

# **Crowdworking: Ein neuer Typus von Beschäftigungsverhältnissen?**

## **Eine Rekonstruktion der Grenzen des Arbeitsrechts zwischen Markt und Organisation**

Crowdworking ist ein Phänomen der digitalen Plattform- oder Gig-Ökonomie. Deren Bedeutung für das Zivil- und Wirtschaftsrecht wurde in den letzten Jahren lebhaft rechtswissenschaftlich diskutiert – allerdings meist unter Bezug auf soziale Medien (wie Facebook oder Google) oder Vertriebsplattformen (wie Amazon oder Booking). Über Gig- und Crowdworking-Plattformen (vgl. Einleitung in diesem Band) wird und wurde hingegen fast ausschließlich in ihrer arbeitsrechtlichen Bedeutung gesprochen (vgl. Kocher 2018). Das ist kein Zufall: Im Geschäftsverkehr gelten diese Plattformen vor allem als eine Alternative des Personalmanagements.

Für Crowdworking-Plattformen stellt sich die allgemeine Frage „sollten Plattformen reguliert werden – und wenn ja wie?“ in einer ganz spezifischen Weise. Denn die Dienstleistungs- und Arbeitsmärkte, auf denen sie sich bewegen (oder zu denen sie sich als Alternative präsentieren), sind bereits hoch reguliert. Bevor gefragt werden kann, ob Crowdworking-Plattformen reguliert werden sollten, muss geklärt werden, ob sie nicht bereits bestehenden Regulierungen unterfallen – und zwar welchen?

### **1. Der arbeitsrechtliche Status von Crowdworker\*innen**

Dienstleistungen werden durch unterschiedliche Regelungssysteme bzw. Regulierungsregimes erfasst. Eine der wichtigsten Weichenstellungen betrifft dabei das Verhältnis zwischen Auftraggeber\*in und Auftragnehmer\*in: Es kann entweder durch Arbeitsrecht oder durch das allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht geregelt sein.

Entscheidend ist hierfür die sog. „Arbeitnehmereigenschaft“ – d.h. die Frage, ob ein Arbeitsvertrag im Rechtssinne vorliegt. Die Bejahung dieser Frage hat die Anwendung einer Vielzahl von arbeitsrechtlichen Normen zur Folge. Der Arbeitgeber trägt dann nicht nur rechtliche Verantwortung für die Gesundheit und muss sich z.B. an Arbeitszeitvorgaben und gesetzliche sowie tarifliche Mindestentgeltregelungen halten. Er ist auch an Regelungen zum Schutz vor willkürlichen Vertragsbeendigungen (Kündigungsschutz), vor Diskriminierung und Persönlichkeitsrechtsverletzungen gebunden. Arbeitnehmer\*innen werden durch Betriebsräte und Gewerkschaften repräsentiert, womit Rechte aus der Betriebsverfassung sowie zu Tarifverhandlungen und Arbeitsrecht verbunden sind.

Zudem ist mit der Arbeitnehmerstellung regelmäßig die Stellung als „Beschäftigte\*r“ im Sinne des Sozialversicherungsrechts verbunden; damit bestehen Rechte und Pflichten im

Zusammenhang mit der gesetzlichen Kranken-, Unfall-, Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Sind Crowdworker\*innen rechtlich nicht als Arbeitnehmer\*innen einzuordnen, kommt – wie bei allen zivil- und wirtschaftsrechtlichen Verträgen – lediglich das Wirtschafts- und Vertragsrecht in Betracht, d.h. insbesondere das allgemeine Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht sowie die vertragsrechtliche Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (= Formularverträge, § 305 Abs. 1 BGB) (Hensel in diesem Band XXX; Deinert 2015, Rn.27ff.; Däubler 2018, § 18, Rn. 65ff.).

Zwischen den beiden Regelungssystemen gibt es die Rechtsfiguren der „arbeitnehmerähnlichen Person“ oder der „Beschäftigten“. Um den Stellenwert solcher Differenzierungen jenseits des Begriffs „Arbeitnehmer\*in“ soll es im Folgenden ebenfalls gehen. Zunächst wird aber die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerbegriffs auf Fälle des Crowdworking betrachtet. Ausgangspunkt ist hierfür das deutsche Recht, dessen Spielräume und rechtspolitische Perspektiven im Anschluss in einem rechtsvergleichenden und internationalen Kontext diskutiert werden.

## ***1.1. Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtspraxis (Grundsätze)***

### **1.1.1. Deutsches Recht: „Weisungsgebundenheit“ im Mittelpunkt**

Was ein Arbeitsvertrag ist, wurde im April 2017 in § 611a Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) für das deutsche Arbeitsrecht erstmals gesetzlich definiert. Der Gesetzgeber greift dabei auf Definitionselemente zurück, die das Bundesarbeitsgericht (BAG) seit vielen Jahren in ständiger Rechtsprechung verwendet.<sup>1</sup> Dabei stehen die Begriffe „weisungsgebunden“, „fremdbestimmt“, „persönliche Abhängigkeit“ nebeneinander. Sie werden meist nicht kumulativ „angewandt“, sondern als alternative begriffliche Umschreibungen ein und desselben Phänomens der „persönlichen Abhängigkeit“ verwendet (genauer dazu unten 2.a)(1)).

In der Anwendung steht herkömmlich das Merkmal der „Weisungsgebundenheit“ im Mittelpunkt. Nach § 106 Gewerbeordnung (GewO) ist mit jedem Arbeitsvertrag notwendig die Rechtsfolge eines Weisungsrechts des Arbeitgebers in zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Hinsicht verbunden.

### **1.1.2. Zum Recht der Europäischen Union**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) arbeitet für das Unionsrecht mit einem ganz ähnlichen Fokus auf Weisungen (bzw. „Anleitung“). Er definiert den Begriff des Arbeitnehmers für die autonome unionsrechtliche Auslegung als eine Person, die eine „echte und tatsächliche Berufstätigkeit unter Anleitung eines anderen für eine Gegenleistung“ ausübt („Lawrie-Blum-

---

<sup>1</sup> BAG, 24.6.1992 - 5 AZR 384/91, NZA 1993, 174 (Volkshochschuldozenten); BAG, 16.7.1997 - 5 AZR 312/96 NZA 1998, 368 (Zeitungszusteller); BAG, 11.8.2015 - 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (Todesrad).

Formel“)<sup>2</sup> (dazu Rebhahn 2012; zu den Begründungszusammenhängen und neueren Ansätzen in der EuGH-Rechtsprechung unten 2.a)(2)).

Der Arbeitnehmerbegriff des EuGH findet nicht in allen arbeitsrechtlichen Gebieten Anwendung, sondern lediglich in den Bereichen, in denen das Recht der Europäischen Union einen autonomen Arbeitnehmerbegriff voraussetzt und nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist (Kocher 2016, § 1, Rn. 143ff.; Ziegler 2011; Pottschmidt 2006).

## ***1.2. Weisungsgebundenheit beim Crowdfunding***

Bevor reflektiert wird, inwieweit diese Definitionen überhaupt geeignet sind, die Besonderheiten von Beschäftigungsverhältnissen der digitalen Welt zu erfassen, soll zunächst überprüft werden, was sich daraus nach konventioneller Herangehensweise für die Einordnung des Crowdfunding ergibt.

Dabei bietet es sich an, zwischen einfachem und komplexem Crowdfunding zu unterscheiden. Bei komplexen Crowdfunding-Tätigkeiten wie etwa im IT- und Kreativ-Bereich handelt es sich in der Regel um „interaktive“ Dienstleistungen, bei der die Arbeitsleistung in Kooperation mit den Kund\*innen und/oder in einer Kooperation mit „der Crowd“ hergestellt und definiert wird (vgl. Schönefeld u.a. 2017). Hier wird Weisungsgebundenheit in der Regel zu verneinen sein (vgl. Deinert 2017, S. 68; Wank 2016, S. 168; Däubler 2018 § 18, Rn. 65ff.).

Anders sieht es beim einfachen Crowdfunding aus. Hier wird in der Debatte z.T. jedenfalls unter bestimmten Bedingungen das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen angenommen. (vgl. Deinert 2017, S. 68; Risak 2017; Waas 2017, S. 152ff.; Wank 1999, S. 233; Däubler 2018, § 18, Rn. 20ff.) Zur Debatte stehen dabei Arbeitsverhältnisse mit der Plattform (zum Verhältnis Rahmenvertrag/Einzelauftrag siehe auch Risak 2017; Waas 2017, S. 152ff.). Am Beispiel dieser Geschäftsmodelle der Gig Economy soll im Folgenden die aktuelle Diskussion analysiert werden. Dabei wird ausschließlich eine Arbeitgeberstellung der Plattformen, nicht aber der Auftraggeber\*innen der Plattformen in Betracht gezogen (zu den Konsequenzen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht siehe z.B. Lingemann / Otte 2015).

### **1.2.1. Mögliche Indizien beim einfachen Crowdfunding**

Als Indizien, die für die Bewertung des einfachen Crowdfunding als Arbeitsverhältnis entscheiden können, werden in der Literatur – z.T. in Anlehnung an Konstellationen der analogen Gig-Arbeit (z.B. Uber) – genannt (vgl. Wank 1999; Krause 2016; Kocher / Hensel 2017; Biegoń u.a. 2017, S. 6; Däubler / Klebe 2015, S. 1035; De Stefano 2016, S. 4; Wisskirchen / Schwindling 2017, S. 322; Risak 2017; Waas 2017, S. 152ff.; Deinert 2017, S. 68):

- inwieweit der Vertrag oder die Plattform Tätigkeiten (inhaltlich) „vorprogrammiert“;
- inwieweit zeitliche Vorgaben gemacht werden, u.a. indem Aufgaben zu bestimmten Zeiten und mit bestimmten Fristen eingestellt werden;

---

<sup>2</sup> EuGH, 3.7.1986 – 66/85 (Lawrie-Blum).

- ob notwendiges Arbeitswerkzeug bereitgestellt wird, z.B. notwendige Soft- und Hardware;
- ob eine „informationelle Abhängigkeit“ oder eine ständige kommunikative Verbindung besteht oder die einzelnen Arbeitsschritte durch Eingabemasken o.ä. gelenkt werden;
- ob die Freiheit, Aufträge abzulehnen, beschränkt ist;
- ob Kontrollen (zB über Screenshots) stattfinden oder andere „arbeitsleistungsbezogene Einfluss- und Kontrollmechanismen“; ob der Arbeitsprozess z.B. mit Hilfe von time-tracking-Apps minutiös überwacht wird;
- ob die Einhaltung konkreter Standards etwa anhand einer Checkliste geprüft und gegebenenfalls auch vertraglich sanktioniert wird;
- inwieweit die Crowdworker\*innen durch die Plattformen für ihre Tätigkeit qualifiziert werden;
- inwieweit die Tätigkeit der Crowdworker\*innen durch „Feedback“, Rating- und Reputationssysteme mit Auswirkungen auf weitere Aufträge bewertet wird.

### 1.2.2. Bewertung der Indizien

Die deutsche Rechtsprechung hatte noch keine Möglichkeit, konkret ein Crowdworking-Verhältnis arbeitsrechtlich zu bewerten. Allerdings deuten Entscheidungen in vergleichbaren Sachverhalten darauf hin, dass eine Weisungsgebundenheit nicht selbstverständlich anzunehmen sein wird. Beispielhaft sei hier auf eine Entscheidung des BAG vom April 2016 über die Einordnung eines mit Telearbeit beschäftigten IT-Mitarbeiters verwiesen:

So sei die Vorgabe, eine bestimmte App oder Software zu verwenden, um eine Weiterverarbeitung der Daten zu ermöglichen, kein Hinweis auf abhängige Tätigkeit; „auch für Selbstständige ist es üblich, dass sie ihre Leistungen im Rahmen der organisatorischen Gegebenheiten des Auftraggebers zu erbringen haben.“ Maßgeblich sei nicht, ob das Unternehmen „die Möglichkeit hatte zu kontrollieren, wann und in welchem zeitlichen Umfang der [Betroffene] welche Tätigkeiten ausführt, sondern ob [dieser] selbst über den Ablauf bestimmen konnte oder dies [vom Unternehmen] vorgegeben und damit fremdbestimmt war.“ Auch „Informations- oder Rechenschaftspflichten, insbesondere über den Stand der Tätigkeit und ihre Durchführung, [bestehen] nicht ausschließlich in einem Arbeitsverhältnis.“

Auch wettbewerbsgetriebene Bindungen sieht das Gericht als nicht ausreichend an, die Arbeitnehmerstellung zu begründen: „Allein der Umstand, dass es für den Kläger ‚undenkbar‘ gewesen sein mag, Aufträge abzulehnen, lässt nicht den Rückschluss auf eine für einen Arbeitnehmer typische persönliche Abhängigkeit zu. Grund dafür können auch wirtschaftliche Erwägungen sein, wie die Befürchtung, künftig keine oder weniger Aufträge zu erhalten.“ Ähnliches würde dann auch gelten müssen, wenn der Wettbewerb um die „besten“ Jobs und Aufträge einen Druck schafft, Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt abzuarbeiten (vgl. Schönefeld in diesem Band).

Die Tatsache, dass die Plattformen (oder andere Auftraggeber) tatsächlich meist keine unmittelbaren Weisungen in dem Sinn erteilen, wie sie hier verlangt werden, heißt nicht, dass die Plattformen sich nicht auf andere Weise aktiv bemühen würden, Einfluss auf die Art und Weise der Ausführung des Crowdwork zu nehmen. Dies geschieht allerdings nicht unmittelbar, sondern indem den Crowdworker\*innen mittelbar bestimmte Verhaltensweisen nahegelegt werden. Als indirekte Steuerungsmittel von empirischer und möglicherweise rechtlicher Bedeutung kommen Einführungs-, Qualifizierungs- oder Tutoring-Maßnahmen in Betracht, die Zuordnung der Crowdworker\*innen nach Qualifikationsniveau sowie Bewertungs-, Rating- und Feedbacksysteme, verbunden mit einer kontinuierlichen Beobachtung/Überwachung der Arbeitstätigkeit (zu diesen Organisationsprinzipien als „spielerischer Wettbewerb“ Vogel 2018, S. 79ff.).

