vereinbart hatten. Allerdings fällt auf, dass einzelne Kritiker diesen Teil des Urteils nicht referieren⁹⁶ und sich stattdessen mit der Feststellung begnügen, der „Anreiz“ könne keine persönliche Abhängigkeit begründen und deshalb gehe die Annahme eines Arbeitsverhältnisses fehl.

Wäre kein konkludenter Arbeitsvertrag zustande gekommen, hätten sich im Rahmen des § 611a Abs. 1 Satz 6 eine Reihe schwieriger Fragen ergeben. Während im Normalfall ein Dienstleistungsvertrag mit einem Selbständigen vorliegt, der bei faktischer Beschäftigung mit abhängiger Arbeit den arbeitsrechtlichen Regeln unterworfen wird, wären hier weitergehende Veränderungen notwendig geworden: Das Recht, keine Aufträge in Anspruch zu nehmen, hätte durch eine arbeitsvertragliche Arbeitspflicht ersetzt werden müssen, aus einem Rahmenvertrag und knapp 3.000 vertraglich befristeten Einsätzen hätte ein einheitlicher Vertrag entstehen müssen. Das BAG hatte keine Veranlassung, sich diesen Problemen im Einzelnen zu stellen.

d) 2978 befristete Verträge in elf Monaten?

Würde man mit einigen Kritikern der faktischen Entwicklung keine Bedeutung beimessen und die geschlossenen Verträge ihrem Wortlaut entsprechend behandeln, so wäre jeder Einsatz als selbständiger Vertrag zu qualifizieren. Schon die Rahmenvereinbarung spricht von einzelnen Aufträgen, deren Abwicklung dann die Vergütung auslöst. Dabei würde es sich um Arbeitsverhältnisse handeln, da das Verhalten des Crowdworkers im Voraus festgelegt ist und ihm nur sehr geringe Spielräume bleiben.⁹⁷ Allerdings muss man sich dabei die Frage stellen, ob das Arbeitsrecht überhaupt Verträge kennt, die auf ein oder zwei Stunden befristet sind. In der Literatur wird dies zum Teil mit dem Argument bestritten, das Arbeitsverhältnis sei ein Dauerschuldverhältnis und könne sich nicht in einem einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung erschöpfen.⁹⁸ Das wird durch das TzBfG bestätigt. Dieses kennt in seinem § 3 Abs. 1 Satz 2 den „kalendermäßig befristeten“ und den

⁹⁶ Kreßel, DB 2021, 1671 ff.; Thüsing/Hütter-Brungs, NZA-RR 2021, 231 ff.; nur beiläufig erwähnt bei Sittard/Pant, jM 2021, 416, 419.

⁹⁷ Dazu eingehend Schneider-Dörr (Fn.9) S. 255 ff. m.w.N.

⁹⁸ Thüsing/Hütter-Brungs, NZA-RR 2021, 231, 236.

„zweckbefristeten“ Arbeitsvertrag. Der Kalender weist als kleinste Einheit nur Tage, nicht Stunden aus, so dass ein Tag als Minimum anzusehen ist.⁹⁹ Die Zweckbefristung, die sich aus „Art, Zweck oder Beschaffenheit“ der Arbeitsleistung ergibt, lässt an sich als solche keine zeitliche Untergrenze erkennen, doch wird diese in § 15 Abs. 2 TzBfG vorausgesetzt: Der zweckbefristete Arbeitsvertrag endet „frühestens“ zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung. Auch insoweit ist also ersichtlich nicht an einen punktuellen Austausch gedacht. Weiter wäre es für die Praxis höchst lästig, bei jedem Auftrag die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG beachten oder die Entstehung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses in Kauf nehmen zu müssen.¹⁰⁰

