

12. ZAAR-Tagung

„Arbeitsrechtsfragen bei Crowdfunding und Plattformarbeit“

gemeinsam veranstaltet mit der Bucerius Law School

am Freitag, 21. Oktober 2022 in Hamburg



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

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

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

I. Arbeitnehmerstatus bei Plattformarbeit und seine Folgen



Professor Dr. *Raimund Waltermann*, Universität Bonn, sprach im ersten Referat der Tagung in Hamburg über den Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtenstatus von Plattforamtätigen und widmete sich sowohl den arbeits- als auch den sozialrechtlichen Folgen dieses Status. Einen Schwerpunkt des Vortrags legte er auf die Frage nach dem Schutz sog. Kleiner Selbständiger.

Das deutsche System des Arbeits- und Sozialrechts sei in hohem Maße auf die Beschäftigung in abhängiger Arbeit ausgerichtet.

In anderen Ländern habe die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen eine geringere Bedeutung. Ob eine Person den Vollschutz des deutschen Arbeits- und Sozialrechts genieße, hänge davon ab, ob sie die Kriterien des Arbeitnehmers bzw. des Beschäftigten erfülle. Der sozialversicherungsrechtliche Begriff der Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV) sei zwar etwas weiter gefasst als der Begriff des Arbeitsverhältnisses (§ 611a Abs. 1 BGB), aber im Kern deckungsgleich. Plattforamtätige könnten sowohl Selbständige als auch Arbeitnehmer bzw. Beschäftigte sein. Als Selbständige unterfielen sie grundsätzlich nicht der Sozialversicherungspflicht. Insbesondere seien sie nicht unfallversichert und verfügten über keine angemessene Altersvorsorge, so dass die Allgemeinheit für ihre Grundsicherung aufkommen müsse.

Hinsichtlich der Plattformarbeit seien zwei Typen von Tätigkeiten zu unterscheiden: Es gebe digital vermittelte, aber analog durchgeführte Tätigkeiten (beispielsweise Essenslieferungen oder Kontrolle der Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel) oder digital vermittelte und digital durchgeführte Tätigkeiten, die der Heimarbeit nahestehen. Die Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und Kleiner Selbständigkeit bereite hier Schwierigkeiten. Kleine Selbständige treten selbst am Markt auf. Böten sie ihre Leistung aber nur ein oder zwei Auftraggebern an und hielten sie sich für diese in vergleichbarer Weise zur Verfügung wie ein Arbeitnehmer, dränge sich die Frage auf, ob sie schutzwürdig im Sinne des Arbeits- und Sozialschutzes seien. *Waltermann* kritisierte den fehlenden Sozialschutz für die Kleinen Selbständigen. Die Digitalisierung habe Abläufe verändert, so dass die Dringlichkeit einer Lösung für diese Personengruppe weiter zunehme. *Waltermann* plädierte für eine punktuelle Einbeziehung Kleiner Selbständiger in das Arbeits- und Sozialrecht. Eine Neuausrichtung des gesamten arbeits- und sozialrechtlichen Systems anhand neuer Begriffe sei politisch kaum durchsetzbar. Eine punktuelle Anpassung sei einfacher zu realisieren, ermögliche gleichzeitig aber einen zielgenauen, da bedürfnisorientierten Sozialschutz.

Das Problem unzureichenden Sozialschutzes habe auch der Gesetzgeber erkannt. Nach dem Koalitionsvertrag plane die Bundesregierung, einen Gesetzentwurf über eine Pflicht zur Altersvorsorge mit Wahlfreiheit einzubringen. Diese Opt-Out-Gestaltung sieht *Waltermann* kritisch, da ausgerechnet Kleine Selbständige in einer labilen wirtschaftlichen Situation und mit geringem

Einkommen zwischen gesetzlicher und privater Vorsorge wählen sollen. Auch wenn eine Beitragsentlastung kurzfristig für sie günstig erscheinen möge, seien gerade diese Personen im Alter aufgrund ihrer mangelnden Vorsorge auf eine Grundsicherung angewiesen. Eine Altersvorsorgepflicht sollte daher gerade für Kleine Selbständige gelten.