Auf der Basis der herkömmlichen Herangehensweise können diese Kriterien aber nicht für die Bejahung von Weisungsgebundenheit herangezogen werden. Anders als Ratings, denen sich auch Selbstständige typischerweise aussetzen müssen (Waas 2017, S. 152ff.; vgl. Deinert 2015, Rn. 23), sind Schulungs- und Einführungsmaßnahmen zwar typisch für Arbeitsverhältnisse (Wisskirchen/Schwindling 2017, S. 322). Sie sind aber unabhängig von Fragen der Weisungsbindung. Ob die deutsche Rechtsprechung zumindest in bestimmten seltenen Einzelfällen die Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworker\*innen anerkennen würde, ist damit insgesamt eher zweifelhaft, aber gleichzeitig schwer zu prognostizieren.

### **1.2.3. Zur Methode der Bewertung**

Soweit Stimmen in der Literatur zu einer Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft im Crowdworking kommen, wird selten jedes einzelne Indiz ausgewertet; meist wird mit einer Zusammenschau einer Vielzahl von Merkmalen argumentiert – ohne für jedes einzelne Indiz zu prüfen, ob es die Kriterien der Weisungsgebundenheit erfüllt (z.B. Klebe 2017).

Gegen die Herangehensweise der Zusammenschau von Kriterien, die selbst keine Hinweise auf „Weisungsgebundenheit“ liefern, spricht, dass damit letztlich offenbleibt, was die Arbeitnehmerstellung ausmachen soll. Allerdings ist dies lange Zeit ganz üblich gewesen; der Arbeitnehmerbegriff wurde insofern als „Typusbegriff“ behandelt, der mit Hilfe von Indizien festgestellt wird, die im Einzelnen selbst keine zwingenden Schlüsse auf Weisungsgebundenheit zulassen, in der Rechtswirklichkeit aber typischerweise mit weisungsgebundener Beschäftigung verbunden, also „arbeitnehmertypisch“ (Boemke 1998, S. 324ff.) sind (vgl. Supiot 2001, S. 12).

Dieses Vorgehen verlässt sich letztlich darauf, dass ein Bild vorhanden ist, mit dem das durch die vorliegenden Indizien entstehende Bild abgeglichen werden kann. Dieses Vorgehen setzt also Bilder und Vorstellungen von „typischer“ Arbeitnehmer- und Selbstständigentätigkeit voraus, deren Herkunft nicht erläutert oder auch nur erklärt wird, die also intuitiv vermittelt ist (zur Kritik des Typusbegriffs siehe auch Wank 2015, S. 47.). Nur sehr selten findet man Autor\*innen, die versuchen zu erklären, wie sich einzelne Indizien, die selbst nicht auf Weisungsgebundenheit verweisen (wie z.B. persönliche Leistungserbringung, Ort der Arbeitsleistung, Herkunft der Arbeitsmittel oder Arbeit in Zusammenarbeit mit Personen, die

vom Auftraggeber eingesetzt wurden)<sup>3</sup> zum Merkmal der Weisungsgebundenheit verhalten: Wo ein Arbeitgeber das Zusammenwirken vieler Arbeitnehmer\*innen im Hinblick auf den von ihm erstrebten Erfolg koordiniert, sei er auf ein Weisungsrecht angewiesen, dieses liege dann nahe (Boemke 1998, S. 324ff.).

Zu einem solchen Typenbegriff gehört notwendig eine gewisse „Grauzone“ (Brose 2017, S. 10). In der Praxis scheitert die Abgrenzung heute auch immer öfter; die Gerichte kommen dann zum Ergebnis, ein- und dieselbe Tätigkeit können sowohl im Rahmen eines Arbeitsvertrags als auch im Rahmen eines selbstständigen Dienstvertrags erbracht werden, und in der Literatur wird gleiches für das Crowdfunding angenommen (Deinert 2015, Rn. 23). Gemeint ist damit in der Regel: Die Indizien, die für die Organisation der Arbeitstätigkeit vorgebracht werden, zeigen weder eindeutig eine typische Arbeitnehmerstellung noch eine typische Selbstständigenstellung. Weil z.B. vertragliche Weisungen auch in werkvertraglichen Konstellationen sowie in selbstständigen Dienstvertragsverhältnissen möglich sind, hat das BAG sich zuletzt auf Versuche zurückgezogen, „Anweisungen für die Ausführung des Werks“ und „Weisungsrechte bezüglich des Arbeitsvorgangs und der Zeiteinteilung“ zu unterscheiden<sup>4</sup> - was im Ergebnis nicht überzeugend funktioniert und kaum zu operationalisieren ist. Dies ist der Hintergrund, vor dem in neueren Fällen – im Widerspruch zum Typusbegriff – nur solche Indizien für eine Gesamtbetrachtung in Betracht gezogen werden, die jeweils für sich genommen direkt auf Weisungsabhängigkeit hinweisen.<sup>5</sup>

### **1.3. ... arbeitnehmerähnliche Personen?**

Alternativ käme im deutschen Recht eine Einordnung als „arbeitnehmerähnliche Person“ in Betracht. Denn die arbeitsrechtliche Einordnung geht bereits seit langem über ein binäres Schema hinaus; einige arbeitsrechtliche Schutzregelungen gelten auch für „arbeitnehmerähnliche“ Personen, also für Arbeitskräfte, die „wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind“ (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG) (Däubler / Klebe 2015, S. 1036; Krause 2016, B 105).

Regelungen, die an dieser „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ bzw. „wirtschaftlichen Unselbstständigkeit“ (§ 2 S. 2 BurlG, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG) anknüpfen, finden sich z.B. im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), im Tarifvertragsgesetz (TVG) und im Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG). Hingegen sind z.B. das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und das Mindestlohngesetz (MiLoG) nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar.

Überwiegend wird für die wirtschaftliche Abhängigkeit darauf abgestellt, ob die Auftragnehmer\*in auf den konkreten Vertrag wirtschaftlich angewiesen ist. Bei der Einordnung von Crowdworker\*innen wäre deshalb auf den Einzelfall abzustellen; eine generelle Aussage ist nicht möglich (Däubler / Klebe 2015, S. 1036; Deinert 2017, S. 68). Eine wirtschaftliche Abhängigkeit im Verhältnis zu konkreten crowdsourcenden Unternehmen wird aber jedenfalls im einfachen/Micro-Crowdfunding in der Regel nicht vorkommen. In Betracht kommt

---

<sup>3</sup> Siehe § 611a Abs. 2 Satz 2 BGB-E des BMAS-Referentenentwurfs vom November 2015.

<sup>4</sup> BAG, 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348.

<sup>5</sup> BAG, 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264ff.

allenfalls wirtschaftliche Abhängigkeit von der Plattform; dies setzte aber mindestens voraus, dass das Honorar unmittelbar von der Plattform bezogen wird (Waas 2017, S. 160ff.) – was aufgrund der Vertragsgestaltungen z.T. wirtschaftlich oft nicht eindeutig ist (zur vertragsrechtlichen Bewertung siehe auch Kocher, JZ 2018 (i.E.)).

Entscheidend ist dabei, ob Menschen regelmäßig und gewerbsmäßig über das Crowdwork ihren Lebensunterhalt erzielen. Solche „Supercrowdworker“ (Strube in diesem Band, XXX) sind in Deutschland nach wie vor die Ausnahme. Ohnehin wäre es für die Bejahung wirtschaftlicher Abhängigkeit erforderlich, dass die Crowdworker\*in ihre Tätigkeit ausschließlich oder ganz überwiegend auf eine bestimmte Plattform ausrichtet – was in der Praxis nur selten der Fall ist (vgl. Deinert 2015, Rn. 24 (idR keine wirtschaftliche Abhängigkeit); Zur Empirie siehe Schönefeld / Hensel, XXX und Schwarz, XXX in diesem Band).

#### **1.4. ... Heimarbeiter\*innen?**

Das Heimarbeitsgesetz (HAG) kennt daneben eine spezifische Regulierung für Personen, die „in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen (Absatz 5) im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überläßt“ (§ 2 Abs. 1 HAG).

Die Definition liest sich auf den ersten Blick so, als sei sie wie geschaffen für das Crowdworking. Eine Einordnung als Heimarbeitsverhältnis brächte es mit sich, dass Heimarbeitskommissionen eingerichtet werden könnten, die Entgeltregelungen aufzustellen, deren Einhaltung behördlich überwacht würde (§§ 17ff. HAG). Darüber hinaus ergibt sich ein gewisser Schutz vor Kündigungen (§ 29 HAG) sowie nach § 11 Abs. 1 HAG die Pflicht der Auftraggeber, die Arbeitsmenge „unter Berücksichtigung [der] Leistungsfähigkeit“ gleichmäßig auf die Heimarbeiter\*innen verteilen. Bei Betriebszugehörigkeit kommt auch eine Zuständigkeit des Betriebsrats und ein entsprechendes Wahlrecht in Betracht (Giesen/Kersten 2017, S. 110ff.).

In der Literatur wird dennoch davon ausgegangen, dass das HAG auf Crowdworking nicht passe. Allerdings ist die Annahme, es sei eine wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne der Definition der arbeitnehmerähnlichen Person erforderlich (Deinert 2015, Rn. 24; Däubler 2018, § 18, Rn. 61; Brose 2017, S. 14), nicht zutreffend: Die erforderliche „Erwerbsmäßigkeit“ der Tätigkeit kann auch bei geringfügigen Nebentätigkeiten gegeben sein (Giesen/Kersten 2017, S. 110ff.).<sup>6</sup>

Hauptargument gegen die Einordnung als Heimarbeit ist die Annahme, das HAG setze eine „Vergabe“ von Arbeiten voraus, während sich die Beschäftigten beim Crowdworking selbst um Aufträge bewerben müssten (Krause 2016, B 105; Däubler/Klebe 2015, S. 1036; Brose 2017, S. 13; Däubler 2018, § 18, Rn. 62). Zum Teil wird sogar angenommen, die Verwertung der Arbeitsergebnisse sei im Crowdworking nicht den Unternehmen überlassen (Däubler 2018, § 18, Rn. 63). Diese Annahmen widersprechen allerdings den empirischen Abläufen im

---

<sup>6</sup> BAG, 12.7.1988 - 3 AZR 569/86.

Regelfall des einfachen Crowdfunding. Nicht immer, aber häufig befinden sich die Crowdfunder\*innen in der Rolle der passiven Auftragsempfänger\*innen (Schönefeld u.a. 2017). Auch vertraglich ist dies meist so konstruiert, dass die Plattform Vertragsangebote einstellt, die von Crowdfunder\*innen anzunehmen sind. Das, was das BAG an „wirtschaftlicher Abhängigkeit“ in diesen Fällen verlangt – Vergabe der Aufträge, Preisgestaltung, Nachteile bei Ablehnung von Aufträgen<sup>7</sup> – wird beim einfachen Crowdfunding häufig gegeben sein.

Es spricht deshalb viel für die Einordnung des einfachen Crowdfunding als Heimarbeit i.S.d. HAG (Giesen/Kersten 2017, S. 110ff.). Die Plattform wäre dann aber wohl Zwischenmeister, womit nicht viel gewonnen wäre (Waas 2017, S. 170).

## 2. „Organisatorische Einbindung“?

Bevor im Einzelnen auf die Frage eingegangen wird, wie auf der Grundlage dieser Rechtslage eine arbeitsrechtliche Regelung des Crowdfunding aussehen müsste, sollen die konzeptionellen Grundlagen der Abgrenzung von „Arbeitsvertrag“ und „Selbstständigen“ rekonstruiert werden. Denn aktuell wird in der Auslegung des Typusbegriffs „Arbeitnehmer“ methodisch ein Idealtypus des Arbeitnehmers mit dem Idealtypus eines Selbstständigen in Beziehung gesetzt, ohne dass diese Figuren konzeptionell begründet würden. Hier wird mit Bildern und Figuren gearbeitet, deren empirische und konzeptionelle Grundlagen nicht aufgedeckt werden.

Zum Zweck der konzeptionellen Rekonstruktion wird im Folgenden zunächst die rechtsdogmatische Diskussion in ihrer ganzen Breite analysiert. Denn schon immer gab es unterschiedliche Meinungen dazu, wie adäquat der Fokus auf „Weisungsgebundenheit“ einerseits und „wirtschaftliche Abhängigkeit(en)“ andererseits die Problemstellungen und Schutzbedarfe von Beschäftigungsverhältnissen erfassen kann.

### 2.1. Auslegungsspielräume *de lege lata*

#### 2.1.1. Auslegungsspielräume im deutschen Recht: Der Ansatz von Rolf Wank

Im Spektrum der Auslegungen ist in Deutschland Rolf Wanks Analyse in seiner Habilitationsschrift von 1988 von besonderer Bedeutung (Wank 1988). Ihr lag die Feststellung zugrunde, dass sich viele arbeitsrechtliche Rechtsfolgen (wie z.B. der Kündigungsschutz, aber auch Mindestentgelte und Tarifverträge) letztlich nicht schlüssig aus einer durch Weisungsbindung gekennzeichneten "persönlichen Abhängigkeit" herleiten lassen. Es sei nicht die Weisungsgebundenheit, sondern das Fehlen eigener unternehmerischer Chancen, das viele der Rechtsfolgen des Arbeitsrechts begründe (so jetzt auch wieder Wank 2017, S. 151f.).