Lässt sich eine Befristung nicht auf das TzBfG stützen, ist sie unwirksam. Die geschlossenen Verträge kann man auch nicht als zivilrechtliche aufrechterhalten, da es sich der Sache nach um abhängige Arbeit handelt, die nun einmal zwingend dem Arbeitsrecht unterliegt.¹⁰¹ Dies ist insbesondere dann evident, wenn wie im vorliegenden Fall pro Arbeitstag zwischen zehn und zwölf Verträge abgeschlossen werden; sie mögen rechtlich getrennt sein, dass abhängige Arbeit während eines längeren Zeitraums geleistet wird, lässt sich nicht bestreiten.¹⁰² Die unwirksame Befristung macht nicht etwa die gesamten Verträge unwirksam, sondern bringt ähnlich wie nach § 16 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande. Zwar ist das TzBfG auf solche „Arbeitspartikel“ nicht anwendbar, doch ist die dadurch geschaffene Lücke durch eine entsprechende Anwendung des § 16 TzBfG zu schließen. Man käme also auf diesem Weg zum selben Ergebnis wie das BAG.

e) Der Inhalt des konkludent vereinbarten Arbeitsverhältnisses

Da das Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt war, musste das BAG der Frage nicht nachgehen, welchen genauen Inhalt das konkludent zustande gekommene Arbeitsverhältnis hatte. Angesichts der Umstände, unter denen es zustande kam, dürfte wohl ein beträchtliches Maß an Flexibilität gewollt sein. Unterstellt, die bisherige Arbeit habe etwa zwanzig Wochenstunden in Anspruch genommen, so würde man es bei diesem Umfang belassen, allerdings einen Durchschnittswert zugrunde legen, der in der einzelnen Woche 15 oder 20 % nach oben oder nach unten abweichen kann. Schon bei früherer Gelegenheit

⁹⁹ *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 318.

¹⁰⁰ Auf diese Unzuträglichkeiten verweist auch *Bayreuther*, RdA 2020, 241, 242.

¹⁰¹ Eine Ausnahme mag man für einen einmaligen Einsatz eines Busfahrers für zwei Tage machen, die dabei auch nicht in den Betrieb des andern Teils integriert war (so der Fall LAG Hessen 14.2.2019 – 10 Ta 350/18, NZA-RR 2019, 50).

¹⁰² In diese Richtung neigend auch *Bayreuther*, RdA 2020, 241, 242.

hatte das BAG betont, bei nicht ausdrücklich vereinbarten Arbeitsverträgen würde das „gelebte Rechtsverhältnis“, also die bisherige Praxis zugrunde gelegt.¹⁰³ Bei der Vergütung müsste man den Level 15 (einschließlich möglicher weiterer Aufstiegschancen) beibehalten. Der Arbeitgeber wäre entgegen dem Rahmenvertrag verpflichtet, Aufträge anzubieten; würde er dies nicht tun, käme er in Annahmeverzug und müsste nach § 615 BGB Entgeltfortzahlung leisten. Würden die Arbeitsergebnisse im Einzelfall nicht abgenommen, dürfte dies nicht zu einer Entgeltminderung führen, da das Arbeitsvertragsrecht keine Minderung kennt.¹⁰⁴ Umgekehrt wäre der Arbeitnehmer im Rahmen des bisher Üblichen zur Arbeit verpflichtet; nur so kann die auch von ihm gewollte „Verstetigung“ der Rechtsbeziehung gelingen.¹⁰⁵ Entsprechend wird bei fehlender Vereinbarung einer Wochenarbeitszeit verfahren, wo auf die „gelebte Vertragspraxis“ abgestellt werden kann.¹⁰⁶ Nur wenn dies nicht möglich ist, wird im Rahmen des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine gesetzliche Arbeitszeit von 20 Wochenstunden zugrunde gelegt.¹⁰⁷ Dabei wird man dem Crowdworker – ähnlich wie bei der Vertrauensarbeitszeit – erhebliche Spielräume zubilligen; aus einem flexibel gehandhabten Auftragskonto würde ein vergleichbar flexibles Arbeitszeitkonto. Weitergehend will *Waltermann*¹⁰⁸ ein Arbeitsverhältnis ohne primäre Leistungspflicht des Crowdworkers zulassen. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses würde sich nach allgemeinen Grundsätzen bestimmen.