Angesichts der schwierigen Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen und der veränderten Arbeitsabläufe infolge der Digitalisierung sieht *Waltermann* in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 01.12.2020 (9 AZR 102/20) ein Grundsatzurteil, das den Arbeitnehmerbegriff auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung und des § 611a Abs. 1 BGB konsequent weiterentwickle. Während das Weisungsrecht an Bedeutung verliere, gewinne die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit an Relevanz. Die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zur selbständigen Tätigkeit erfolge auch bei Geltung von § 611a Abs. 1 BGB nach den allgemeinen Auslegungsregeln. Ergänzend dazu fänden bei der normativen Auslegung aber auch solche Umstände Berücksichtigung, die dem Vertragsschluss nachfolgen. Diese Umstände seien also nicht nur Indizien für die Auslegung der Willenserklärungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Einordnung des Rechtsverhältnisses erfordere es vielmehr, die tatsächliche Umsetzung der Vereinbarung über die Gesamtdauer der Tätigkeit zu betrachten.

Zuletzt widmete sich *Waltermann* der Bedeutung der Arbeitspflicht für das Arbeitsverhältnis. Im analogen Zeitalter sei eine Arbeitspflicht unentbehrlich gewesen, damit Mitarbeiter zur Arbeit kommen. Im digitalen Zeitalter sei dagegen eine Arbeitnehmereigenschaft auch ohne generelle Arbeitspflicht denkbar. Diese sei rechtlich nicht zwingend. Der Arbeitgeber könne einzelne Arbeitsaufträge vielmehr an eine „Crowd“ richten, die aus eingearbeiteten Personen bestehe und dauerhaft verfügbar sei. Dies gewährleiste hinreichende Planbarkeit und Kalkulierbarkeit für den Arbeitgeber. Das Verhältnis sei darauf angelegt, dass beide Seiten fortwährend Arbeitsaufträge anbieten bzw. annehmen. Diese Dauerhaftigkeit rechtfertige es, die einzelnen Aufträge zu verklammern und als Dauerschuldverhältnis zu betrachten. Für diese Beurteilung spreche auch ein Vergleich der Plattformarbeit mit Nullstundenverträgen. Diese unterschieden sich letztlich nur darin, ob die Initiative für die Durchführung eines einzelnen Arbeitsauftrags beim Arbeitgeber oder beim Plattformtätigen liege.

Abschließend plädierte *Waltermann* dafür, Kleine Selbständige in die Sozialversicherung einzubeziehen und die Beiträge direkt an der Quelle zu erheben. Dies würde zu vergleichbaren Kosten von Arbeitsverhältnissen und selbständigen Tätigkeiten führen und die Vorsorge für die betroffenen Personen verbessern. Da die Selbständigkeit vor allem aus Kostengründen attraktiv sei, erhöhe eine solche Maßnahme die Konkurrenzfähigkeit des Arbeitsverhältnisses.

II. Arbeitnehmer- und Arbeitgeberpflichten bei neuen Arbeitsformen



Professor Dr. *Steffen Klumpp*, Universität Erlangen-Nürnberg, befasste sich mit den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberpflichten bei neuen Arbeitsformen. Flexibilisierungsmöglichkeiten und Digitalisierung („Flexitalisierung“) ermöglichten neue Formen der Zusammenarbeit und Arbeitsorganisation, die einen kritischen Blick auf die Rechte und Pflichten der Parteien erforderten. Er stimmte der Einschätzung seines Vorredners zu, dass die Crowdworking-Entscheidung des BAG eine Grundsatz-

entscheidung sei, stehe dieser aber kritischer gegenüber. Vom Arbeitnehmerbegriff hänge ab, ob das „alles oder nichts“-Prinzip des Arbeitsrechts eingreife oder nicht. Gleiches gelte für das Beschäftigungsverhältnis im Sozialrecht. Die Kritik an der Crowdworking-Entscheidung des BAG richte sich auf die Annahme eines Arbeitsverhältnisses ohne Arbeitspflicht. Aus der Möglichkeit des Arbeitnehmers, die einzelnen Arbeitsaufträge abzulehnen, ergäben sich etwa Folgen für die Arbeitszeit (ggf. keine Arbeitszeit mangels Arbeitsleistung) oder den Arbeitslohn (ggf. kein Arbeitslohn mangels Arbeitsleistung).