Dieser Ansatz ist z.T. als ein Versuch interpretiert worden, den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts auf Fälle der wirtschaftlichen Abhängigkeit auszudehnen, also auf Fälle, in denen eine Abhängigkeit sich daraus ergibt, dass der/die Beschäftigte keine Erwerbschancen außerhalb des in Frage stehenden Beschäftigungsverhältnisses hat (Deinert 2015, Rn. 144).

---

<sup>7</sup> BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258/88; vgl. auch das Kriterium regelmäßig wiederholter Arbeitsvorgänge bei Wank 1999, S. 234.

Diese Interpretation erfasst jedoch nicht den Kern des Ansatzes. Bei diesem geht es vielmehr darum, Fälle zu identifizieren, in denen innerhalb des fraglichen Beschäftigungsverhältnisses kein Zugang zu eigenen Erwerbchancen besteht; die typische "Fremdbestimmung" des „Arbeitnehmers“ besteht danach in einer organisatorischen Einbindung, die den unmittelbaren Zugang zu den Güter- und Dienstleistungsmärkten versperrt. Entscheidende Kriterien oder Indizien in diesem Sinn sind z.B. die fehlende Verfügung über eigenes Kapital oder eigene unternehmerische Organisation<sup>8</sup> bzw. umgekehrt die organisatorische Eingliederung in eine fremde Organisation.

Die gesetzlichen Neuregelung des Arbeitsverhältnisses in § 611a BGB enthält mit dem Begriff der "fremdbestimmten Arbeit" nach wie vor ein Einfallstor für eine Betrachtung, die persönliche Abhängigkeit nicht ausschließlich mit Weisungsbindung gleichsetzt, sondern ein solches Abstellen auf organisatorische Eingliederung ermöglicht (Wank 2017, S. 144; so auch ErfK/Preis 2018, § 611a BGB, Rn. 10). Die Kriterien der Weisungsbindung und der organisatorischen Einbindung können also nach wie vor nebeneinander angewandt werden. Das geltende Recht steht damit auch einer entsprechenden Rekonstruktion des Arbeitnehmerbegriffs nicht entgegen.

### **2.1.2. Auslegungsspielräume im Recht der Europäischen Union**

Im Recht der europäischen Union gab es lange Zeit im Hinblick auf den Arbeitnehmerbegriff nur wenig Bewegung, nachdem der EuGH für den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit einmal die oben dargestellte Lawrie-Blum-Formel entwickelt und auf andere Rechtsbereiche übertragen hatte (Kocher 2016, S. 44 ff).

Umso überraschender war es, als der EuGH in einer Entscheidung 2014 plötzlich einen erweiterten Arbeitnehmerbegriff verwandte. Ohne dies selbst explizit zu problematisieren, formulierte er nun Kriterien, die nur in einem (dem ersten) Punkt der Lawrie-Blum-Formel entsprechen: Ein\*e Arbeitnehmer\*in sei eine Person, die

- nach Weisung ihres Arbeitgebers handelt, insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht,
- nicht an den geschäftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt ist und
- während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert ist und daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit bildet.<sup>9</sup>

Die neuen Kriterien erweitern das Verständnis erheblich (Junker 2016, S. 195). In der Folge ist z.B. angenommen worden, dass der EuGH künftig möglicherweise auch wirtschaftlich Abhängige bzw. arbeitnehmerähnliche Personen des deutschen Rechts als „Arbeitnehmer\*innen“ qualifizieren werde (Temming 2015, S. 509; Junker 2016, S. 195; Wank 2018, S. 2128f.). Dies übersieht aber, dass die Kriterien des EuGH auf andere Aspekte abstellen als diejenigen der wirtschaftlichen Abhängigkeit: Sie betonen gegenüber der Weisungsgebundenheit nun stärker die Eingliederung in eine Organisation des Arbeitgebers.

---

<sup>8</sup> Vgl. BSG, 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99.

<sup>9</sup> EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 (FNV).

### **2.1.3. Ein Blick in andere Rechtsordnungen und Rechtsgebiete**

Auch andere Rechtsordnungen beschränken sich bei der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von der selbstständigen Beschäftigung nicht allein auf die Bewertung der Weisungsgebundenheit.

Die abstrakten Begriffsbestimmungen der Arbeitnehmer\*in ähneln sich zwar rechtsvergleichend (Davidov u.a. 2015, S. 128ff.; Rebhahn 2009b). Der konkrete Zuschnitt des Arbeitnehmerbegriffs hängt aber oft davon ab, ob die jeweilige Rechtsordnung noch einen Status jenseits der Dichotomie von Arbeitnehmer\*in und Selbstständigen kennt, wie z.B. im deutschen Recht die arbeitnehmerähnliche Person. Sehr viele Rechtsordnungen kennen bereits drei Kategorien (Rebhahn 2009a; Freedland / Kountouris 2011a, S. 194ff.; Davidov u.a. 2015) (bzw. nehmen innerhalb der Gruppe der Selbstständigen Differenzierungen vor). Allerdings erfüllen diese zusätzlichen Kategorien in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedliche Funktionen. So dient der Begriff des „workers“ im Vereinigten Königreich, der auf die persönliche Leistungserbringung abstellt, vor allem dazu, die Schwäche einer zu engen, am Vertrag orientierten Auslegung des Begriffs „employee“ zu kompensieren (Davidov u.a. 2015; Freedland / Kountouris 2011a, S. 194ff.; Sutschet 2016; Pottschmidt 2006, S. 444ff.). In vielen Rechtsordnungen findet aber ähnlich wie in Deutschland bei wirtschaftlicher Abhängigkeit ein modifizierter arbeitsrechtlicher Schutz Anwendung (Rebhahn 2009a; Borzaga 2012; Wachter 2000; Pottschmidt 2006, S. 425ff.).

Schaut man sich allein die Definitionen an, die für die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses verwendet werden, so finden sich im Detail ebenfalls interessante Differenzierungen. Weisungsgebundenheit, häufig als „Unterordnung“ bezeichnet, steht zwar im Zentrum der meisten Abgrenzungen (Rebhahn 2009b; Rebhahn 2009a; Nogler 2009). Eine Gruppe von Rechtsordnungen legt aber einen Schwerpunkt auf „Kontrolle“ (Davidov u.a. 2015; Waas 2017, S. 150) – eine andere Blickrichtung auf die arbeitsteilige Organisation als „Weisungsbindung“. Und eine dritte Gruppe interessiert sich stärker für die „Integration“ (in betriebliche Zusammenhänge) bzw. „Organisation“ (Davidov u.a. 2015). Zudem spielt es in manchen Rechtsordnungen eine wichtige Rolle für die Einordnung als Arbeitnehmer\*in, wie langfristig die Bindung angelegt ist (Kezuka 2017, S. 219ff. für das japanische Recht; vgl. auch Liebman/Lyubarsky 2017, S. 89ff. für das US-amerikanische Recht).

## ***2.2. Rekonstruktion: Markt und Organisation als unterschiedliche Koordinationsmechanismen***

Es fragt sich allerdings, wie „organisatorische Einbindung“ durch Kriterien und/oder Indizien operationalisiert werden könnte. Unserer Untersuchung liegt insofern die These zugrunde, dass sich die Unterscheidung zwischen Arbeitsverhältnis und Selbstständigkeit als Gegenüber von Organisation und Markt rekonstruieren lasse (vgl. auch den Ansatz von Tomassetti 2016).

### **2.2.1. Der Idealtypus der durch Hierarchie koordinierenden Organisation**

Bezugspunkt der Unterscheidung zwischen Arbeitsverhältnis (Weisungsbindung/Organisation) und Selbstständigkeit (Markt) ist danach die Art und Weise, in der Arbeitstätigkeiten in einen Wertschöpfungszusammenhang eingebunden werden, d.h. die Art und Weise, in der sie

in einem arbeitsteiligen Zusammenhang koordiniert und zusammengeführt werden. Diese Koordination kann grundsätzlich entweder durch Organisation erfolgen oder durch Markt.

Der Koordinationsmechanismus der Organisation wird herkömmlich durch Hierarchie und Kooperation, der Koordinationsmechanismus des Marktes wird durch Gleichordnung und Wettbewerb gekennzeichnet (Koch in diesem Band; Tomassetti 2016, S. 17ff.). Dem entspricht die Unterscheidung zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht. Diese lässt sich unter Rückgriff auf soziale Dynamiken der Koordination von Arbeit rekonstruieren: Die Beauftragung von wirtschaftlich selbstständig Tätigen hingegen vertraut auf wirtschaftsrechtliche Regelungsmechanismen, d.h. einerseits Vertragsfreiheit, andererseits den Schutz von (Markt-)Transparenz und Wettbewerbsgleichheit. Der Arbeitsvertrag hingegen gewährleistet mit der Weisungsgebundenheit eine Einbindung in hierarchische Zusammenhänge, die häufig in einem räumlich-betrieblichen Kontext stattfinden (vgl. Tomassetti 2016, S. 17ff.).

Dieser Idealtypus der Organisation vermag auch oft die Kriterien zu erklären, die z.T. als Indizien für Weisungsgebundenheit akzeptiert werden, obwohl sie selbst keinen unmittelbaren Schluss auf diese zulassen. So können z.B. persönliche Leistungserbringung oder die Herkunft der Arbeitsmittel ein Indiz dafür sein, dass ein Arbeitgeber das Zusammenwirken vieler Arbeitnehmer\*innen im Hinblick auf den von ihm erstrebten Erfolg koordiniert; ist dies aber der Fall, wird herkömmlich unterstellt, dass dann auch notwendig Weisungsbefugnisse vorausgesetzt werden können (Boemke 1998, S. 324ff.; Günther / Böglmüller 2015, S. 547; Rebhahn 2009b, S. 154).

### **2.2.2. Indirekte Steuerung in der digital koordinierten Arbeit**

Diese Annahmen bzw. „die traditionelle Begrifflichkeit passt eher auf das klassische, weisungsgebundene Arbeitsverhältnis in Industrie und traditionellen Bereichen der Dienstleistungen (insb. Verkauf)“ – im Gegensatz zu digitalen Arbeitsverhältnissen, die nicht an Orte, Zeiten gebunden sind, und in denen keine fachliche Steuerung stattfindet (ErfK / Preis 2018, § 611a BGB, Rn. 13). Dies spielt darauf an, dass eine hierarchisch strukturierte Organisation heute nicht mehr notwendig erforderlich ist, um einen arbeitsteiligen Wertschöpfungsprozess zu organisieren. Das betriebswirtschaftliche Ziel, über die Arbeitskraft des anderen intensiv verfügen zu können, kann zunehmend auch ohne Weisungsbindung und Direktionsrecht erreicht werden (Rebhahn 2009b, S. 163). Insbesondere kann der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechniken die Transaktionskosten für die Beschaffung von Arbeitskraft erheblich senken (Stone 2004; Rebhahn 2009b, S.163; Tomassetti 2016, S. 63ff.).

Die Übergänge zwischen organisatorischer und marktmäßiger Koordination von Arbeit sind so in den letzten Jahrzehnten fließender geworden. Indirekte Steuerungsmechanismen führen zu loseren Kopplungen als hierarchische Steuerung im engeren Sinn. Es stellen sich deshalb heute an vielen Stellen Fragen der Abgrenzung zwischen der Vergabe von „Arbeit“ innerhalb einer (hierarchischen) Organisation und dem Einkaufen von Leistungen als „Produkt“ auf einem Markt. Indirekte Mechanismen für die Steuerung von Arbeitskraft, die unabhängig von Hierarchie funktionieren, werden auch in herkömmlichen Arbeitsverhältnissen immer stärker genutzt (Liebman 2017, S. 228f.).

Katherine Stone hat bereits im Jahre 2004 die Kennzeichen der neuen „digitalen“ Produktionsweise beschrieben und sie zur „handwerklichen“ Produktionsweise (Verkauf von Produkten) sowie zur „industriellen“ Produktionsweise (unternehmensinterne Arbeitsmärkte) abgegrenzt. Das neue entgrenzte Beschäftigungsverhältnis („boundaryless workplace“) biete Karrieren und Berufswege ohne klare Aufgabenbeschreibungen; Wettbewerbsanforderungen des Marktes würden mehr oder weniger unmittelbar an die Beschäftigten weitergegeben (Stone 2004, S. 13ff.). Seit ihrer Analyse haben sich die digitalen Möglichkeiten der Aufspaltung von Wertschöpfungsbeiträgen in einzelne ortsungebundene Arbeitstätigkeiten noch einmal deutlich erhöht.

### **2.2.3. Ein komplexerer Begriff der Organisation: Lernfähigkeit durch Rekursivität**

Organisationsforscher\*innen haben die Übergangsbereiche zwischen Markt und Organisation mit dem Begriff des "Netzwerks" zu kennzeichnen versucht (Koch in diesem Band; vgl. auch Bücken 2016) - ein vermittelnder Begriff, der sich zur Entwicklung rechtlicher Konzepte nicht als geeignet erwiesen hat (Siehe Buxbaum 1993, S. 705; für die Vertragstheorie einerseits Teubner 2004, andererseits Grundmann 2007, S. 718). Jochen Koch (Koch in diesem Band) hat nun einen Ansatz entwickelt, der konkreter darlegen kann, wie sich Steuerungsinstrumente zwischen Organisation und Markt genauer verorten lassen. Im Gegensatz zur herkömmlichen Organisationstheorie sieht er die Funktionen von mitgliedschaftlicher Koordination durch Organisation nicht lediglich in der Kontrolle, die mit Hierarchien verbunden ist.