VI. Die Auswirkungen der Entscheidung

1. Im konkreten Fall

Da die durch Schriftsatz in der Berufungsinstanz ausgesprochene Kündigung durch die Beklagte wirksam war, konnten sich nur für die Vergangenheit Pflichten für die Plattformbetreiberin ergeben. Am meisten fällt die Pflicht ins Gewicht, die Beiträge beider Seiten zur Sozialversicherung nachzahlen zu müssen, da aller Voraussicht nach auch ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV angenommen wird. Die Beiträge müssen nach § 25 Abs.1 Satz 1 SGB IV für höchstens vier Jahre nachbezahlt werden. Bei

¹⁰³ BAG 17.4.2013 – 10 AZR 272/12, NZA 2013, 903.

¹⁰⁴ Vgl. *Schaub-Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., 2021, § 67 Rn.33.

¹⁰⁵ S. BAG (Fn. 28) Tz 54: „...und es auch dem Kläger erkennbar auf eine verstetigte Beschäftigung ankam.“

¹⁰⁶ LAG Hessen 5.6.2020 – 10 Sa 1519/19, BB 2020, 2936.

¹⁰⁷ Vgl. *Schaub-Linck* (Fn. 104) § 43 Rn. 6.

¹⁰⁸ NJW 2022, 1129 ff.

vorsätzlicher Verletzung der Abführungspflicht beträgt die Frist nach § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV 30 Jahre.

2. In der Plattformökonomie

Bedingungen wie im vorliegenden Fall sind in der Plattformökonomie weit verbreitet. Sie werden nach Einschätzung von *Waltermann*¹⁰⁹ auch zu dem Zweck konzipiert, „um dem Arbeits- und Sozialrecht aus dem Weg zu gehen.“ Noch deutlicher äußert sich *Junker*.¹¹⁰ In der Plattformökonomie lasse man andere für sich arbeiten, ohne eine Arbeitgeberverantwortung zu übernehmen; die Daseinsvorsorge für die Betroffenen werde auf die Beitragszahler oder auf die Allgemeinheit abgewälzt. Hier einen Riegel vorgeschoben zu haben, kann das BAG mit Recht für sich in Anspruch nehmen. Durch das Abstellen auf „Anreize“ und andere Formen mittelbarer Beeinflussung wurden neue Formen persönlicher Abhängigkeit in den Arbeitnehmerbegriff einbezogen.¹¹¹ Das arbeitsrechtliche Schutzkonzept wird auf veränderte Beschäftigungsformen erstreckt.¹¹² Insoweit handelt es sich um ein Grundsatzurteil.¹¹³

Soweit seine Aussagen reichen, wirkt das Urteil faktisch in Bezug auf alle Unternehmen, die vergleichbare Bedingungen praktizieren. So wird etwa in der Literatur den Plattformbetreibern empfohlen, keine Anreizsysteme mehr zu verwenden, einfache Tätigkeiten an Dritte weiterzugeben (weil hier die Gefahr besonders groß ist, dass ein Arbeitsverhältnis angenommen wird) und die Entscheidungsspielräume der Beschäftigten auszuweiten.¹¹⁴ Besonders schwer wird der Verzicht auf Anreizsysteme fallen, da sie das eigentliche Steuerungsmittel gegenüber den Crowdworkern sind. So hat etwa eine empirische Untersuchung ergeben, dass Fahrradkurierere, die Essen bringen, einem vergleichbaren System unterliegen.¹¹⁵ Wer viele Aufträge abgewickelt und gebuchte Schichten nie abgesagt hatte, kommt in die beste Gruppe, die sich am Montag einer Woche die Schichtzeiten und die Stadtbezirke für die folgende Woche aussuchen kann. Da es unterschiedlich gute Zeiten und Bezirke gibt, werden sie die besten auswählensuchen. Am Dienstag ist dann die zweite Gruppe an der Reihe, die weniger „Pluspunkte“ aufzuweisen hat; sie wird nicht mehr die besten, aber immer noch einigermaßen ordentliche Schichten und Bezirke ergattern können. Am Mittwoch kommt dann die letzte Gruppe dran, die nur

¹⁰⁹ NZA 2021, 297, 299.