Die Weisung als grundlegendes Kennzeichen des Arbeitsverhältnisses verliere nach der Rechtsprechung an Bedeutung. Eine Weisung konkretisiere die Arbeitspflicht. Die Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit einer Weisung ergäben sich aus § 106 GewO. Grenzen zögen höherrangige Rechtsquellen, der Arbeitsvertrag und das billige Ermessen. Eine Lenkung ohne konkrete Weisung, die das BAG für möglich halte, werfe die Frage nach einer Kontrollmöglichkeit durch den Arbeitgeber auf. Entscheidungsfindungsprozesse innerhalb von Arbeitsverhältnissen begründeten keine Weisung im herkömmlichen Sinne. *Klumpp* verwies auf agile Arbeitsmethoden, etwa die Scrum-Methode. Hier bestehe nur eine weit gefasste Weisung dazu, diese Arbeitsmethode anzuwenden, während die konkreten Arbeitsschritte das Team im Laufe des Arbeitsprozesses erarbeite. Allein die Beschränkung auf weitgefaste Weisungen bedeute für den Arbeitgeber keinen Verlust seines Weisungsrechts. Allerdings ergäben sich in neuen Arbeitsformen Folgeprobleme, etwa die Zuordnung der Weisungsbefugnis in aufgespaltenen Arbeitsverhältnissen (beispielsweise in Matrixstrukturen) oder die Frage, auf welchem Wege Weisungen erzeugt und weitergegeben werden. Als Beispiel nannte *Klumpp* die Erzeugung von Weisungen durch neuronale Systeme.

In seiner Entscheidung vom 10.11.2021 (5 AZR 334/21) bejahte das BAG einen Anspruch eines als Fahrradlieferant beschäftigten Arbeitnehmers auf Bereitstellung von Arbeitsmitteln. *Klumpp* ordnete den Anspruch aus § 611a Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag dogmatisch ein und setzte sich mit den damit verbundenen Folgeproblemen auseinander. Der Arbeitnehmer müsse nur seine eigene Arbeitsleistung einbringen, nicht aber das Leistungssubstrat bzw. die Arbeitsmittel. Diese müsse ihm der Arbeitgeber zur Verfügung stellen. Was essentielle Arbeitsmittel seien, richte sich nach der jeweils geschuldeten Arbeitsleistung und sei anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen. Zur näheren Bestimmung könne der Maßstab der Erforderlichkeit aus

§ 670 BGB analog herangezogen werden. Der Anspruch richte sich aber nur abstrakt auf ein essentielles Arbeitsmittel, während die Auswahl des konkreten Arbeitsmittels dem Arbeitgeber überlassen bleibe. Dies sei der Organisationsfreiheit des Arbeitgebers geschuldet, die sich aus der Unternehmerfreiheit nach Art. 14 GG ableite. Zudem bedürfe es einer Abgrenzung zur selbstverständlichen Einsatzpflicht. So müsse der Arbeitnehmer beispielsweise seine eigene Kleidung auch bei der Arbeit tragen, sofern seine Tätigkeit keine Uniform oder Sicherheitskleidung erfordere. Entscheidend sei, ob das Arbeitsmittel untrennbar mit der vereinbarten Tätigkeit verbunden sei.

Der Anspruch auf Bereitstellung essentieller Arbeitsmittel sei ein selbständiger Anspruch und kein bloßer Bestandteil des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs gemäß § 611a Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2, 12 GG. Stelle der Arbeitgeber die essentiellen Arbeitsmittel nicht bereit, habe der Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht und einen einklagbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Einhaltung der Pflichten (vgl. § 618 BGB). Zugleich gerate der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er dem Arbeitnehmer keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz bzw. die für die Arbeitsleistung erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt.