Organisationen könnten nicht nur Wertschöpfungsbeiträge integrieren und Transaktionskosten reduzieren, sondern erbrächten auch differenzierende Leistungen in der Koordination. Schon das herkömmliche Bild eines Unternehmens sei schließlich nicht allein durch eine Hierarchie von Beschlüssen und Programmen gekennzeichnet, sondern auch durch differenzierte Zuständigkeiten, strukturierte Arbeitsteilung und Stellen-/Abteilungsbildung.

Ein wichtiger Unterschied zwischen der Koordination auf Märkten und der Koordination in Organisationen besteht danach darin, wie Wissen aufgebaut und geschaffen wird. Während Märkte allein über Mechanismen des Preises, also mit wenig Informationen und damit sehr flexibel koordinieren, können Organisationen komplexe wissensintensive Prozesse gestalten und hierfür organisationale Kompetenzen und organisationales Wissen entwickeln. Zu diesem Zweck legen Organisationen rekursive Prozesse an, um Fähigkeiten und Wissen validieren, reformieren und weiterentwickeln zu können.

Berücksichtigt man in diesem Sinn nicht nur die integrierenden, sondern auch die differenzierenden Funktionen von Organisation, so kann Mitgliedschaft (hier: abhängige Beschäftigung) präziser bestimmt werden als durch einen bloßen Blick auf Hierarchie und Weisungsbindung. Zu berücksichtigen wäre auch das Ausmaß, in dem Personen und ihre Tätigkeiten in die Gestaltung wissensintensiver Koordination durch rekursive Prozesse eingebunden werden.

### **2.3. Kriterien am Beispiel des einfachen Crowdfunding**

Um hieraus Kriterien abzuleiten, mit deren Hilfe die Abgrenzung von Organisation und Markt operationalisiert werden könnte, lohnt sich ein Blick auf die Koordinationsmechanismen beim einfachen Crowdfunding. Da hier die Prozesse in der Crowd durch Plattformen strukturiert

werden, liegt der Fokus auf der Rolle der Plattformen – und hierbei auf denjenigen Mechanismen, die kennzeichnend für die Steuerung durch Plattformen sind:

### **2.3.1. Rating- und Feedbacksysteme**

Die Plattformen verwenden insbesondere Rating- und Feedbacksysteme, um Rekursivität und Wissensproduktion zu gewährleisten. Insofern als es ein einziger Akteur – die Plattform – ist, der die Feedback- und Rating-Kriterien aufstellt, unterscheiden sich diese Mechanismen von herkömmlichen Feedback-Mechanismen des Marktes; sie werden so zu Steuerungsmechanismen und ermöglichen organisationales Lernen.

Das Interessante am Feedback im einfachen Crowdfunding ist also weniger seine Funktion, Vorstellungen und Anforderungen der Plattform an die Arbeitstätigkeit zu kommunizieren; zum Teil wird eine solche Kommunikation durch mangelnde Transparenz der Kriterien sogar verhindert. Das Besondere dieses Feedbacks ist es vielmehr (insbesondere wenn es mit einer Beobachtung/Überwachung der Arbeitstätigkeit verbunden wird), dass die Plattform auf diese Weise Informationen erhalten und eine Wissensbasis aufbauen können. Hier finden rekursive Prozesse statt.

### **2.3.2. Ausdifferenzierung der Qualifikationen von Crowdworker\*innen**

Ein weiterer Unterschied zu marktlichen Koordinationsmechanismen besteht darin, dass viele Plattformen im einfachen Crowdfunding sich den alleinigen Zugriff auf eine bestimmte qualifizierte und „geprüfte“ Gruppe von Beschäftigten vorbehalten. Sie differenzieren Aufgabenpakete, qualifizieren die Crowdworker\*innen durch Einführungen bzw. „Tutorings“, ordnen die Crowdworker\*innen nach Qualifikationsniveau bestimmten Stufen zu und wählen geeignete Personen für passende Arbeitspakete aus bzw. weisen Aufträge entsprechend zu.

Ein solches Vorgehen ist „typisch“ für Organisationen – und damit für Arbeitsverhältnisse (Wisskirchen / Schwindling 2017, S. 322), ohne es dass es eine Erscheinungsform von Weisungsgebundenheit wäre. Die Beschreibung von Organisationen als wissensintensive Koordinationsmechanismen, die rekursive Prozesse nutzen, vermag zu erklären, weshalb es dennoch eine typische Verbindung zwischen Organisation und eine Ausdifferenzierung von Beschäftigten und Qualifikationen gibt: So wird organisationales Lernen koordiniert.

## **2.4. Zwischenergebnis**

In den indirekten Steuerungsinstrumenten von Crowdfunding-Plattformen „mischen“ sich marktliche wie organisationale Steuerungselemente nicht bloß; diese können potentiell wechselseitig in einer Weise interagieren, dass dabei etwas Neues entsteht (Koch in diesem Band). Nimmt man davon Abstand, für die Einordnung als „Arbeitnehmer\*in“ Weisungsbindung zu verlangen, lässt man also „Fremdbestimmung“ im Sinne einer organisatorischen Einbindung genügen, so wird es leichter, diejenigen Steuerungsmechanismen, die das einfache Crowdfunding kennzeichnen, für die arbeitsrechtliche Einordnung zu berücksichtigen (vgl. schon Frantziach 2000, S. 73ff.; Supiot 2001, S. 14). Dies setzt eine Operationalisierung des Begriffs der Organisation voraus, der den mitgliedschaftlichen Dynamiken Rechnung trägt, an denen der Arbeitnehmerbegriff ursprünglich anknüpft (Brose

2017, S. 12; vgl. auch Brors 2016). Dies leistet die vorgeschlagene Beschreibung von Organisationen als mitgliedschaftlich strukturierte und wissensintensive Formen von Koordination und Wertschöpfung, die durch rekursive Prozesse lernfähig sind.

Die genannten Mechanismen werden allerdings von Crowdfunding-Plattformen ganz unterschiedlich genutzt. Es lassen sich eher marktähnliche und eher organisationsähnliche Crowdfunding-Plattformen identifizieren – abhängig davon, welche Bedeutung rekursive Prozesse in der Koordination haben und inwieweit die digitale Plattform den Märkten einen unmittelbaren Durchgriff auf die Crowdfunder\*innen gestattet oder inwieweit sie im Gegenteil mitgliedschaftlich strukturiert ist.

Wie diese Erkenntnisse im Recht angemessen umgesetzt werden können, ist Gegenstand der folgenden Abschnitte.

### **3. Modelle für die Ausdifferenzierung des Beschäftigtenschutzes**

Die ILO-Empfehlung Nr. 198 über das Arbeitsverhältnis schlägt in Nr. 11c) vor: „Um die Bestimmung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses zu erleichtern, sollten die [Mitgliedstaaten ...] in Erwägung ziehen, [...] zu bestimmen, dass Beschäftigte mit bestimmten Merkmalen allgemein oder in einem bestimmten Sektor entweder als Arbeitnehmer oder als selbstständig Erwerbstätige anzusehen sind.“ Diese Empfehlung geht von einer Dualität von Begriffen aus, schlägt also eine sektorale Regelung vor, die eine Entscheidung entweder für den Arbeitnehmer\*innenbegriff oder die Selbstständigeneigenschaft trifft (vgl. Liebman / Lyubarsky 2017, S. 106ff.).

In der Literatur werden hingegen auch Modelle diskutiert, die differenzierte Rechtsfolgen zwischen oder jenseits der Arbeitnehmer\*innen- und Selbständigenbegriffe begründen:

#### ***3.1. Überlegungen zur Anknüpfung***

##### **3.1.1. „Kreise“ (Supiot, Freedland/Kountouris)**

Der Bericht einer vergleichenden Forschungsgruppe aus dem Jahre 2001 („Supiot-Bericht“) entwickelte Modelle für weitere Differenzierungen in der Regulierung von Erwerbsarbeit (Supiot 2001, S. 53ff.). Er schlug vor, Erwerbsarbeit in vier Rechtskreisen zu regeln, die sich in der Reichweite des Schutzes unterscheiden sollten, und differenziert insofern wie folgt:

- bezahlte Erwerbsarbeit in persönlicher Abhängigkeit;
- (berufliche) Erwerbsarbeit, für die z.B. Arbeitsschutz zu regeln sei;
- unbezahlte Arbeit, die auf soziale Sicherung angewiesen sei;
- universelle Rechte, die unabhängig vom konkreten Beschäftigungsverhältnis vorgesehen werden müsste, wie z.B. Krankenversicherung oder Weiterbildung (Supiot 2001, S. 55).

Den stärksten Widerhall hat der Vorschlag in dem gefunden, was er als „statut professionnel“ bezeichnet (Supiot 2001, S. 24ff.), eine Art allgemeiner Beschäftigtenstatus, die mit „Grundrechten der Erwerbsarbeit“ als eines innersten Kerns von persönlich erbrachter Arbeit

zur Existenzsicherung verbunden sein müssten (Arthurs 2011, S. 23f.; Supiot 2001; Perulli 2003).

Der Versuch einer Strukturierung durch „Rechtskreise“ ist auch ein Versuch, das geltende Recht rechtsordnungsübergreifend systematisch beschreibbar zu machen. Für das deutsche Recht hat der Abschlussbericht der Kommission "Arbeit der Zukunft" der Hans-Böckler-Stiftung das Modell der „Kreise“ für das deutsche Recht folgendermaßen übersetzt (Jürgens u.a., S. 29ff.):

- Arbeitnehmer\*innen, wobei eine Ausweitung vorgeschlagen wird auf Personen, die nicht persönlich, sondern „sachlich oder wirtschaftlich“ abhängig sind oder „kontrolliert“ werden;
- arbeitnehmerähnliche Personen, deren Schutz auszuweiten sei;
- ein Schutz, der an Gefahrenquellen (z.B. für Gesundheit und Sicherheit) anknüpfe;
- Schutz des sozialen Zivilrechts für Selbstständige, soweit strukturelle Machtunterlegenheiten bestehen.

Diese Beschreibungen knüpfen am geltenden Recht an – wobei die Grenzen zwischen den Kategorien durch die Ausweitungsvorschläge zu verschwimmen drohen, so dass die rechtsdogmatischen, theoretischen und rechtspolitischen Anliegen im Modell nicht klar genug zu erkennen sind.

Für das englische Recht haben Mark Freedland und Nicola Kountouris ein Modell entwickelt, das nicht mit dem Bild der Kreise arbeitet, sondern mit einem analytisch erarbeiteten Kern des „personal work nexus“, der rechtlich geprägte Verhältnisse der Erwerbsarbeit kennzeichne, und der Ausgangspunkt eines flexiblen Systems von Regelungsmechanismen und Schutzzielen bzw. Kern eines Netzes von rechtlichen Beziehungen sein könne, das sich um die Arbeitstätigkeit spanne (Freedland / Kountouris 2011b, S. 197ff., S. 267ff.; S. 309ff.). Ähnlich wie im Supiot-Bericht steht auch hier ein Kern von Rechten im Zentrum, die für Tätigkeiten, die zum Zweck der Existenzsicherung in Person geleistet werden, "personality in work" („dignity, capability and stability“) gewährleisten sollten (Freedland/Kountouris 2011a, S. 200; Freedland / Kountouris 2011b, S. 24ff.; S. 341ff. für die Entsprechung zum „statut professionnel“ (Supiot)).

### **3.1.2. Abhängigkeit, Arbeitgeberfunktionen und Macht (Davidov, Prassl, Kocher)**

Guy Davidov ordnet anders, da er für seinen „purposive approach“ an die Probleme bzw. Gefährdungslagen/„vulnerabilities“ in der Erwerbsarbeit anknüpft. Er orientiert sich dabei an einer normativen Vorstellung dessen, was eine arbeitsrechtliche Regulierung gewährleisten sollte, insbesondere demokratische Partizipation (die durch Unterordnung bzw. Weisungsgebundenheit beeinträchtigt sei) und die Chance, eigene Risiken auf einem Markt zu streuen (die durch wirtschaftliche Abhängigkeit gefährdet sei) (Davidov 2017). Bei Vorliegen beider Gefährdungslagen solle Arbeitsrecht angewandt werden. Bei anderer Gelegenheit hat Davidov den Ansatz konkretisiert und um den Aspekt der Abhängigkeit von einem einzigen Arbeitgeber ergänzt (welche die beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten beeinträchtigt) (Davidov 2016, S. 34ff.).

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag von Jeremias Prassl, die arbeitsrechtliche Regulierung an Arbeitgeberfunktionen und damit aus der Arbeitgebermacht zu begründen (Prassl / Risak 2016; Prassl / Risak 2017).

Mein eigenes Modell der Schutzbedürftigkeit in der Arbeit verfolgt ähnliche Anliegen, knüpft aber für die Begründung von Schutzbedürfnissen nicht am Begriff der Arbeit und ihrer institutionellen Einbindung an, sondern umgekehrt an den Rechtfertigungsgründen, die für soziales und zwingendes Privatrecht bereitstehen: Es geht davon aus, dass der normative Regelfall die Koordination über den Markt darstellt und fragt danach, welche sozio-ökonomischen Tatbestände der Macht sich in der Erwerbsarbeit ausmachen lassen, an denen eine Regulierung anknüpfen könnte (Kocher 2015 m.w.N). Organisation und organisatorische Einbindung spielt dabei eine zentrale Rolle; nicht nur aufgrund der Macht, die sich bei Dauerschuldverhältnissen in Folge von Selbstbindung und Hold-up-Positionen, also infolge einer mit spezifischen Investitionen einhergehenden Verengung ökonomischer Optionen bildet, sondern vor allem aufgrund der mit der Koordinationsmacht einhergehenden Herrschaftsmacht.