¹¹⁰ JZ 2021, 520.

¹¹¹ Von „grundsätzlicher Neujustierung“ sprechen *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231, 232.

¹¹² *Martina*, NZA 2021, 616.

¹¹³ Ebenso *Junker*, JZ 2021, 519, 520; *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1133

¹¹⁴ *Reiserer/Lachmann*, BB 2021, 1972, 1976.

¹¹⁵ *Ivanova/Bronowicka/Kocher/Degner* (Fn.24).

noch auf die übrig gebliebenen Angebote zurückgreifen kann. Anreize dieser Art lassen sich in Zukunft nur noch aufrechterhalten, wenn eine Beschäftigung im Arbeitsverhältnis erfolgt. Eine Beschäftigung als Selbständige ohne ein solches System wäre für den Plattformbetreiber höchst problematisch, da sich ggf. für ungünstige Zeiten und Bezirke niemand finden würde.

Auch das ursprüngliche Modell des Fahrdienstes Uber würde in Deutschland schwerlich mit dem geltenden Recht kompatibel sein. Uber bediente sich allerdings etwas anderer Mittel als die bisher diskutierten Modelle; ein kurzer Überblick soll genügen.¹¹⁶

Jeder Uber-Kunde erhält eine App auf sein Smartphone, die Zugang zum Internet gibt und die es für Uber möglich macht, den jeweiligen Standort über GPS zu ermitteln. Sobald die Kreditkartendaten des Kunden überprüft sind, kann er ein Konto eröffnen und Fahrten bestellen.

Die Fahrer verfügen ebenfalls über eine Uber-App. Wer dem Kunden im Augenblick der Bestellung räumlich am nächsten ist, erhält den Auftrag. Lehnt er ihn ab, wird automatisch der nächst-nähere gefragt. Man spricht deshalb wie in vergleichbaren anderen Fällen von »economy on demand«. Der Kunde bezahlt mit seiner Karte an Uber, der ca. 20 bis 30% des bezahlten Betrages einbehält und den Rest dem Fahrer gutschreibt. Der Kunde bewertet den Fahrer mit Noten, ebenso der Fahrer den Kunden (»Rating« genannt), ohne dass dies der jeweiligen anderen Seite bekannt würde. Erhält ein Fahrer mehrere schlechte Ratings, bekommt er keinen Vertrag mehr. Je zahlreicher die von einem Fahrer abgewickelten Aufträge sind, umso geringer ist die Uber-Provision und deshalb umso höher das Entgelt für den Fahrer. Die Preise für die einzelnen Fahrten (»München – Nürnberg«) werden von Uber festgelegt. Ist die Firma in einer Stadt noch nicht etabliert, erhalten die Fahrer für die einzelne Strecke ein relativ ordentliches Entgelt, das aber im Laufe der Zeit wieder absinkt. Die zu fahrende Route wird im Einzelnen von Uber festgelegt; auch die Background-Musik während der Fahrt ist vorgegeben, soweit der Kunde keine abweichenden Wünsche äußert. Die Fahrer haben mit Uber Verträge, die sie als »Selbständige« bezeichnen.

Neben den materiellen Anreizen spielt hier die Bewertung durch den Kunden eine wesentliche Rolle, die bis zum Verlust des Arbeitsplatzes führen kann. Die »Reputation« entfaltet dieselbe Wirkung wie korrigierende Weisungen und die Möglichkeit der

¹¹⁶ Schilderung des Geschäftsmodells nach *Prassl/Risak*, Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal Analysis of Crowdwork, Comparative Labor Law and Policy Journal 37 (2016), Issue 3, auch verfügbar unter <https://ssrn.com/abstract=2733003>. Das Modell ist gleichfalls behandelt bei *Krause*, 71. DJT, B 20, 99ff

verhaltensbedingten Kündigung. Dies spricht dafür, trotz Ablehnungsrecht und Benennung als Selbständiger im Vertrag ein Arbeitsverhältnis anzunehmen, da auch hier eine umfassende Steuerung durch den Auftraggeber erfolgt.¹¹⁷