Die Beibringungslast für die essentiellen Arbeitsmittel liege beim Arbeitgeber. Die Parteien könnten aber eine abweichende Vereinbarung treffen. Die vertragliche Übertragung der Beibringungslast auf den Arbeitnehmer müsse die Grenzen der §§ 305 ff. BGB wahren und erfordere stets eine angemessene Kompensation der Nutzung. § 307 Abs. 3 BGB stehe einer Inhaltskontrolle nicht entgegen, da der Begriff der Rechtsvorschriften weit zu verstehen sei und auch den Anspruch des Arbeitnehmers auf Bereitstellung der essentiellen Arbeitsmittel erfasse. Die Bereitstellung der Arbeitsmittel durch den Arbeitgeber entspreche dem gesetzlichen Leitbild des Arbeitsvertrags im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Eine abweichende Vereinbarung erfordere die Prüfung, ob die Abweichung noch mit dem gesetzlichen Leitbild vereinbar sei, und damit eine umfassende Interessenabwägung. In deren Rahmen finde auch eine etwaige Kompensation Berücksichtigung. Diese dürfe sich nicht auf den Verweis auf gesetzliche Ansprüche beschränken und müsse dem Arbeitnehmer zur freien Verfügung stehen. Unerheblich sei, ob der Arbeitnehmer ohnehin Geräte habe, die dem Arbeitsmittel entsprechen, beispielsweise ein privates Smartphone. Die Entscheidung des BAG habe grundlegende Bedeutung, zumal auch außerhalb des Crowdworkings das Modell des „Bring Your Own Device (BYOD)“ in der Arbeitswelt weit verbreitet sei. Das Urteil sei auch für die Ausstattung des Home Office relevant.

Wie sein Vorredner, setzte sich *Klumpp* zum Ende seines Vortrags mit den Unterschieden zwischen Plattformarbeit und Nullstundenverträgen auseinander. Dabei differenzierte er zwischen Nullstundenverträgen ohne bzw. mit Ablehnungsrecht. Für die Frage, ob solche Konstellationen unter § 12 TzBfG fallen, stellte er auch bei einem Ablehnungsrecht auf eine teleologische Betrachtung ab. Entscheidend sei die Planbarkeit für den Beschäftigten. Könne er einzelne Arbeitsaufträge ablehnen, sei er imstande zu planen und es liege keine Arbeit auf Abruf vor.

III. Richtlinienvorschlag Plattformarbeit: Anwendungsbereich und Beschäftigungsstatus



Professorin Dr. *Claudia Schubert*, Universität Hamburg, analysierte den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit (im Folgenden RL-E) im Hinblick auf den Anwendungsbereich und die widerlegliche Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft. Die Richtlinie solle drei Zielen dienen: Der Vermeidung von Scheinselbständigkeit, der Transparenz gegenüber den Plattformtätigen über die Nutzung und Funktionsweise

algorithmischen Managements und der Transparenz gegenüber Behörden, um diesen die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern. Digitale Arbeitsplattformen seien ein „game changer“ im wirtschaftlichen Wettbewerb, indem sie neue und innovative Geschäftsmodelle und eine effiziente Abstimmung von Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften ermöglichen. Allerdings erfasse das bestehende System des Arbeits- und Sozialschutzes die neuen Formen der Arbeitsorganisation häufig nicht, so dass die Plattformtätigen teilweise unter prekären Arbeitsbedingungen tätig seien und es zu erheblichen Lücken im Sozialschutz komme.

Den Anwendungsbereich definiere die Richtlinie durch die Begriffsbestimmungen in Art. 2 Abs. 1 RL-E. Für eine digitale Arbeitsplattform (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL-E) sei die Organisation der Arbeit zentral. Die Plattform sei mehr als ein „schwarzes Brett“, da sie das Angebot strukturiere und dadurch Einfluss auf die Erbringung der Dienstleistung habe. Für dieses Verständnis spreche auch der Erwägungsgrund 18 RL-E, wonach eine digitale Arbeitsplattform die Nachfrage nach einer Dienstleistung mit dem Arbeitskraftangebot einer Einzelperson abstimme und die Arbeit der Einzelpersonen organisiere. Bei Plattformarbeit bestehe stets ein Mehrpersonenverhältnis mit mindestens drei Parteien (Arbeitsplattform, Plattformtätiger und Empfänger der Dienstleistung). Zu unterscheiden sei zwischen dem Agenturmodell, bei dem die Plattform die Tätigkeit vermittele, und dem Leistungskettenmodell, bei welchem die Plattform selbst der Leistungsempfänger sei. Beide Formen unterfielen dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie.