### ***3.2. Verfassungsrechtliche Grundlagen, Grund- und Menschenrechte***

Ein solcher Ansatz lässt sich aus der verfassungsrechtlichen Lage in Deutschland heraus gut begründen. Da die arbeitsrechtliche Regulierung in verrechtlichten Kontexten stattfindet, die sich von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterscheiden, wird im Folgenden zunächst lediglich der verfassungsrechtliche Rahmen im deutschen Recht genauer ausgeführt:

#### **3.2.1. Der allgemeine Gleichheitssatz**

Aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ergibt sich zunächst, dass Gruppen von Beschäftigten nicht ohne guten Grund von dem Schutz ausgenommen werden dürfen, den andere Gruppen erhalten. Danach müssen alle diejenigen Beschäftigten arbeitsrechtlichen Schutz erhalten, die sich der Sache nach nicht von Arbeitnehmer\*innen im Rechtssinne unterscheiden (Wank 1999, S. 228). Ähnliches gilt für den Status der arbeitnehmerähnlichen Person sowie die Heimarbeit.

#### **3.2.2. Rechtlicher Schutz bei „strukturellen Ungleichgewichten“**

Jede gesetzlich zwingende arbeitsrechtliche Vorgabe stellt grundsätzlich einen Eingriff in die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit dar, der gerechtfertigt werden muss. Das BVerfG leitet aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG aber auch Regelungspflichten ab. Im Zusammenhang mit dem Schutz der materiellen Privatautonomie bestünden Pflichten des Staates, bei „strukturellen Ungleichgewichten“ in die Vertragsfreiheit einzugreifen und Mindeststandards zu gewährleisten. In der Bürgschafts-Entscheidung wurde dies für eine kredit- und verbraucherrechtliche Konstellation begründet;<sup>10</sup> es gilt aber auch in Feldern der Erwerbsarbeit (vgl. ErfK / Preis 2018, § 611a BGB, Rn. 8).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl., 19.10.1993 – 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 (Bürgschaft).

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl., 7.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter).

Anknüpfungspunkte sind dabei Ungleichgewichte bzw. das Fehlen eines annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten bei Vertragsschluss; mit ihnen ließen sich gesetzliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit<sup>12</sup> sowie eine richterliche Kontrolle der einseitig vom Arbeitgeber festgesetzten Arbeitsbedingungen<sup>13</sup> rechtfertigen. In der Handelsvertreterentscheidung wird dies noch allgemein als „soziales und wirtschaftliches“ Ungleichgewicht bezeichnet.<sup>14</sup> Die Argumentation im Einzelnen läuft auf eine Anknüpfung an der wirtschaftlichen Abhängigkeit und den Schwächen des Arbeitsmarkts hinaus; diese könnten Arbeitnehmer\*innen auch während des Arbeitsverhältnisses an der Durchsetzung von Interessen hindern, weil ihnen die exit-Option faktisch nicht zur Verfügung stehe: „Der einzelne Arbeitnehmer ist typischerweise ungleich stärker auf sein Arbeitsverhältnis angewiesen als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer.“<sup>15</sup> Insofern verlange die Verfassung insbesondere, den Moment vertraglicher Unterwerfung unter Macht- und Herrschaftsverhältnisse einschließlich dessen Vorgeschichte und Zukunft in Hinblick auf die tatsächlich bestehenden Möglichkeiten von „voice“ und „exit“ in den Blick zu nehmen (Kocher 2015).

Was mit den „sozialen Ungleichgewichten“ darüber hinaus gemeint sein könnte, wird in der Entscheidung zur kündigungsschutzrechtlichen Kleinbetriebsklausel deutlich, wo das BVerfG dem Art. 12 Abs. 1 GG auch einen rechtlichen Schutz des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes, oder genauer einen „Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition“ entnimmt, dem der Staat durch Kündigungsschutz Rechnung tragen müsse.<sup>16</sup> In seiner Entscheidung zu § 14 TzBfG erweiterte das BVerfG diese Aussagen auf einen verfassungsrechtlich notwendigen Schutz vor Befristung: Die unbefristete Beschäftigung müsse der Regelfall sein.<sup>17</sup> Auch der Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen wird hier verfassungsrechtlich mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit und der Position auf dem Arbeitsmarkt begründet, also mit dem Fehlen adäquater Alternativen.

Das BVerfG begründet die Interessen am Bestandsschutz allerdings nicht nur wirtschaftlich, sondern auch sozial („ökonomisches und soziales Beziehungsgeflecht“ des Arbeitsplatzes)<sup>18</sup> – ein Hinweis auf die Relevanz der Organisation von Arbeitsteilung bzw. der Koordinationszusammenhänge in der Erwerbsarbeit.

### **3.2.3. Rechte in der Arbeit und das Recht auf Arbeit**

Neben diesen aus der allgemeinen Privatautonomie entwickelten Regulierungsbedarfen ergeben sich aus anderen Grund- und Menschenrechten notwendige Mindestanforderungen an eine Regulierung von Beschäftigung. Dabei soll hier nicht auf allgemeine Grundrechte zum

---

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl., 7.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter).

<sup>13</sup> BVerfG, 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl., 7.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, Rn 47.

<sup>15</sup> BVerfG, 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl., 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschl., 06.06.2018 – 1 BvL 7/14.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl., 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169.

Schutz der Menschenwürde, der Gesundheit, der Familie oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingegangen werden, die in der Erwerbsarbeit eine Rolle spielen können. Denn darüber hinaus lassen sich bereits aus Art. 12 GG eine Reihe spezifisch arbeitsbezogener Grundrechte entnehmen. Um die Formulierung der Handelsvertreter-Entscheidung umzudrehen: „Die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete berufliche Tätigkeit dient nicht nur der [Möglichkeit von Bürgern, sich eine wirtschaftliche Grundlage ihrer Existenz zu schaffen, sondern auch] der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft“ (grundlegend Schneider 1985, S. 13ff.; S. 30ff.).<sup>19</sup>

Aufgrund der grundsätzlichen Vermutung für die Richtigkeit vertraglicher Gestaltung müssen gesetzliche Eingriffe sich auch insofern mit konkreten Gefährdungslagen begründen lassen. Dennoch bieten diese Grundrechte einen eigenständigen Begründungszusammenhang für Rechte in der Arbeit. Sie messen den sozialen Kontexten der Existenzsicherung der Arbeit grundrechtliche Bedeutung bei: Wenn sich Freiheit unter den Bedingungen der Arbeitsteilung nur in ständiger Interaktion und Kooperation mit anderen Grundrechtssubjekten verwirklichen lässt (Schneider 1985, S. 13ff.), bedarf es rechtlicher Gewährleistungen gegen die besonderen Gefährdungen, die durch solche organisatorischen Einbindungen für die Freiheitsausübung entstehen.

### **3.2.4. Koalitions- und/oder Wettbewerbsfreiheit**

Zuletzt seien die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für kollektives Handeln und die Tarifautonomie genannt. Im deutschen Recht setzt Art. 9 Abs. 3 GG die völker- und unionsrechtlichen Anforderungen der Vereinigungs- und Gewerkschaftsfreiheit um.

Die Legitimation dieser Gewährleistungen ist ein widerkehrendes Thema in arbeitsrechtlichen Debatten. Die Gewährleistung demokratischer Werte und von Partizipation spielt hierbei keine kleine Rolle. Im deutschen Arbeitsrecht werden Kollektivverhandlungs- und Arbeitskampffreiheiten zunehmend vor allem mit ihren Funktionen einer autonomen „Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen“ begründet.<sup>20</sup> Der Schwerpunkt liegt dabei rechtlich oft auf den wirtschaftlichen Funktionen für die Gestaltung der Arbeitsmärkte: Die Kollektivvereinbarungen sollen insofern (strukturelle) Machtungleichgewichte durch entsprechende Machtgleichgewichte auf kollektiver Ebene kompensieren.<sup>21</sup> Hier wird die Kollektivvereinbarungs- und Kollektivhandlungsfreiheit vor allem als funktionales Äquivalent zu einer Regelung von Arbeitsbedingungen über Wettbewerb und Markt konstruiert.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl., 7.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter).

<sup>20</sup> Siehe insbesondere BVerfG, Beschl., 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233 (248 f.); BVerfG, Beschl., 24.02.1999 – 1 BvR 123/93, BVerfGE 100, 214 (223).

<sup>21</sup> Siehe z.B. BVerfG, 27.02.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 (316); BVerfG, Beschl., 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322; BVerfG, Beschl., 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (229).

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 (Albany), C-115-117/97 (Brentjens') und C-219/97 (Drijvende Bokken); EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 (FNV).

### **3.3. Zwischenergebnis**

Es gibt unterschiedliche Modelle, in denen sich arbeitsrechtliche Rechtsfolgen rechtfertigen lassen. Der verfassungsrechtliche Kontext in Deutschland liefert insofern zwei Begründungsmuster für arbeitsrechtliche Regulierung: „strukturelle Ungleichgewichte“ auf Arbeitsmärkten und Rechte auf personale Entwicklung in der Arbeit andererseits. Aus Art. 9 Abs. 3 GG leitet sich darüber hinaus eine Berechtigung für autonomes, kollektiv organisiertes Handeln – als das wichtigste Instrument, um Ungleichgewichte auszugleichen (und Rechte in der Arbeit zu gewährleisten).

In der verfassungsrechtlichen Debatte ist die Frage einer Regulierung zum Zweck der Kompensation von Organisationsmacht noch kein Thema gewesen. Dies heißt aber nicht, dass neben dem mit Ungleichgewichten des Marktes begründeten „Existenzschutz“ nicht auch der „Berufsschutz“, der aus „Organisationsrisiken“ entsteht (Zu den Begriffen Wank 1999, S. 227; Wank 1988), einer Regelung zugänglich sei. Denn aus der sozialen Kooperation entsteht Herrschaftsmacht für Institutionen und Organisationen, die durch die Personenbezogenheit von Arbeit ihren besonderen Charakter erhält (Kocher 2015 m.w.N.).

## **4. Der Status von Crowdworker\*innen: Eine sektorale Regelung auf der Basis einer Rekonstruktion der Grenzen des Arbeitsrechts**

Unter 1. und 2. wurde die These entwickelt, dass sich die spezifische Organisationsform des Crowdworking verstehen lässt, wenn man den Begriff der Organisation nicht eng an Weisungsgebundenheit anknüpft, sondern andere Merkmale der Organisation, insbesondere deren Wissensintensivität und Rekursivität, mit in die Betrachtung einbezieht. Im vorigen Abschnitt 3. wurde darauf hingewiesen, welche Modelle es für eine Ausdifferenzierung des Arbeitnehmerschutzes gibt, und dafür plädiert, an Tatbeständen sozioökonomischer Macht anzuknüpfen, die bestimmte Gefährdungslagen mit sich bringen.

Dabei geht es in der Sache um eine Auseinandersetzung mit dem „Status“ – denn der Arbeitnehmerbegriff stellt nichts anderes als einen Statusbegriff dar, da mit ihm ein ganzes Bündel an Rechten verknüpft ist (Freedland / Kountouris 2011b; Kahn-Freund 1967; vgl. Rebhahn 2009b, S. 162; Frantziou 2000, S. 84). Zur Diskussion stehen allgemein eine „Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs“ (Risak / Lutz 2017) oder jedenfalls seine Anpassung auf das Crowdworking – oder ein spezifischer Status mit spezifischen Rechtsfolgen für das Crowdworking (so das US-amerikanische Hamilton Project von 2015 (Liebman / Lyubarsky 2017, S. 106ff.)).

### **4.1. Argumente gegen einen neuen (weiteren) Status**

Gegen Ausdifferenzierungen beim Status ist eingewandt worden, eine Einführung weiterer Vertragsformen und Status würde Arbeitgeber\*innen weitere Ausweich- und Umgehungsmöglichkeiten anbieten (Davidov 2011, S. 176f.; Langille 2011, S. 107ff.; Castel 2011, S. 106f.; Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 19.1.2011) und das Normalarbeitsverhältnis könnte so noch stärker unter Druck geraten (Biegoń u.a. 2017, S. 8 zur Debatte anlässlich des Grünbuchs der Europäischen Kommission, KOM 2006; ähnlich Risak 2017; Liebman / Lyubarsky 2017, S. 106ff.). Diese Argumentation

hat in der Sache nicht den Schutz der Crowdworker\*innen im Blick; ihr geht es vielmehr um den Wettbewerb der Beschäftigungssysteme, der durch solche Beschäftigungsmodelle eröffnet wird, also um die Aus- und Rückwirkungen, die Beschäftigungsverhältnisse in der Gig-Economy auf Normalarbeitsverhältnisse, die Arbeitsmärkte, die Koalitionsfreiheit und die nationalen Systeme der sozialen Sicherung haben können.

Die Erfahrungen mit der Kategorie der arbeitnehmerähnlichen Person (einem weiteren „Status“) in Deutschland und Österreich können hier nur teilweise Entwarnung geben. Formal dient dieser Status dazu, dort ein Mindestmaß an Schutz gewährleisten, wo das Arbeitsverhältnis nicht hinreicht (So aber Risak / Lutz 2017). Jedenfalls in Deutschland scheinen die Figuren der arbeitnehmerähnlichen Person bzw. der Heimarbeiter\*in hingegen darüber hinaus von den Gerichten auch als Ausweichstrategie genutzt zu werden (Freedland / Kountouris 2011b, S. 436).<sup>23</sup>

Die Attraktivität einer solchen Ausweichstrategie rührt z.T. aber auch daher, dass herkömmliche Einordnungen für die Rechtspraxis oft nicht passgenau erscheinen. Auch unsere Untersuchung hat gezeigt, dass sich die organisatorischen Gestaltungen im Fall des Crowdworking von herkömmlichen Vorstellungen eines Arbeitsverhältnisses unterscheiden – es handelt sich nicht lediglich um neue, moderne Formen altbekannter Probleme wie Scheinselbstständigkeit und Missbrauch von Leiharbeit.