Denkbar sind insbesondere bei Online-Arbeiten aber weiterhin Modelle, bei denen (positive oder negative) Anreize eine sehr geringe oder keine Rolle spielen. Erwähnt sei das oben unter II1 genannte Beispiel, dass von Hand geschriebene Zahlen in ein System eingegeben werden. Hier kann auch ohne besonderes Anreizsystem dafür gesorgt werden, dass die übernommenen Arbeiten wie vorgesehen erledigt werden. Werden den Beschäftigten dabei sehr große Spielräume in örtlicher und zeitlicher Hinsicht gelassen, kommt eine Erledigung in Selbständigkeit durchaus in Frage. Häufig wird es sich dabei um einmalige Aufgaben handeln, bei denen die Motivation eine relativ geringe Rolle spielt. Im Gegensatz dazu werden die Dienstleistungen in der realen Welt meist kontinuierlich nachgefragt, weshalb die Plattform ein Interesse daran hat, auf einen Pool an Personen zurückgreifen zu können, die die fragliche Arbeit nicht zum ersten Mal machen. Dazu kommt, dass Dienstleistungen aller Art je nach Motivation besser oder schlechter erbracht werden können, während im Internet erstellte Arbeitsprodukte nicht erkennen lassen, ob ihr Urheber begeistert bei der Sache war oder sich zum Bildschirm hin gequält hat.

3. Die internationale Entwicklung

Die hier behandelte BAG-Entscheidung stimmt im Ergebnis mit Urteilen ausländischer oberster Gerichte überein. Der United Kingdom Supreme Court entschied am 19. Februar 2021, dass Uber-Fahrer „worker“, also Arbeitnehmer im weiteren Sinne sind.¹¹⁸ Der französische Kassationshof hatte sich am 4. März 2020 mit derselben Personengruppe zu befassen und entschied gleichfalls, sie seien Arbeitnehmer und unterlägen damit dem Arbeitsrecht.¹¹⁹ Im gleichen Sinne votierten kalifornische Gerichte, doch ist offen, inwieweit der Gesetzgeber zugunsten der Plattformen interveniert.¹²⁰ In Spanien wurde durch Gesetz vom 30.9.2021 das Arbeitnehmerstatut geändert und eine Bestimmung angefügt, wonach vermutet wird, dass diejenigen Arbeitnehmer sind, die für eine Plattform Waren oder andere Konsumprodukte verteilen.¹²¹ Dies betrifft insbesondere Kurierfahrer.¹²²

¹¹⁷ Vgl. *Schneider-Dörr* (Fn.9) S. 307.

¹¹⁸ Presseerklärung: <https://www.supremecourt.uk/press-summary/uksc-2019-0029.html> (23.4.2022)

¹¹⁹ <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca56cd0a790c1ec36ddc07> (23.4.2022)

¹²⁰ <https://www.sfchronicle.com/business/article/California-Supreme-Court-rejects-Uber-Lyft-15941181.php> (23.4.2022)

¹²¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-15767> (23.4.2022).

¹²² Hinweis auf das Gesetz auch bei *Wisskirchen/Haupt*, RdA 2021, 355, 359

Die EU-Kommission hat am 9. Dezember 2021 den Entwurf einer Richtlinie „zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit“ vorgelegt.¹²³ Er enthält in Art. 4 eine Bestimmung über das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft, die Neuland betritt. Sie lautet:

„(1) Das Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform, die die Arbeitsleistung im Sinne des Absatzes 2 kontrolliert, und einer Person, die Plattformarbeit über diese Plattform leistet, wird rechtlich als Arbeitsverhältnis angesehen. Zu diesem Zweck legen die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Rechts- und Justizsystem einen Rahmen für Maßnahmen fest.