Mit dem Begriff des Plattformbeschäftigten (Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RL-E) verweise die Richtlinie auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff, wobei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen sei. Sei ein Plattformtätiger einem Arbeitnehmer vergleichbar, aber nicht vom nationalen Arbeitnehmerbegriff erfasst, widerspreche es dem Ziel der Richtlinie, Scheinselbständigkeit zu vermeiden, und dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie diese Person nicht erfasse. Dementsprechend beziehe die Richtlinie die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs mit ein. Hinsichtlich des internationalen Anwendungsbereichs wies *Schubert* darauf hin, dass die Parteien zwar grundsätzlich das anwendbare Recht wählen können (Art. 3 Rom I-VO). Nach ihrem Sinn und Zweck seien Bestimmungen der Richtlinie aber Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. Die Richtlinie erfasse alle Vertragsverhältnisse mit Plattformtätigen, bei denen der Ort der Arbeitsleistung in

der Europäischen Union liege, unabhängig vom Ort ihrer Niederlassung (Art. 1 Abs. 3 RL-E). Entgegen dem Grundsatz der Rechtswahlfreiheit stünden die Bestimmungen der Richtlinie als Regelungen des Sozial- und Datenschutzes nicht zur Disposition der Parteien.

Neben den Bestimmungen zum algorithmischen Management bilde die widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses (Art. 4 Abs. 1 RL-E) den Kern der Richtlinie. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sei es für Arbeitsplattformen einfacher als für die Plattformtätigen, deren Beschäftigungsstatus zu klären. Um die Funktionalität beurteilen zu können, untersuchte *Schubert* die Konzeption der gesetzlichen Vermutung und derer Kriterien. Eine gravierende Schwachstelle der Vermutungsregel bestehe darin, dass sie den nationalen und unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unangetastet lasse. Für eine allgemeine Definition des Arbeitnehmerbegriffs fehle dem Unionsgesetzgeber die Kompetenz, allerdings beziehe der Verweis auf den nationalen und unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff die damit einhergehenden Unschärfen und Abgrenzungsschwierigkeiten mit ein. Generell diene gesetzliche Vermutung der Vermeidung von Beweisnot. Seiner Konzeption nach solle Art. 4 RL-E aber nicht praktischen Schwierigkeiten abhelfen, sondern die rechtliche Unsicherheit über die korrekte Bestimmung des Beschäftigungsstatus beseitigen. Ohne eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs hält *Schubert* dieses Ziel für nicht realisierbar. Für die Widerlegung der Vermutung (Art. 5 RL-E) sei wiederum der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich, was zu Widersprüchen führe, wenn ein Plattformtätiger nur dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff und damit dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie unterfalle.

Das zentrale Kriterium der gesetzlichen Vermutung sei nicht die persönliche Abhängigkeit, sondern die Frage, ob die digitale Arbeitsplattform den Plattformtätigen beim Erbringen der Arbeitsleistung kontrolliere (Art. 4 Abs. 1 RL-E). Dies hält *Schubert* grundsätzlich für sachgerecht, allerdings kritisierte sie den entsprechenden Kriterienkatalog als wenig funktional. Die Merkmale gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a-c RL-E hätten zwar einen hohen Konkretisierungsgrad, ließen sich aber dementsprechend einfach umgehen. Das Kriterium nach Art. 4 Abs. 2 lit. e RL-E sei auslegungsbedürftig und negativ formuliert. Eine negative Tatsache darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, führe zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Das Merkmal nach Art. 4 Abs. 2 lit. d RL-E sei zwar deutlich flexibler, aber zu weit gefasst und nur im Zusammenspiel mit anderen Kriterien für eine Abgrenzung tauglich. Die Regelung des Art. 4 Abs. 2 RL-E erinnere an die frühere Vermutungsregel in § 7 Abs. 4 SGB IV a.F., nach der eine selbständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vermutet und die mangels Eignung nach wenigen Jahren wieder abgeschafft wurde.