Problematisch wird es vor allem, wenn die Rechtsfolgen des Arbeits- oder Sozialversicherungsrechts nicht zu passen scheinen.<sup>24</sup> Die dargestellten Theorien zur Ausdifferenzierung des Status beruhen insofern auf der Grundthese, dass die Elemente des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenschutzes auf unterschiedliche Schutzbedarfe bzw. Gefährdungslagen und Machtverhältnisse reagieren. Deshalb wird im Folgenden ein Überblick über mögliche Rechtsfolgen für das Crowdworking und die möglichen Anknüpfungsüberlegungen gegeben werden – mit einem besonderen Fokus auf der Frage, inwieweit der Schutz auf die Machtungleichgewichte reagiert, die durch organisatorische Einbindung entstehen.

#### **4.2. Ein Bündel von Rechten:**

##### ***Zielsetzungen und Regelungsbedarfe im Crowdwork***

Für Crowdworker\*innen sind ganz unterschiedliche Rechtsfolgen bzw. unterschiedlicher sozialer Schutz vorgeschlagen worden sind: Ein „Mindestschutz, etwa für Entgelt, Arbeitserholung, Arbeitsschutz sowie Vertragsbeendigung“ (Beschluss I. 2.a) 71. DJT 2016) ist etwas anderes als „Entgelt“, „Zugang zu sozialer Absicherung“, „Transparenz“, „Schlichtung“ und „eine neue Gelegenheit für die Beförderung einer »kooperativen Wende« in den Arbeitsbeziehungen“ (Frankfurter Erklärung 2016).

Die Forderung nach Einbeziehung neuer Beschäftigungsformen in die **Sozialversicherung** ist weit verbreitet und bereits ausführlich begründet (Frankfurter Erklärung 2016; Waltermann

---

<sup>23</sup> Vgl. BAG, 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, ZTR 2006, S. 390ff.; BAG, 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264ff.

<sup>24</sup> Zu den Schwierigkeiten einer Umsetzung der Sozialversicherungspflicht des § 12 Abs. 2 SGB IV im Crowdworking etwa Giesen / Kersten 2017, S. 114ff.

2010; BMAS 2017, S. 12, 167, 171f.; Beschlüsse des DJT 2016, S. 12; Vorschlag von 2015 im Hamilton Project (vgl. Liebman / Lyubarsky 2017, S. 106ff.). Da sich die Zielsetzungen des Sozialversicherungsrechts und des Arbeitsrechts ohnehin unterscheiden, spricht einiges dafür, den Anwendungsrecht von Arbeits- und Sozialrecht auch im deutschen Recht noch stärker voneinander zu entkoppeln, als dies ohnehin schon der Fall ist. (Solo-)Selbstständigen eine rechtliche Verantwortung für die eigene Risikovorsorge zuzuweisen, entspricht nicht in erster Linie deren eigener Schutzbedürftigkeit, sondern vor allem Interessen der Allgemeinheit (Brose 2017, S. 8; Waltermann 2010).

Dass im Crowdfunding nicht selten ein Einkommen unterhalb des niedrigsten tariflich vorgesehenen **Entgelts** verdient wird (Schönefeld / Hensel bzw. Schwarz in diesem Band XXX), wird weithin als Problem gesehen, dem mit gesetzlichen Regelungen begegnet werden sollte (Frankfurter Erklärung 2016; Beschluss I. 2.a) 71. DJT 2016; Liebman / Lyubarsky 2017, S. 129ff.; Prassl / Risak 2016; Prassl / Risak 2017; Davidov 2016, S. 73ff.). Das geltende Recht knüpft in MiLoG, §§ 17ff. HAG und § 92a Abs. 1 Satz 1 HGB an der persönlichen oder der wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem Arbeit-/Auftraggeber an.

Ein anderer Ansatz stützt sich auf die Personengebundenheit der Existenzsicherung, also die „persönliche Leistungserbringung“ und begründet ein Mindestentgelt für Solo-Selbstständige unabhängig von bestehenden Abhängigkeiten.<sup>25</sup> Eine solche Regelung könnte Zielsetzungen ähnlich der sozialen Sicherung verfolgen, also einen fairen Wettbewerb der Beschäftigungsformen sowie einen Schutz der sozialen Sicherungssystemen; sie müsste dann wirtschaftlich dem Mindestlohn für andere Arbeitnehmer\*innen entsprechen.<sup>26</sup>

Ein ganz anderes Ziel verfolgt die von Prassl vorgeschlagene Normierung eines „surge price“/dynamischen Preises (Prassl 2018, S. 105ff.): Je weniger Aufträge verbindlich angeboten werden könnten, desto höher müsse das Entgelt für den einzelnen Auftrag sein. Diese Regelung knüpft an eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einer einzelnen Plattform an und erklärt bestimmte Verdiensterwartungen auf dieser Grundlage für legitim.

Auch Regelungen zum Schutz von **Sicherheit und Gesundheit** sind für das Crowdfunding gefordert worden (Beschluss I. 2.a) 71. DJT 2016; Liebman / Lyubarsky 2017, S. 129ff.). Das Arbeitsschutzrecht erfasst in der Sache z.T. bereits heute die selbstständige Erwerbsarbeit. Der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte hatte bereits 2013 die Bundesrepublik Deutschland gerügt, weil bestimmte Kategorien von Solo-Selbstständigen nicht ausreichend von Arbeitsschutzregelungen erfasst seien (Conclusions XX-2 (2013), S. 7). Hier finden sich häufig Regelungen, die organisatorischen Einbindungen und Vorgaben anknüpfen.

Ein Schutz bei/vor **Vertragsbeendigung** ist ebenfalls schon Gegenstand der Debatte um die Regelung des Crowdfunding gewesen (Siehe Forderung in Beschluss I. 2.a) 71. DJT 2016). Mit einem Kündigungsschutz würden unterschiedliche Zielsetzungen bzw. Schutzbedarfe erfüllt (Davidov 2016, S. 98ff.): Zum einen reagiert Kündigungsschutzrecht darauf, dass

---

<sup>25</sup> Siehe auch das polnische Gesetz über das Mindestentgelt, das seit seiner Änderung durch Gesetz vom 22.7.2016 auch für bestimmte Solo-Selbstständige gilt.

<sup>26</sup> Auf Grenzen stößt ein solcher Ansatz im globalen Wettbewerb der Crowdfunder\*innen; zu empirischen Grundlagen Schönefeld u.a. 2017.

Arbeitnehmer\*innen sozial und wirtschaftlich von der Erwerbsarbeit abhängig sind.<sup>27</sup> Zum anderen aber geht es gerade im Kündigungsschutzrecht auch immer um die Gewährleistung von Würde und Fairness im Verhältnis Arbeitgeber\*in/Arbeitnehmer\*in (Davidov 2016, S. 98ff.). Kündigungsschutzrecht bedeutet deshalb in allen Rechtsordnungen vor allem, dass Arbeitgeber\*innen einen guten Grund für die Kündigung nennen müssen – also einen Schutz vor willkürlichen Vertragsbeendigungen (Siehe auch ILO-Konvention 158 zum Kündigungsschutz; vgl. Davidov 2016, S. 98ff.), der letztlich auf die Organisationsmacht des Arbeit- und Auftraggebers reagiert.

Auf einer ganz anderen Ebene bewegen sich Vorschläge, die eine rechtliche Stärkung des **kollektiven Handelns** der Crowdworker\*innen zum Ziel haben (Hensel 2017, S. 913; Davidov 2016, S. 85ff.; Prassl / Risak 2017; Prassl 2018, S. 105ff.). Dieses bietet einen Ausgleich für die Ungleichgewichte auf dem Arbeitsmarkt, die sich im Vertragsverhältnis spiegeln; es soll Austauschgerechtigkeit auf kollektiver Ebene gewährleisten. Die Kollektivautonomie bietet darüber hinaus auch Formen der demokratischen Mitgestaltung und einen sozialen Raum für Bürger\*innen in der Erwerbsarbeit.

An speziellen Regelungen ist schon vorgeschlagen worden, Möglichkeiten von Crowdworker\*innen, sich auszutauschen, sich zu beschweren und zu solidarisieren, zu schaffen (Krause 2016, B 107) – oder allgemeiner „eine neue Gelegenheit für die Beförderung einer »kooperativen Wende« in den Arbeitsbeziehungen“ (Frankfurter Erklärung 2016; vgl. Al-Ani 2015, S. 47ff.). Darüber hinaus bedarf es eines Schutzes kollektiver Aktionen vor möglichen Sanktionen der Arbeitgeber-/Auftraggeberseite (Hirsch / Seiner 2017 S. 177f.; Liebman / Lyubarsky 2017, S. 115ff.). Und für den Fall, dass aus dem kollektiven Handeln Vereinbarungen mit Plattformen entstehen,<sup>28</sup> ist von Interesse, ob diese sich vor allem vor der Wettbewerbsfreiheit rechtfertigen lassen bzw. gegen das Kartellrecht „immunisiert“ (Bayreuther 2017) werden können (Hirsch / Seiner 2017 S. 177f.; Liebman / Lyubarsky 2017, S. 106ff.).

Entsprechende Regelungen knüpfen in aller Regel an einem Ausgleich von fehlender Marktmacht an; bei Erweiterungen geht es deshalb um wirtschaftlich abhängige Personen.<sup>29</sup> Soweit es hingegen um die Gewährleistung von Mitwirkung und Mitbestimmung im Sinne von demokratischer oder demokratie-ähnlicher Partizipation geht, spricht allerdings mehr für eine Anknüpfung an der Organisationsmacht von Unternehmen.

Andere Regelungsvorschläge richten sich auf einen Schutz allgemeiner **Grundrechte vor arbeitsspezifischen Gefährdungen**. Insbesondere Vorschläge für den Schutz der Familie, wie z.B. Mutterschutz oder Elternurlaub knüpfen insofern an der allgemeinen Problematik der Vereinbarkeit von informeller Sorgearbeit und Erwerbsarbeit an.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl., 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169; BVerfG, Beschl., 06.06.2018 – 1 BvL 7/14.

<sup>28</sup> Ministerkomitee des Europarats, Recommendation CM/Rec(2018)2 vom 7.3.2018, 1309th meeting, Punkt 2.2.2..

<sup>29</sup> § 12a TVG; EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 (FNV).

<sup>30</sup> Vgl. Art. 8 der Richtlinie 2010/41/EU; siehe auch das italienische Gesetz No. 81/2017 vom Juni 2017.

Ein weiteres Bündel an Rechten lässt sich dem Ziel der „**Fairness**“ (Stone 2004, S. 96ff.) zuordnen: Fragen der Streitschlichtung und der Rechtsdurchsetzung (Liebman / Lyubarsky 2017, S. 129ff.; Davidov 2016, S. 224ff.; vgl. auch Frankfurter Erklärung), insbesondere Zugang zu effektivem Rechtsschutz und entsprechenden fair ausgestalteten Konfliktlösungssystemen, unter Beteiligung von Organisationen, die sämtliche Interessen der „Nutzer\*innen“ von Plattformen repräsentieren.<sup>31</sup> Der **Schutz vor Diskriminierung** wegen sozialer Merkmale, wie z.B. des Geschlechts, rassistischer Diskriminierung, Diskriminierungen wegen einer Behinderung ist nicht zufällig auch heute bereits in selbstständigen Beschäftigungsformen vorgesehen.<sup>32</sup> Das Ministerkomitee des Europarats empfiehlt darüber hinaus allgemein, dass digitale Plattformen Mechanismen zur Bewertung der Geschäftstätigkeit im Hinblick auf die Auswirkungen auf **Menschenrechte** installieren („due diligence assessments“).<sup>33</sup>

Eine Reihe von Forderungen betrifft in der Sache nicht marktkorrigierende, sondern markt-schaffende oder marktunterstützende Mechanismen – d.h. Regelungen über **(Markt-)Transparenz** und den **Marktzugang**, unabhängig von der Beschäftigungsform.<sup>34</sup> Thematisiert werden solche Rechte häufig über den Bereich der Erwerbsarbeit hinaus für digitale Plattformen im Allgemeinen (siehe z.B. Martini 2017, S. 1019ff.; Research group on the Law of Digital Services 2016; BMWi 2017). Am umfassendsten sind mögliche Pflichten wahrscheinlich in der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats über die Rolle und die Verantwortlichkeiten von Internetplattformen ausformuliert.<sup>35</sup>

Hier wie auch beim Schutz von **nicht-arbeitsbezogenen (Grund-)Rechten** wie dem Datenschutz oder dem Schutz von Urheber- und gewerblichen Schutzrechten, der Sicherung fairer Zahlungs- und Vertragsbedingungen<sup>36</sup> wäre jeweils im Einzelnen zu fragen, inwieweit diese auf arbeitsspezifische Gefährdungslagen, insbesondere Machtverhältnisse in organisatorischen Einbindungen reagieren.

Sehr deutlich auf diese Machtverhältnisse bezieht sich die Debatte über Rechte auf **berufliche Entfaltung und Weiterentwicklung**; in diesem Kontext lassen sich Forderungen nach einer Übertragbarkeit von Bewertungen und Ratings (Prassl 2018, S. 105ff.) verorten. Stone identifiziert in ihrer Analyse von entgrenzten Beschäftigungsverhältnissen in der digitalen Arbeitsgesellschaft solche Gewährleistungen: Das Rechte müsste legitime Erwartungen auf individuelle Entwicklungsmöglichkeiten und neue Fähigkeiten, Qualifizierungsmöglichkeiten und Sicherheit in der Beschäftigungsfähigkeit absichern (Stone 2004, S. 112f.; vgl. Freedland / Kountouris 2011a, S. 208f.).