Die gesetzliche Vermutung gilt in allen einschlägigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Die zuständigen Behörden, die die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften überprüfen oder durchsetzen, können sich auf diese Vermutung stützen.

(2) Die Kontrolle der Arbeitsleistung im Sinne von Absatz 1 ist so zu verstehen, dass sie mindestens zwei der folgenden Punkte vorsieht:

- a) effektive Bestimmung der Höhe der Vergütung oder Festlegung von Obergrenzen der Vergütung;
- b) Aufforderung der (gemeint: an die) Plattformarbeit leistenden Person, bestimmte verbindliche Regeln in Bezug auf Erscheinungsbild und Verhalten gegenüber dem Empfänger der Dienstleistung bzw. in Bezug auf die Arbeitsleistung einzuhalten;
- c) Überwachung der Arbeitsleistung oder Überprüfung der Qualität der Arbeitsergebnisse, auch auf elektronischem Wege;
- d) effektive Einschränkung der Freiheit, die Arbeit zu organisieren – insbesondere den Ermessensspielraum bei der Wahl der Arbeitszeit oder der Abwesenheitszeiten –, Aufgaben an- bzw. abzulehnen oder die Dienste von Unterauftragnehmern oder Ersatzkräften in Anspruch zu nehmen, auch durch den Einsatz von Sanktionen;
- e) effektive Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenstamm aufzubauen oder Arbeiten für Dritte auszuführen.“

Die Widerlegung dieser Vermutung ist Sache der Plattform, die sich ggf. auf die Rechtsprechung des EuGH stützen kann. Dabei besteht jedoch nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs eine Besonderheit: „Solche Verfahren haben keine aufschiebende Wirkung auf die Anwendung der gesetzlichen Vermutung.“ Erst durch eine rechtskräftige Entscheidung kann also die Vermutung widerlegt werden. Dies geht sehr viel weiter als die bisher vorliegende nationale Rechtsprechung.

VII. Zusammenfassung

¹²³ COM(2021) 762 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DEU/TXT/HTML/?uri=celex:52021PC0762> (23.4.2022)

Das BAG hat mit seiner Entscheidung vom 1.12.2020 erstmals eine eingehende Auslegung des § 611a Abs. 1 BGB vorgelegt. Sie schafft ein Stück Rechtssicherheit.

Das Gericht hat außerdem Neuland betreten, indem es einen Crowdworker als Arbeitnehmer qualifizierte, der lediglich einen Rahmenvertrag besaß, wonach er nach eigener Entscheidung bestimmte Aufträge übernehmen konnte. Der Auftraggeber war seinerseits nicht verpflichtet, solche Aufträge anzubieten. Entscheidend war die Ausgestaltung des praktizierten Vergütungssystems, durch das das Verhalten der Beschäftigten gesteuert wurde. Dies führte zum konkludenten Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags.

Die einzelnen Aufträge, die als selbständige Verträge definiert wurden, waren in der Regel innerhalb von zwei Stunden zu erledigen. Befristungen von unter einem Tag lässt das TzBfG jedoch nicht zu. In entsprechender Anwendung des § 16 TzBfG wäre daher gleichfalls ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden.

Das so zur Entstehung gekommene Arbeitsverhältnis bestimmt sich inhaltlich nach der bisherigen „gelebten“ Praxis.

Durch Plattformen vermittelte Dienstleistungen arbeiten häufig mit Anreiz- oder Sanktionierungssystemen, auf die aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht verzichtet werden kann. Sie werden in Zukunft nur auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses möglich sein. Bei plattformvermittelten Arbeiten, die im Internet zu erbringen sind, ist die Situation eine andere; hier ist weiterhin auch die Tätigkeit von Selbständigen realisierbar.

Die Entscheidung des BAG findet Parallelen in anderen Ländern, in einem spanischen Gesetz und in einem Richtlinienentwurf der EU-Kommission. Dieser geht durch seine Vermutungsregeln und die Einbeziehung aller Plattformarbeiten um einige Schritte über die BAG-Rechtsprechung hinaus.