Als Folge der widerleglichen Vermutung fänden diejenigen Arbeitnehmerrechte Anwendung, die sich aus dem Unionsrecht ergeben (Art. 3 Abs. 1 RL-E a.E.). Diese Schutzwirkung bleibe hinter den vollumfänglichen Sozialschutz zurück, den die Europäische Kommission bezweckt habe, wahre aber die Kompetenzen der Europäischen Union. Nach den ursprünglichen Ambitionen sollte die Vermutung wesentlich weiter reichen. Hinsichtlich der Reichweite der Rechtsfolgen sei die Richtlinie in sich widersprüchlich. Dem beschränkten Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 1 RL-E a.E. stünde ein umfassender Anwendungsbereich gegenüber, der alle Regelungen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis einschliesse und der an mehreren Stellen der Richtlinie zum Ausdruck komme (vgl. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 RL-E, Erwägungsgrund 6 und 19 RL-E). Danach gälte die Vermutung nicht nur für das gesamte Arbeits-, sondern auch für das Sozial- und Steuerrecht.

Eine solche allgemeine Vermutungsregel überschritte aber die Kompetenzen des Unionsgesetzgebers gemäß Art. 153, 16, 352 Abs. 1 AEUV.

Nach *Schubert* eignet sich die widerlegliche Vermutung in Art. 4 RL-E nicht dafür, die mit der Richtlinie verfolgten Ziele zu erreichen. Die gesetzgeberische Maßnahme werde die Erwartungen nicht erfüllen und die Richtlinie insgesamt infolge kautelarjuristischer Vermeidungsstrategien „als Tiger starten und als Bettvorleger enden“.

IV. Richtlinienvorschlag Plattformarbeit: Algorithmisches Management und Überwachung durch automatisierte Systeme



Dr. *Jan Alexander Daum*, Universität zu Köln, gab als letzter Referent des Tages einen Überblick über die Regelungen des Richtlinienvorschlags zum algorithmischen Management. Die Richtlinie verpflichte digitale Arbeitsplattformen zur Transparenz in Bezug auf den Einsatz algorithmischen Managements, um Plattformbeschäftigten eine Durchsetzung ihrer Rechte zu erleichtern und diskriminierungsfreie Entscheidungen zu fördern. Der Referent verdeutlichte die Relevanz der Transparenz-

pflichten am Beispiel einer E-Mail, mit der eine digitale Arbeitsplattform einen Bewerber ablehnte und darauf verwies, diese Entscheidung nicht rückwirkend ändern oder nähere Auskunft zu den Gründen geben zu können.

Algorithmisches Management bezeichne die Verwendung automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme. Die Begriffe der automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssysteme analysierte *Daum* und veranschaulichte sie anhand der Allgemeinen Geschäftsbedingungen digitaler Arbeitsplattformen. Eine Automatisierung der Systeme bedeute, dass die Datenverarbeitung keine menschliche Mitwirkung erfordere. Die Richtlinie solle Transparenz, Fairness und Rechenschaftspflichten schaffen durch die Vermeidung von Informationsasymmetrie, *automation bias*, Diskriminierungen und Gesundheitsrisiken.

Nutzen digitale Arbeitsplattformen algorithmengesteuerte automatisierte Systeme, hätten die Plattformtätigen häufig keine Informationen über die Funktionsweise der Algorithmen, die Verwendung personenbezogener Daten und den Einfluss ihres Verhaltens auf die Entscheidungen der automatisierten Systeme (vgl. Erwägungsgrund 8 RL-E). Dies sei auch im Hinblick darauf problematisch, dass die Interessen von Plattform und Plattformtätigen divergieren können. *Automation bias* bezeichne das Phänomen, dass Menschen ein übermäßig starkes Vertrauen in Entscheidungen haben, die eine Maschine erzeugt hat. Dieser Umstand komme auch in Art. 14 Abs. 4 lit. b des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (KI-VO-E) zum Ausdruck. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen dem Richtlinienvorschlag und dem Entwurf der Verordnung lege einen

inhaltlichen Zusammenhang nahe, auch wenn dies keine ausdrückliche Erwähnung in den Materialien zum Richtlinienvorschlag finde.