---

<sup>31</sup> Punkt 2.5. der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats, über die Rolle und die Verantwortlichkeiten von Internetplattformen (Recommendation CM/Rec(2018)2 vom 7.3.2018, 1309th meeting).

<sup>32</sup> EU-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG.

<sup>33</sup> Ministerkomitee des Europarats, Recommendation CM/Rec(2018)2 vom 7.3.2018, 1309th meeting.

<sup>34</sup> Entschließung vom 19.1.2017 zu einer europäischen Säule sozialer Rechte (2016/2095(INI)) 5. b).

<sup>35</sup> Ministerkomitee des Europarats, Recommendation CM/Rec(2018)2 vom 7.3.2018, 1309th meeting, Punkt 2.2.

<sup>36</sup> Vgl. Italienisches Gesetz No. 81/2017 vom Juni 2017.

### **4.3. Argumente für eine spezielle Regelung**

Die Tatsache, dass Recht an unterschiedlichen Gefährdungslagen und Machtstrukturen anknüpfen, muss nicht zwangsläufig zu unterschiedlichen Anknüpfungskriterien führen. Der Arbeitnehmerbegriff ist ein Beispiel dafür, dass eine Bündelung von Rechten an einem charakteristischen Merkmal den Markt effektiv gestalten kann.

Dies setzt aber voraus, dass die Rechtsfolgen für die erfassten Fallgestaltungen passgenau sind. Die Gesamtheit des Arbeits- oder Sozialversicherungsrechts müsste jedoch erheblich angepasst werden, um die tatsächlichen Regelungsfragen im Crowdfunding beantworten zu können. Besonders deutlich ist dies beim Sozialversicherungsrecht (siehe z.B. die Hinweise von Giesen / Kersten 2017, S. 114ff). Sowie bei der betrieblichen Mitbestimmung und dem kollektiven Handeln, die auf räumlich-betriebliche Zusammenhänge zugeschnitten sind (Neugebauer / Klebe 2014; Al-Ani 2015, S. 44f.). Es gibt jedenfalls in diesen Bereichen gute Argumente für eine auf das Crowdfunding zugeschnittene Regelung.

### **4.4. Anknüpfungsmomente für Arbeitsrechte im Crowdfunding**

Arbeitsrechtlich zwingende Regelungen funktionieren nur, wenn das Anknüpfungsmoment des Statusbegriffs auf einem Merkmal beruht, das nicht einseitig gestaltbar ist und das deshalb Umgehungen zumindest erheblich erschwert (siehe § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB) (siehe auch Kocher 2018). Das Weisungsrecht hat sich lange Zeit als Ausgangspunkt des Arbeitnehmer-Status geeignet, da in fordistischen Produktionssystemen davon ausgegangen werden konnte, dass ein Arbeitgeber (d.h. der Koordinator eines arbeitsteiligen Wertschöpfungsprozesses) auf das Weisungsrecht angewiesen war, um die Vorteile der organisatorischen Integration zu erreichen (siehe oben 2.b)(1)).

Für eine Rekonstruktion und Weiterentwicklung ist ein allgemeiner Begriff der „sozialen Schutzbedürftigkeit“ nicht geeignet (Frantziach 2000, S. 71f.; Boemke 1998, S. 299), genauso wenig wie eine Bewertung der wirtschaftlich-sozialen Existenzbedingungen sowie des Selbstverständnisses von Beschäftigten, auf Grundlage soziologischer Daten (so aber Rancke 1979, S. 9ff.). Auch wenn die soziale Autonomisierung von Arbeitsverhältnissen durch sozioökonomische Prozesse getrieben ist (Freedland / Kountouris 2011b, S. 112ff.), muss die begriffliche Erfassung auf einer rechtlichen und wertenden Rekonstruktion beruhen.

Auch um vertraglichen Umgehungen zwingenden Rechts effektiv zu begegnen, bedarf es insofern einer Anknüpfung an tatsächlichen Organisationsverhältnissen (vgl. auch Freedland / Kountouris 2011a, S. 202ff.) - die für das Crowdfork konkret zu beschreiben und in einem System arbeitsrechtlicher Anknüpfung und Rechtsfolgen zu verorten sind. Die Verortung im bestehenden System bringt dabei unter Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Anforderung mit sich, die Vergleichbarkeit mit bestehenden Konzepten der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit im Blick zu behalten.

In Bezug auf das einfache Crowdfunding sind dabei zwei Faktoren entscheidend, die als „Fremdbestimmung“ einer Organisation und damit als persönliche Abhängigkeit umschrieben werden können:

- Crowdforker\*innen erhalten keinen unmittelbaren Zugang zu den Güter- und Dienstleistungsmärkten; die Verwertung ihrer Arbeitsergebnisse ist der

Plattform überlassen, die den Marktzugang organisiert. Diese Merkmale führen dazu, dass es sich in der Regel bereits nach geltendem Recht um Heimarbeit i.S.d. § 2 HAG handeln wird (siehe oben 1.d)). Jedenfalls wäre eine sektorale Regulierung analog zur Heimarbeit zu gestalten (Krause 2016, B 106f.; BMAS 2017, S. 175; Waas 2017, S. 177ff.; Liebman / Lyubarsky 2017, S. 129ff.; Brose 2017, S. 14; Preis 2017, S. 173; Prassl 2018, S. 74ff.).

- Die meisten einfachen Crowdfunding-Verhältnisse bringen darüber hinaus noch eine weitergehende Einbindung mit sich. Wo Qualifizierungs-, Einstufungs- und Ratingmechanismen zusammenkommen, befinden sich die Crowdworker\*innen in einer Interaktions- und Kommunikationsstruktur, die nicht nur strukturell einem betrieblich-räumlichen Zusammenhang gleicht, sondern organisatorische Einbindungen mit sich bringt, welche die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten der Crowdworker\*innen erheblich beschränkt. Anders z.B. als dem Feedback eines echten Marktes haben die Crowdworker\*innen nicht die Freiheit, selbst zu bestimmen, welches Feedback sie für die Bewertung ihrer Arbeit akzeptieren wollen. Mit einer Anknüpfung an solchen Kriterien der organisatorischen Einbindung wird ein weiteres Feld für eine sektorale Regelung eröffnet, das eher auf Analogien zur Fremdbestimmung i.S.d. § 611a Abs. 1 BGB abzielt.

Eine sektorale Regelung würde es auch ermöglichen, für diejenigen Regelungsprobleme des Crowdfunding, die nicht an Fremdbestimmung oder organisatorischer Einbindung ansetzen, Lösungen zu finden, um wirtschaftliche Abhängigkeit, die Fairness von Vertragsgestaltung und Fragen des Lauterkeits- oder Kartellrechts zu adressieren (vgl. Zatz 2011; Tomassetti 2016, S. 29ff.). Diese Fragen sind Gegenstand des Beitrags von Isabell Hensel (Hensel in diesem Band, XXX).

#### ***4.5. Das Dreiecksverhältnis: Aktivität und Passivität von Plattformen***

Die Debatte um die Zuweisung von rechtlicher und sozialer Verantwortung muss sich auch dazu verhalten, dass die meisten Plattformen sich stärker wie Vermittler\*innen und Agenturen als wie eigenständige Unternehmen präsentieren. In Hinblick auf dieses Dreiecksverhältnis sind auch schon Analogien zur Leiharbeit/Arbeitnehmerüberlassung gezogen worden (Prassl / Risak 2017; Biegoń u.a. 2017, S. 9f.). Bezieht man die Betrachtung in diesem Sinn auf den einzelnen Auftrag, den Crowdworker\*innen ausführen, und nicht auf den Rahmenvertrag mit der Plattform (Risak 2017), stellen sich die Vertragsverhältnisse als fragmentiert und sehr kurz andauernd dar – was Branchenlösungen oder stärkere Verzahnungen mit dem Sozialversicherungsrecht nahelegen würde (Risak / Lutz 2017).

Das Verständnis dieser Prozesse wird auch dadurch erschwert, dass die Organisationstheorien schon immer die Organisationsformen von Dienstleistungssektoren vernachlässigt haben (Tomassetti 2016, S. 56ff.). Neuansätze, die Phänomene der Verflüssigung der digital koordinierten Organisation berücksichtigen, können demgegenüber erklären, weshalb und wie sich jenseits von Hierarchie, Weisungsgebundenheit und den Zielsetzungen der Transaktionskostenreduzierung Organisationsformen ausbilden, die zu wirtschaftlichen Vorteilen

einerseits und Handlungsbeschränkungen der Mitglieder andererseits führen. An diesen kann die arbeitsbezogene Regulierung anknüpfen.

Spezifische Verantwortungsbeziehungen, mit denen sich die Zuweisung von Verantwortlichkeiten und Risiken begründen lässt (Hensel 2017, S. 907ff., 911),<sup>37</sup> setzen insofern voraus, dass die Vermittler\*innen sich nicht auf Vermittlung und eine „neutrale Stellung“<sup>38</sup> beschränken, sondern im Hinblick auf die Leistungen und/oder Verträge, die sie zu vermitteln beanspruchen, eine „aktive Rolle“<sup>39</sup> einnehmen bzw. aus Sicht eines „sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmers“ hätte aktiv werden müssen.<sup>40</sup> Hier kann die Dogmatik zu Crowdfunding-Plattformen ebenfalls an der Debatte zu Regulierung von Plattformen im Allgemeinen anschließen.

Unsere Untersuchung hat deutlich gemacht, dass Kriterien dafür, eine Plattform als „aktiv“ im Sinne einer organisatorischen Einbindung von Beschäftigten zu bewerten, sich insbesondere aus Feedback- und Ratingmechanismen sowie Zuweisungspraktiken anhand von Qualifikation ergeben.

## 5. Zusammenfassung

Mit den herkömmlichen Abgrenzungen zwischen Arbeitnehmer\*in und Selbstständigen (und den Kategorien der arbeitnehmerähnlichen Person und der Heimarbeit) können für das Crowdfunding keine zufriedenstellenden und konsistenten Ergebnisse für Einzelfälle erzielt werden. Der US-amerikanische Richter Chhabria hat dies im Fall Lyft auf den Punkt gebracht:

„The jury in this case will be handed a square peg and asked to choose between to round holes. The test the [...] courts have developed over the 20th century for classifying workers isn't very helpful in addressing this 21st century problem. Some factors point in one direction, some point in the other, and some are ambiguous.“<sup>41</sup>

In dieser Situation scheint jedenfalls die deutsche Rechtsprechung aktuell zu kapitulieren – jedenfalls in Fallgestaltungen, die ebenfalls in einem „Graubereich“ zwischen Arbeitnehmer\*innen- und Selbstständigenstellung verortet sind. Wenn aber jede Leistung rechtlich sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch in einem selbstständigen Dienstverhältnis organisiert werden kann und die Einordnung letztlich von der vertraglichen Gestaltung der Weisungsbeziehungen abhängt, steigt die Fähigkeit von Unternehmen, selbst über die Rechtsgrundlage der Beschäftigung zu disponieren (Däubler 2010, 142f.) – ein Ergebnis, das den

---

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl., 08.04.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83 und 142/84, BVerfGE 75, 108, 146f. (Künstlersozialversicherungsgesetz).

<sup>38</sup> BGH, 19.03.2015. I ZR 94/13, BGH JZ 2016, 677 (zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) m. zust. Anm. Paal 2016, S. 681.

<sup>39</sup> EuGH 12.7.2011 – C-342/09 (L'Oréal); vgl. EuGH 7.7.2016 – C-494/15 (Tommy Hilfiger); EuGH 13.5.2014 - C-131/12 (google Spain).

<sup>40</sup> EuGH 12.7.2011 – C-342/09 (L'Oréal).

<sup>41</sup> Cotter v. Lyft Inc., 60 F.Supp.3d 1067, 1078 (N.D. Cal. 2015), zitiert von Liebman 2017, S. 229.

Zielen der Regulierung und den völkerrechtlichen Empfehlungen in jeder Hinsicht widerspricht.

Um die Akteure einschließlich der Gerichte in die Lage zu versetzen, die organisatorischen Gestaltungen im einfachen Crowdfunding im Hinblick auf den arbeitsrechtlichen Schutz adressieren zu können, muss die Betrachtung an organisatorischen Gestaltungen anknüpfen. Hierfür kann auf neuere organisationstheoretische Ansätze Bezug genommen werden, wie sie im hier vorgestellten Projekt entwickelt wurden. Diese stellen sich unabhängiger von rechtlichen Annahmen dar als herkömmliche Konzepte der Organisation, die mit Begriffen von property rights, employment und contract arbeiten (Tomassetti 2016, S. 58ff. zur Coase-Theorie). Ein Verständnis von Organisation als wissensintensiver Koordination kann insofern Ausgangspunkt einer Reformulierung der „Fremdbestimmung“ sein, an die auch Regulierung anknüpfen kann – ob dies nun im Rahmen von Soft Law, Vertragsbedingungen oder Zertifizierung (Al-Ani 2015, S. 46f.), eines „Crowdwork-Gesetzes“ (Risak / Lutz 2017) oder einer EU-Rahmenrichtlinie zu arbeits- und sozialrechtlichen Mindeststandards in der Plattformökonomie (Biegoń u.a. 2017, S. 10f.; ähnlich Risak 2018) stattfindet (zu solchen umfassenderen Regelungskonzepten siehe auch Hensel, in diesem Band, XXX).

Ein „soziales Recht“ (historisch: Eichenhofer 2012; Seifert 2011) der Gegenwart muss von solchen Rekonstruktionen und Ausdifferenzierungen ausgehen und neuen Formen der Koordination von Arbeit in einer Weise gerecht werden, die allen Beschäftigten einen Ort in der Erwerbsgesellschaft gewährleistet. Eine „Reinstitutionalisierung des Arbeitsverhältnisses“ muss sich der Vielfältigkeit von Beschäftigung annehmen (Castel 2011, S. 111).

# Literatur

- Al-Ani, Ayad (2015): *Arbeiten in der Crowd. Generelle Entwicklungen und gewerkschaftliche Strategien*. Berlin.
- Arthurs, Harry (2011): *Labour Law After Labour*. In: *The idea of labour law*. Guy Davidov / Brian Langille (Hg.). Oxford: Oxford University Press, S. 13–29.
- Bayreuther, Frank (2017): *Entgeltsicherung Selbstständiger*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 357.
- Biegoń, Dominika / Kowalsky, Wolfgang / Schuster, Joachim (2017): *Schöne neue Arbeitswelt? Wie eine Antwort der EU auf die Plattformökonomie aussehen könnte*.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2017): *Weißbuch – Arbeiten 4.0*. Berlin.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (2017): *Weißbuch – Digitale Plattformen*.
- Boemke, Burkhard (1998): *Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis - Grundsatzfragen sinnvoller Abgrenzung von Arbeitnehmern, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen*. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, S. 285–326.
- Borzaga, Matteo (2012): *Wirtschaftlich abhängige Selbständige in Italien und Deutschland: eine rechtsvergleichende Analyse*. In: *Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt*. Symposium für Wolfhard Kohte. Dörte Busch / Kerstin Feldhoff / Katja Nebe (Hg.). Baden-Baden: Nomos, S. 99–112.
- Brors, Christiane (2016): *Schöne, neue Arbeitswelt - ist der Arbeitsvertrag dafür zu "altbacken"?* Zugleich eine Stellungnahme zu Bückner (2016): *Arbeitsrecht in der vernetzten Arbeitswelt*. In: *Industrielle Beziehungen*, 23, 2, S. 226–235.
- Brose, Wiebke (2017): *Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt*. In: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, S. 7–14.
- Bückner, Andreas (2016): *Arbeitsrecht in der vernetzten Arbeitswelt*. In: *Industrielle Beziehungen*, 23, 2, S. 187–225.
- Buxbaum Richard M. (1993): *Is "Network" a Legal Concept?*, In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149, S. 698.
- Castel, Robert (2011): *Die Krise der Arbeit. Neue Unsicherheiten und die Zukunft des Individuums*. Hamburg: Hamburger Edition, HIS.
- Däubler, Wolfgang (2010): *Die offenen Flanken des Arbeitsrechts*, In: *Arbeit und Recht 2010*, S. 142–148.
- Däubler, Wolfgang (2018): *Digitalisierung und Arbeitsrecht. Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork*, 6. Auflage. Frankfurt am Main: Bund-Verlag.
- Däubler, Wolfgang / Klebe, Thomas (2015): *Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 17, S. 1032–1041.
- Davidov, Guy (2011): *Re-Matching Labour Laws with Their Purpose*. In: *The idea of labour law*. Guy Davidov / Brian Langille (Hg.). Oxford: Oxford University Press, S. 179–189.
- Davidov, Guy (2016): *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, Guy (2017): *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*. In: *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*.

- Davidov, Guy / Freedland, Mark / Kountouris, Nicola (2015): The Subjects of Labor law: “Employees” and Other Workers. In: Research Handbook in Comparative Labor Law. Matthew Finkin / Guy Mundlak (Hg.). Cheltenham: Edward Elgar.
- Deinert, Olaf (2015): Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht. Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen. Baden-Baden: Nomos.
- Deinert, Olaf (2017): Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb. In: Recht der Arbeit, S. 65–82.
- Deutscher Juristentag (2016): Beschlüsse, Bonn: Deutscher Juristentag e.V.
- Eichenhofer, Eberhard (2012): Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte. In: Soziales Recht, S. 76–83.
- Europäische Kommission (2006): Grünbuch – Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endgültig, Brüssel.
- Frantziou, Petra (2000): Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht. Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit. Berlin: Duncker & Humblot.
- Freedland, Mark R. / Kountouris, Nicola (2011a): The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law, In: The idea of labour law. Guy Davidov / Brian Langille (Hg.). Oxford: Oxford University Press, S. 190–208.
- Freedland, Mark R. / Kountouris, Nicola (2011b): The Legal Construction of Personal Work Relations. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Giesen, Richard / Kersten, Jens (2017): Arbeit 4.0. Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt. München: C.H.Beck.
- Grundmann Stefan (2007): Die Dogmatik der Vertragsnetze, In: Archiv für civilistische Praxis, 207, S. 718-767.
- Günther, Jens / Böglmüller, Matthias (2015): Arbeit 4.0 - Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 17, S. 1025–1031.
- Hensel, Isabell (2017): Soziale Sicherheit für Crowdworker\_innen? Zu Regulierungsproblemen am Beispiel der Alterssicherung für Selbstständige, In: Sozialer Fortschritt, 66, S. 897–918.
- Hirsch, Jeffrey M. / Seiner, Joseph (2017): A Modern Union for the Modern Economy. In: Social Science Research Network Electronic Journal.
- IG Metall u.a. (2016): Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit: Vorschläge für Plattformbetreiber, Kunden, politische Entscheidungsträger, Beschäftigte und Arbeitnehmerorganisationen. Kopenhagen u.a.
- Junker, Abbo (2016): Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes. Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, 9, 2, S. 184–206.
- Jürgens, Kerstin / Hoffmann, Reiner / Schildmann, Christina (2017): Arbeit transformieren! Denkanstöße der Kommission "Arbeit der Zukunft". Bielefeld: transcript Verlag.
- Kahn-Freund, Otto (1967): A Note on Status and Contract in British Labour Law, In: Modern Law Review, 80, S. 635–644.

- Kezuka, Katsutoshi (2017): *Crowdwork and the Law in Japan*. In: *Crowdwork. A Comparative Law Perspective*. Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka (Hg.). Frankfurt a. M.: Bund-Verlag, S. 188–254.
- Klebe, Thomas (2017): *Arbeitsrecht 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit*, In: *Wirtschafts- und Sozialpolitik Direkt*, 22, Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Kocher, Eva (2015): *Private Macht im Arbeitsrecht*. In: *Private Macht*. Florian Möslein (Hg.). Tübingen: Mohr Siebeck, S. 241–280.
- Kocher, Eva (2016): *Europäisches Arbeitsrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Kocher, Eva (2018): *Die Spinnen im Netz der Verträge – Geschäftsmodelle und Kardinalpflichten von Crowdsourcing-Plattformen*, In: *Juristen Zeitung*, 18, S. 862–870.
- Kocher, Eva / Hensel, Isabell (2017): *Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 16, S. 984–990.
- Krause, Rüdiger (2016): *Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf*. Gutachten B. In: *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags Essen 2016*. Deutscher Juristentag (Ständige Deputation) (Hg.). München: C.H.Beck.
- Langille, Brian (2011): *Labour Law's Theory of Justice*. In: *The idea of labour law*. Guy Davidov / Brian Langille. Oxford: Oxford University Press, S. 101–120.
- Liebman, Wilma B. (2017): *Debating the Gig Economy, Crowdwork and New Forms of Work*. In: *Soziales Recht*, 6, S. 221–238.
- Liebman, Wilma B. / Lyubarsky, Andrew (2017): *Crowdworkers, the Law and the Future of Work: The U.S.*. In: *Crowdwork. A Comparative Law Perspective*. Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka (Hg.). Frankfurt a. M.: Bund-Verlag, S. 24–140.
- Lingemann, Stefan / Otte, Jörn (2015): *Arbeitsrechtliche Fragen der „economy on demand“*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 17, S. 1042–1047.
- Martini, Mario (2017): *Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung*, In: *Juristen Zeitung*, 21, S. 1017-1025.
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hg.) (2018): *Erfurter Kommentar*, 18. Auflage, § 611a.
- Neugebauer, Julia / Klebe, Thomas (2014): *"Crowdsourcing. Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?"* In: *Arbeit und Recht*, 62, 1, S. 4–7.
- Nogler, Luca (2009): *The concept of "subordination" in European and comparative law*. Trento: University of Trento.
- Paal, Boris P. (2016): *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.3.2015 – I ZR 94/13 (Hotelbewertungsportal)*, In: *Juristen Zeitung*, 13, S. 681-685.
- Perulli, Adalberto (2003): *Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques*, [http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7\\_parasubordination.pdf](http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf).
- Pottschmidt, Daniela (2006): *Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa. Die Behandlung wirtschaftlich abhängiger Erwerbstätiger im Europäischen Arbeitsrecht sowie im (Arbeits-)Recht der EU-Mitgliedstaaten*. Baden-Baden: Nomos.
- Prassl, Jeremias (2018): *Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*. Oxford: Oxford University Press.

- Prassl, Jeremias / Risak, Martin (2016): Uber, Taskrabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork. In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 3, S. 619–651.
- Prassl, Jeremias / Risak, Martin (2017): The Legal Protection of Crowdworkers: Four Avenues for Workers' Rights in the Virtual Realm, In: *Policy Implications of Virtual Work*. Pamela Meil / Vassil Kirov (Hg.), Cham: Springer International Publishing, S. 273–295.
- Preis, Ulrich (2017): Heimarbeit, Home-Office, Global Office – das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt? In: *Soziales Recht*, S. 173–182.
- Rancke, Friedbert (1979), Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel - Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, In: *Arbeit und Recht*, S. 9–17.
- Rebhahn, Robert (2009a): Arbeitnehmerähnliche Personen - Rechtsvergleich und Regelungsperspektive. In: *Recht der Arbeit*, S. 236–253.
- Rebhahn, Robert (2009b): Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive. In: *Recht der Arbeit*, 62, 3, S. 154–175.
- Rebhahn, Robert (2012): Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts, In: *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, S. 3-34.
- Research group on the Law of Digital Services (2016): Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, In: *Journal for European Consumer and Market Law*, S. 164-169.
- Risak, Martin (2017): Kapitel 3 – (Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy, In: *Arbeit in der Gig-Economy. Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in Crowd und Cloud*. Martin Risak / Doris Lutz (Hg.). Wien: ÖGB-Verlag.
- Risak, Martin (2018): Fair working conditions for platform workers. Possible regulatory approaches at the EU level, Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Risak, Martin / Lutz, Doris (2017): Kapitel 14 – Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun?, In: *Arbeit in der Gig-Economy. Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in Crowd und Cloud*. Martin Risak / Doris Lutz (Hg.). Wien: ÖGB-Verlag.
- Schneider, Hans-Peter (1985): Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, 43, S. 7–47.
- Schönefeld, Daniel / Hensel, Isabell / Koch, Jochen / Kocher, Eva / Schwarz, Anna (2017): Jobs für die Crowds. Werkstattbericht zu einem neuen Forschungsfeld. Frankfurt (Oder).
- Seifert, Achim (2011): "Von der Person zum Menschen im Recht". Zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer. In: *Soziales Recht*, S. 62–73.
- Stefano, Valerio de (2016): Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law (Introduction). In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 3, S. 1–10.
- Stone, Katherine V.W. (2004): *From Widgets to Digits. Employment Regulation for the Changing Workplace*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Supiot, Alain (2001): *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*. A report prepared for the European Commission. Oxford: Oxford University Press.

- Sutschet, Holger (2016): Neuere Tendenzen zur personellen Reichweite des Arbeitnehmerschutzes im englischen Arbeitsrecht, ZESAR 9 (2016), 171-183. In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, 9, 2, S. 171–183.
- Temming, Felipe (2015): Zum Anwendungsbereich der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge. In: IPRax, 6. S. 509-516.
- Teubner, Gunther (2004): Netzwerk als Vertragsverbund, Baden-Baden: Nomos.
- Tomassetti, Julia (2016): Does Uber Redefine the Firm? The Postindustrial Corporation and Advanced Information Technology. Indiana Legal Studies Research Paper No. 345. In: Hofstra Lab. & Emp. L.J., 34, S. 1–78.
- Vogl, Elisabeth (2018): Crowdsourcing-Plattformen als neue Marktplätze für Arbeit. Die Neuorganisation von Arbeit im Informationsraum und ihre Implikationen. Augsburg, München: Rainer Hampp Verlag.
- Waas, Bernd (2017): Crowdwork in Germany, In: Crowdwork. A Comparative Law Perspective. Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka (Hg.). Frankfurt a. M.: Bund-Verlag, S. 142–186.
- Wachter, Gustav (2000): Arbeitnehmerähnliche Personen im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht. In: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, S. 250–265.
- Waltermann, Raimund (2010): Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme Kleiner Selbstständigkeit?, In: Recht der Arbeit, S. 162–170.
- Wank, Rolf (1988): Arbeitnehmer und Selbständige. München: C.H. Beck.
- Wank, Rolf (1999): Telearbeit. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, S. 225–233.
- Wank, Rolf (2015): Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, München: Vahlen, S. 47.
- Wank, Rolf (2016): Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive. In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, 9, 2, S. 143–170.
- Wank, Rolf (2017): Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB. In: Arbeit und Recht, S. 140–153.
- Wank, Rolf (2018): Neues zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 2128–2132.
- Wisskirchen, Gerlind / Schwindling, Jan 2017. Crowdworking im Lichte des Arbeitsrechts. In: Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, S. 318–323.
- Zatz, Noah (2011): Beyond Misclassification: Tackling the Independent Contractor Problem Without Redefining Employment. In: ABA Journal of Labor & Employment Law, 26.
- Ziegler, Katharina (2011): Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht. Baden-Baden: Nomos.