Die Richtlinie solle der Vermeidung von Diskriminierungen dienen. Beruhten Algorithmen auf maschinellem Lernen, könnten Diskriminierungen dadurch entstehen, dass die Systeme auf bereits vorhandenen Daten basieren und dementsprechend die bestehenden Mehrheiten abbilden, ohne eine umfassende Berücksichtigung von Minderheitenrechten zu erlauben. Automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme gefährdeten die physische und psychische Gesundheit der Plattformtätigen (vgl. Erwägungsgrund 38 RL-E). Beispielsweise könne permanente Überwachung Stress erzeugen oder die Messung der Geschwindigkeit von Fahrradlieferanten durch ein automatisiertes Überwachungssystem zu höheren Fahrgeschwindigkeiten und damit zu einem erhöhten Unfallrisiko führen. Um diese Gefahren zu vermeiden, beinhalte die Richtlinie Regelungen zu Transparenz (Art. 6 RL-E), menschlicher Überwachung automatisierter Systeme (Art. 7 RL-E), menschlicher Überprüfung automatisierter Entscheidungen (Art. 8 RL-E) und zur Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmervertretern (Art. 9 RL-E).

In der zweiten Hälfte seines Vortrags analysierte *Daum* die Regelung des Art. 8 RL-E. Danach müsse eine von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung durch Menschen überprüfbar sein. Die Regelung sehe zwei verschiedene Erheblichkeitsschwellen vor: Während die Erklärungspflicht nach Art. 8 Abs. 1 RL-E nur eine erhebliche Auswirkung auf die Arbeitsbedingungen der Plattformbeschäftigten voraussetze, erfordere die Begründungspflicht gemäß Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 RL-E zusätzlich, dass sich die Entscheidung auf grundlegende Maßnahmen beziehe (Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Kontos des Plattformbeschäftigten, Verweigerung der Vergütung, vertraglicher Status des Plattformbeschäftigten oder eine Entscheidung mit ähnlicher Wirkung).

Nach Art. 8 RL-E müsse die Entscheidung erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen haben. Zumindest nach dem Wortlaut der deutschen Sprachfassung scheine die Regelung weiter gefasst zu sein als Art. 22 DSGVO, wonach die Entscheidung gegenüber der betroffenen Person rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen müsse. Für eine systematische Auslegung zog *Daum* Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-E heran. Danach gelte eine Informationspflicht für automatisierte Entscheidungssysteme, die genutzt werden, um Entscheidungen zu treffen oder zu unterstützen, die sich erheblich auf die Arbeitsbedingungen dieser Plattformbeschäftigten auswirken. Als Beispiele nenne die Norm Auswirkungen auf den Zugang zu Arbeitsaufträgen, Verdienst, Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit, Arbeitszeit, Beförderung und vertraglichen Status. Eine erhebliche Auswirkung im Sinne von Art. 8 RL-E müsse vergleichbare Arbeitsbedingungen betreffen.

Neben der Erklärungs- und Begründungspflicht (Abs. 1) regele Art. 8 RL-E ein Remonstrationsrecht des Plattformbeschäftigten (Abs. 2) und einen Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch (Abs. 3). In der letztgenannten Regelung sah *Daum* einen Kompetenzverstoß, da Art. 153 AEUV die Regelung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf angemessene Entschädigung für eine rechtswidrige Entscheidung nicht stütze. Allenfalls eine primärrechtskonforme Auslegung könne abhelfen. Das komplexe mehrstufige Verfahren nach Art. 8 RL-E bedeute einen erheblichen Aufwand für eine digitale Arbeitsplattform. Selbst wenn ein automatisiertes Überwachungssystem nur entscheidungsunterstützende Verwendung gefunden habe und nur die erste

Erheblichkeitsschwelle überschritten sei, müssten sich seitens der Plattform bis zu drei natürliche Personen mit einer Entscheidung befassen (Erstentscheider, Kontaktperson und mit der Remonstration betraute Person). Diese mehrfache Überprüfung gehe über den angestrebten Zweck der Richtlinie hinaus.

Abschließend äußerte sich *Daum* zu Art. 6 Abs. 5 RL-E und zu dem Konkurrenzverhältnis zwischen dem Richtlinienvorschlag einerseits und der Verordnung 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO) sowie dem KI-VO-E andererseits.



Ein ausführlicher Tagungsbericht mit Beiträgen der Referenten wird in der ZAAR-Schriftenreihe erscheinen. Die Veranstaltung endete mit einem Ausblick auf den ZAAR-Kongress am 5. Mai 2023 in München zum Hinweisgeberschutz.

Anna Kuhn, wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZAAR