

Tilburg University

Digitalisation and Mobility of EU-Workers/Services ; Digitalisierung und Mobilität von EU-Arbeitnehmer/ Dienstleistungen ; Digitalisation et Mobilité des Travailleurs et Services Européens

Houwerzijl, Mijke

Published in:
English

Publication date:
2015

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Houwerzijl, M. (2015). Digitalisation and Mobility of EU-Workers/Services ; Digitalisierung und Mobilität von EU-Arbeitnehmer/ Dienstleistungen ; Digitalisation et Mobilité des Travailleurs et Services Européens: EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK – 8TH ANNUAL LEGAL SEMINAR DIGITALISATION AND LABOUR LAW. In *English* (pp. 1 - 12)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Digitalisierung und Mobilität von EU-Arbeitnehmer/ Dienstleistungen

Hauptvortrag von Prof. Mijke Houwerzjl, Tilburg und Groningen

I. Digitalisierung, ein facettenreiches Phänomen

Digitalisierung¹ ist die treibende Kraft hinter sozioökonomischen Veränderungen in vielen Industriezweigen. Die zunehmende Vernetzung mit dem Internet über mobile elektronische Geräte wie Smartphones, Notebooks und Tablets fördert den elektronischen Handel über Online-Marktplätze (z.B. *eBay*, *Amazon*).² Sie ermöglicht die Online-Beschaffung von Geldmitteln über Crowdfunding-Plattformen wie z.B. *Kickstarter*.³ Sie fördert die Akzeptanz virtueller Währungen wie *Bitcoin* als Zahlungsmittel, auch wenn diese Währungen weder durch Finanzinstitute gestützt werden noch irgendeiner Form staatlicher Aufsicht oder Kontrolle unterliegen.⁴ Indirekt beeinflusst die Digitalisierung dieser wirtschaftlichen Mechanismen und Instrumente Arbeitsangebote, Arbeitsinhalte und sogar die Art der Bezahlung für Arbeit.

Darüber hinaus sorgt Digitalisierung für einen unmittelbaren Wandel im Arbeitsleben und hat somit Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, das Schwerpunkt dieser Konferenz ist. Diese Abhandlung beurteilt das Hauptthema der Konferenz aus der Sicht von EU-Arbeitnehmern/Dienstleistungen. So gesehen liegt der Schwerpunkt auf aktuellen Erscheinungsformen der Digitalisierung der Arbeit: (1) ‚*IKT-gestützte mobile Beschäftigung*‘, welches außerhalb der Räume des Arbeitgebers stattfindet, und (2) ‚*Organisation von Arbeit auf Plattformen*‘ über virtuelle Netzwerkorganisationen. In der Realität lassen sich diese beiden nicht vollständig voneinander trennen, sondern sie bilden eine Skala, die von teilweisen bis zu vollständig digitalisierten Arbeitsplätzen und Beschäftigungsverhältnissen reicht.

¹ Laut dem Oxford English Dictionary bezeichnet Digitalisierung ‚die Aneignung oder gesteigerte Nutzung digitaler oder Computer-Technologien durch eine Organisation, eine Branche, ein Land usw.‘

² Einige Branchen haben durch eCommerce bereits eine tiefgreifende Wandlung erfahren, darunter Reisebüros, der Vertrieb elektronischer oder kultureller Güter, Finanzdienstleistungen, Glücksspiel und Sportwetten. Die Online-Umsätze in Bekleidung nehmen zu, während Umsätze in Nahrungsmitteln immer noch relativ unentwickelt sind. Musik wird in hohem Maße online konsumiert, was aber weiterhin weitgehend illegal ist und einen äußerst destabilisierenden Effekt auf die Branche hat. Siehe SEC(2011) 1641 final, S. 7.

³ Mc Kinsey Report (2014), *Global flows in a digital age: How trade, finance, people, and data connect the world economy*.

⁴ Dies löst Diskussionen über steuerliche und andere rechtliche Konsequenzen aus. Siehe Schlussantrag der Generalanwältin Kokott vom 16. Juli 2015 in der Rechtssache *Hedqvist*, C-264/14, EU:C:2015:498, mit der Empfehlung an den EuGH, den Handel in Bitcoins gegen Provision als umsatzsteuerbefreite Leistung zu betrachten.



Wir werden Beispiele verwenden, um ein besseres Verständnis zu gewinnen und um einige komplexe rechtliche Problemstellungen zu identifizieren und zu skizzieren,⁵ die in einem grenzüberschreitenden EU-Kontext auftreten können. Wenngleich es nicht einfach ist, eine Vorhersage darüber zu treffen, in welchem Umfang sich die Digitalisierung von Arbeit grenzüberschreitend manifestieren wird, so sind ihre potenziellen Auswirkungen doch hoch, insbesondere in Euroregionen wie SaarLorLux,⁶ und als ein Mittel zur Ermöglichung des Arbeitens über große Entfernungen hinweg.⁷

II. Beschreibung der Ausgangslage

Schon seit Beginn dieses Jahrhunderts ist deutlich, dass die Digitalisierung zu einer Aushöhlung des festen physischen Arbeitsplatzes geführt hat. Immer mehr Arbeitnehmer können von überall arbeiten, indem sie Hilfsmittel zur virtuellen Zusammenarbeit wie Email, Web-Meeting-Software und Filesharing-Sites (z. B. *Skype*, *Google Docs*, *Dropbox*) nutzen. Einige von ihnen sind sogar eNomaden – ‚unsichtbare Mitarbeiter, die von jedem Ort aus digital arbeiten‘.⁸

Eurofound zufolge⁹ beziehen sich ‚*IKT-gestützte mobile Tätigkeiten*‘ auf die durch moderne Technologien geschaffene Möglichkeit, den Tätigkeiten von jedem Ort aus ebenso effektiv nachgehen zu können, wie in den Räumen des Arbeitgebers. IKT-gestütztes mobiles Arbeiten kann als eine Variante der Telearbeit bezeichnet werden. Es umfasst alle Arten von durch elektronische Geräte unterstützten Arbeitsformen, die den Beschäftigten eine Tätigkeit von Orten außerhalb der Räumlichkeiten ihres Arbeitgebers ermöglichen – beispielsweise von zuhause, beim Kunden oder unterwegs. Diese Art der Arbeit ist gekennzeichnet durch das (teilweise oder vollständige) Fehlen eines festen Arbeitsplatzes, Internet-gestützte Prozesse, durch die Geschäftsführung unterstützte Mobilität und eine Kultur der mobilen Arbeit.

Wie passt dann diese (teilweise) digitalisierte mobile Beschäftigung in den EU-Regelungsbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit¹⁰ in seiner durch die herkömmlichen Auffassungen eines festen physischen Arbeitsplatzes untermauerten Form? Wir betrachten insbesondere die möglichen Auswirkungen einer umfangreichen Einführung IKT-gestützter Beschäftigung auf Mechanismen zur Koordinierung und

⁵ Eine eingehende Erörterung der aufgezeigten Problematiken überschreitet den Rahmen dieses Papiers.

⁶ Bestehend aus fünf verschiedenen regionalen Landesbehörden in den französisch- und deutschsprachigen Teilen Belgiens, der französischen Region Lorraine, den französischen Départements Moselle und Meurthe-et-Moselle, sowie den deutschen Bundesländern Saarland und Rheinland-Pfalz.

⁷ Für Norwegen, ein Land mit geringer Bevölkerungsdichte und großen Entfernungen zwischen einzelnen Gemeinden, wurde IKT-gestützte mobile Beschäftigung in wissensintensiven Firmen als eine neue potenzielle Triebkraft für wirtschaftliches Wachstum identifiziert. Sie kann Arbeitnehmern, die weit entfernt von möglichen Arbeitgebern leben, die Möglichkeit zur Verbesserung ihrer Arbeitsmarktfähigkeit bieten, ohne umziehen zu müssen. Siehe Eurofound (2015), *Neue Beschäftigungsformen*, S. 81.

⁸ J. Popma (2013), *The Janus face of the „New Ways of Work.“ Rise, risks and regulation of nomadic work*, Brüssel: ETUI Working Paper 2013.07.

⁹ Eurofound (2015), Kap. 6, S. 72 – 81, 132.

¹⁰ Wie die Eurofound-Studie von 2015 bestätigt, werden IKT-gestützte mobile Tätigkeiten auch von Selbständigen aufgenommen, wenngleich diese bei Selbständigen häufig mit anderen neuen Beschäftigungsformen wie dem Crowdsourcing verbunden sind. Für unsere Zwecke ist es daher interessanter, die Arbeitnehmer-spezifischen Auswirkungen von IKT-gestützter mobiler Arbeit zu betrachten, da sich die Fragen in Bezug auf die Qualifizierung von IKT-gestützter mobiler Beschäftigung teilweise mit denen überlappen, die im Zusammenhang mit Crowd-Beschäftigung auftreten.

Bestimmung des geltenden Arbeits- und Sozialversicherungsrechts für grenzüberschreitende Arbeitnehmer (Kapitel III-VI).

Die *Organisation von Beschäftigung auf Plattformen* ist die jüngste und radikalste Erscheinungsform digitalisierter Arbeit. Sie ist gekennzeichnet durch virtuelle Netzwerkorganisationen, die nach einer Optimierung des Zugriffs auf bezahlte und unbezahlte Arbeit bei Bedarf trachten. Das bekannteste Beispiel für Letzteres ist *Wikipedia*, wohingegen das kontroverseste Beispiel für Ersteres vielleicht *Uber* ist.¹¹ Wie Felstiner beobachtet, hat sich ‚das herkömmliche Konzept eines festen Arbeitsplatzes bestehend aus individuell ausgewählten Arbeitnehmern‘ durch die Plattform-Bildung ‚begonnen aufzulösen‘.¹² Dies trifft insbesondere zu auf Plattformen wie *Amazon Mechanical Turk*, *Upwork*, *ELance* und die in Deutschland ansässige *Clickworker*. Diese Online-Plattformen ersetzen dauerhafte Belegschaften durch vernetzte ‚Crowds‘. Howe definiert dieses Phänomen als ‚eine üblicherweise von einer damit beauftragten Person (üblicherweise einem Angestellten) ausgeführte Tätigkeit zu nehmen und an eine unbestimmte, im Allgemeinen große Gruppe von Menschen in Form eines öffentlichen Aufrufs auszulagern.‘¹³ Umfangreiche Geschäftsprozesse werden in kleinere spezifische Aufgaben – wie Dateneingabe und -prüfung, Texterstellung oder grafisches Design – zerlegt und über Internetplattformen an Crowd-Beschäftigte ohne Rücksicht auf geografische Grenzen verteilt.

Dieses Phänomen hat insbesondere in den USA eine heftige Debatte sowie einen Rechtsstreit darüber ausgelöst, wie die Vergabe von Mikroaufträgen an Crowd-Beschäftigte eingestuft werden sollte. Wie sollte mit diesem Phänomen im EU-Kontext umgegangen werden (Kapitel VII-IX)? Sind grenzüberschreitende Crowd-Beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit? Und welche Rechtsfragen ergeben sich vor oder gemeinsam mit der Festlegung ihres Beschäftigungsstatus?

III. EU-Freizügigkeit von IKT-gestützten mobilen Beschäftigten

EU-Wanderarbeiter haben ein Anrecht auf gleiche Löhne und andere Arbeitsbedingungen wie inländische Beschäftigte, einschließlich sozialer Vorteile und Sozialversicherungsleistungen. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz wird untermauert durch die Verordnungen zur Bestimmung des anzuwendenden Sozialversicherungsrechts (Verordnung 883/04) und des objektiv anzuwendenden Arbeitsrechts (Rom I: Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht). Das diesen Regelungen zugrundeliegende Grundprinzip war stets das Recht des *gewöhnlichen Arbeitsplatzes (lex loci laboris)*.

¹¹ Siehe z. B. Nachrichtenartikel auf *EurActiv.com*: Uber Chief: ‚Uber and Europe is definitely a conversation worth having,‘ von Ecaterina Casinge, 17. Apr. 2015, und auf *CNBC.com*: Uber drivers' suit given class-action status. How to classify workers has wide-ranging impact for Uber's business model, von Kate Rogers, 2. Sept. 2015.

¹² A. Felstiner (2011), *Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry*, Berkeley Journal of Employment & Labor Law, Bd. 32, Nr. 1, S. 143-203. Siehe auch M. Risak (2014), *Crowdworking: towards a „new“ form of employment*, Wien: Arbeitspapier ELLN.

¹³ Jeff Howe (2006), *Crowdsourcing: A definition*. Unter: <http://www.crowdsourcing.com>.

Die Vertragsbestimmungen zur Freizügigkeit von Arbeitnehmern und das, was heute in den Verordnungen 492/2011¹⁴ und 883/04¹⁵ verankert ist, wurden auf der Grundlage des Bildes eines Gastarbeiters der 1960er Jahre entworfen: ein Vollzeit Arbeitnehmer, der seinen (festen) physischen Arbeitsplatz und seinen Wohnsitz (unter Mitnahme seiner Familie) in einen anderen Mitgliedsstaat verlegt. Verlegt ein EU-Gastarbeiter sowohl seinen physischen Arbeitsplatz als auch seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedsstaat, dann arbeitet das Rechtssystem reibungslos: das Recht auf Gleichbehandlung übersetzt sich in die volle Abdeckung des Gastarbeiters durch das Arbeitsrecht und Sozialversicherungssystem des aufnehmenden Mitgliedsstaates.

Wie bereits oben erwähnt, passen IKT-gestützte mobile Beschäftigte nicht in dieses Modell. Sie arbeiten nicht an einem festen Ort sondern arbeiten flexibler an mehreren Orten oder sogar von unterwegs. In einem neueren spanischen Fall vor dem EuGH¹⁶ hob der Generalanwalt Bot hervor, dass diese¹⁷ Arbeitnehmer, sich nicht für eine Anpassung ihres Privatlebens und ihres Wohnsitzes zugunsten einer Nähe zu ihrem Arbeitsplatz entscheiden können, weil dieser täglich wechselt' (Punkt 21). Übersetzt auf eine grenzüberschreitende (Euro-)Region könnte es für Beschäftigte ohne festen Arbeitsplatz nicht sinnvoll sein, ihren Wohnsitz hin zum Sitz des Arbeitgebers in einem anderen Mitgliedsstaat zu verlegen.

Interessanterweise war die Tatsache, dass die Arbeitnehmer in diesem jüngeren spanischen Fall keinen festen Arbeitsplatz hatten und dass ihre Arbeit IKT-gestützt war, nicht das Ergebnis eines Wunsches der Arbeitnehmer selbst, sondern beruhte auf einer Entscheidung ihres Arbeitgebers, der die regionalen Geschäftsstellen (ihren früheren festen Arbeitsplatz) aus Gründen der Kosteneinsparung aufgelöst hatte. In mehreren europäischen Ländern können Arbeitnehmer hingegen beantragen oder sogar ein Recht einfordern,¹⁸ (teilweise) von Zuhause und/oder von anderen Orten unter Einsatz von IKT zu arbeiten. Es wird vorgebracht, dass wenn Unternehmen nur inländischen, nicht jedoch grenzüberschreitenden Arbeitnehmern die Aufnahme einer IKT-gestützten Fernarbeit gestatten würden, dies dem in Art. 45 AEUV/Art. 7 der Verordnung 492/2011 verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz zuwider laufen würde. IKT-gestützte mobile Arbeit kann tatsächlich sogar aus länderübergreifender Sicht noch attraktiver sein, da sie beispielsweise den Ausgleich zwischen Familie, Freizeit und Beruf für Grenzgänger erheblich verbessert. Aus Sicht der EU-Politik kann eine Förderung dieser Form der Digitalisierung hilfreich sein bei der Realisierung des Ziels eines, echten europäischen Arbeitsmarktes, da die Möglichkeiten der IKT-gestützte mobile Beschäftigung sicherlich die Barrieren für die Annahme eines Arbeitsplatzes (oder einer Stellung) bei einem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedsstaat verringern würden.

¹⁴ Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union als Ersatz für die frühere Verordnung 1612/68.

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit als Ersatz für die frühere Verordnung 1408/71.

¹⁶ Urteil des EuGH vom 10. September 2015 in der Rechtssache *CC.OO. gegen Tyco*, C-266/14, EU:C:2015:578.

¹⁷ Im vorliegenden Fall benutzten die Arbeitskräfte ein Firmenfahrzeug, um täglich zur Installation von Geräten zu den Kunden zu fahren. Sie erhielten ein *Mobiltelefon und eine Applikation auf ihren Telefonen* gestellt, um darüber täglich eine Liste mit den unterschiedlichen Anschriften zu erhalten, die sie an dem Tag innerhalb ihres geografischen Arbeitsbereiches zu besuchen hatten.

¹⁸ In den Niederlanden werden Arbeitnehmer nach dem Gesetz über flexible Arbeit ab 1. Januar 2016 das Recht haben, mehr Flexibilität in Bezug auf ihren Arbeitsplatz zu beantragen.

Leider ist es jedoch auch sinnvoll, von einer grenzüberschreitenden IKT-gestützten mobilen Beschäftigung aus universeller Sicht abzuraten: in großem Maßstab würde sie (zu) weitreichende Auswirkungen haben auf das anwendbare Recht (bzw. dessen Vorhersehbarkeit) und damit auf die Arbeitskosten und die administrative Kapazität der Personalabteilungen und Gehaltsabrechnungen der Arbeitgeber. Tatsächlich warnen Experten die Arbeitgeber zu Vorsicht.¹⁹ Aus Sicht eines Mitgliedsstaates wäre eine grenzüberschreitende IKT-gestützte Beschäftigung ebenfalls nicht begrüßenswert: Die Nachhaltigkeit der Sozialversicherungs- (und Steuer-) Systeme sowie tariflich vereinbarter Sozialfonds könnte als Folge einer großumfänglichen Einführung von IKT-gestützter mobiler Beschäftigung abnehmen.

IV. Ein hypothetisches Beispiel in einer Euroregion

Dieser Punkt lässt sich besser illustrieren, wenn wir die Region SaarLorLux nehmen und annehmen, dass 1.000 Mitarbeiter für das Unternehmen X in Luxemburg arbeiten, von denen 250 in Frankreich, weitere 250 in Deutschland und die Hälfte (500) in Luxemburg wohnen.²⁰ Von 2016 an entscheidet sich Unternehmen X für IKT-gestützte mobile Beschäftigung zur Kostenreduzierung. Würden 40 Prozent der gesamten Arbeitszeit der Mitarbeiter an einem entfernten IKT-gestützten Arbeitsplatz (zuhause, im Café, im Zug, in der Wohnung eines Freundes und gelegentlich auf Auslandsreisen) anfallen, dann könnte ihr Arbeitgeber die benötigte Bürofläche reduzieren und so Kosten einsparen. Ein Punkt muss hierbei näher betrachtet werden: Was wären die Auswirkungen auf die Arbeitsverträge der grenzüberschreitenden Belegschaft in Bezug auf das anzuwendende Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?

Derzeit wendet Unternehmen X entsprechend den Vorschriften von Rom I und der Verordnung 883/04 das luxemburgische Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (*lex loci laboris*) auf ihre Grenzgänger an. Falls Unternehmen X seinen Plan ab Januar 2016 umsetzt, sieht die Verordnung 883/04 – in der Mehrzahl der Fälle²¹ – einen Wechsel vom gegenwärtig anwendbaren Sozialversicherungsrecht auf das des Wohnsitzlandes vor, also Frankreich oder Deutschland. Dies ist dann der Fall, wenn mindestens 25 Prozent der Arbeitszeit des Arbeitnehmers außerhalb der Räume des Arbeitgebers, im speziellen Fall also in Frankreich oder Deutschland, stattfindet.²²

Im Hinblick auf das anzuwendende Arbeitsrecht ist das Bild weniger einfach. Ein vollständiger (oder teilweiser) Wechsel vom anzuwendenden luxemburgischen Sozialversicherungsrecht zu dem Frankreichs/Deutschlands könnte in Abhängigkeit von verschiedenen Faktoren erfolgen, wie z. B. dem

¹⁹ Siehe beispielsweise Stefan Nerinckx (2012), *International: Cross-border tele-working: beware!* unter: <http://www.fieldfisher.com/publications/2012/06/>.

²⁰ In Luxemburg stellen grenzüberschreitende Arbeitnehmer etwa 45 Prozent der Beschäftigten des Landes.

²¹ Für Teilzeitarbeitnehmer, die eventuell einer weiteren Tätigkeit für einen anderen Arbeitgeber entweder in Luxemburg oder im Wohnsitzland des Arbeitnehmers nachgehen, können die Koordinierungsregeln ein anderes Bild ergeben.

²² Geht ein Arbeitnehmer seiner Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten nach, kommen die in Artikel 13 der Verordnung 883/2004 festgelegten Regelungen zur Anwendung. Diese weisen auf das Wohnsitzland hin, wenn ein wesentlicher Teil der Tätigkeiten einer Person dort ausgeübt wird. Nach Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bedeutet „wesentlich“ in der Regel, dass mindestens 25 Prozent der Arbeitszeit des Arbeitnehmers in dem Mitgliedsstaat stattfindet, in dem er seinen Wohnsitz hat.

Vorhandensein einer Rechtswahlklausel²³ und der sachlichen (und für jeden Mitarbeiter individuellen) Beurteilung des Landes, welches objektiv als das Land in Frage kommt, *in* dem oder anderenfalls *von* dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 8 Abs. 2 Rom I).²⁴

Wäre die Arbeit von Arbeitnehmern in der gesamten SaarLorLux-Region so mobil, dass ein gewöhnliches Arbeitsland nicht ermittelt werden könnte, so würde das Recht des Landes Anwendung finden, in dem sich der eingetragene Sitz des Arbeitgebers befindet (Art. 8 Abs. 3 Rom I). Dieses spezielle Kriterium wurde von dem Gericht jedoch als strikt sekundär gegenüber dem des gewöhnlichen Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers erachtet und spielt daher eine sehr untergeordnete/nebensächliche Rolle. Wenn sogar bei international tätigen Lkw-Fahrern davon ausgegangen wird, dass sie üblicherweise ein Land haben, von dem aus sie ihre Arbeit verrichten, dann können unsere Grenzgänger des Unternehmens X auch ein solches haben.

Schließlich kann in Abhängigkeit von den im Einzelfall vorherrschenden Umständen das Recht des Landes mit einem engeren Anknüpfungskriterium die anderen beiden Anknüpfungskriterien ausstechen. Dies könnte durchaus bedeuten, dass französisches oder deutsches Recht anwendbar ist, da die gemäß dem *Schlecker-Urteil*²⁵ zu berücksichtigenden Kriterien das Land der Sozialversicherungsanwendbarkeit beinhalten müssen (das, wie wir gesehen haben, Frankreich bzw. Deutschland wäre). Allerdings haben viele arbeitsrechtliche Vorschriften wie die zum Arbeitsschutz und zur Arbeitszeit einen zwingenden Vorrangcharakter. Somit würde das luxemburgische Arbeitsrecht wohl weiterhin auf einige Teile der Arbeitsverträge Anwendung finden (zumindest an den Tagen, an denen die grenzüberschreitend tätigen Arbeitnehmer Arbeiten in den Räumen des Arbeitgebers in Luxemburg verrichten), (teilweise) auch abhängig von der Einschätzung, ob das deutsche bzw. französische Recht für die betreffenden Arbeitnehmer nicht günstiger ist.²⁶

V. Wenn die Ausnahme zum Regelfall wird

Diesem Beispiel könnten diverse Varianten hinzugefügt werden, welche die nahezu prohibitive Komplexität groß angelegter IKT-gestützter Fernarbeit aus rechtlicher Sicht aufzeigen. Innerhalb des begrenzten Rahmens dieses Papiers sollte ein Hinweis auf leicht zugängliche und verständlich

²³ Rom I basiert auf der Parteiautonomie. Demzufolge können die Parteien des (Beschäftigungs-)Vertrages das Recht bestimmen, das auf den Vertrag anzuwenden ist. Das von ihnen gewählte Recht ist dann das für den Vertrag maßgebliche Recht – die *lex causae*. Zum Schutz des Arbeitnehmers schränkt Artikel 8 Abs. 1 diese Wirkung jedoch ein: Die Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer ein Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem mangels einer Rechtswahl anzuwendenden Recht nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.

²⁴ Selbst im Falle eines im internationalen Transportwesen arbeitenden Lkw-Fahrers (Urteil des EuGH vom 15. März 2011 in der Rechtssache *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151) oder eines Seemannes auf einem Seeschiff (Urteil des EuGH vom 15. Dezember 2011 in der Rechtssache *Voogsgeerd*, C-394/10, EU:C:2011:842) sollte das nationale Gericht auf Basis der Gesamtumstände den Versuch der Feststellung unternehmen, ob ein Land ermittelt werden kann, von dem aus die Arbeit tatsächlich verrichtet wird.

²⁵ Urteil des EuGH vom 12. September 2013 in der Rechtssache *Schlecker*, C-64/12, EU:C:2013:551. In diesem Urteil stellte der EuGH den Geltungsbereich des Artikel 8 Abs. 4 Rom I klar.

²⁶ Art. 9 Rom I erlaubt Gerichten die Anwendung nationaler „zwingender Eingriffsnormen“ (Recht des angerufenen Gerichts) ohne Rücksicht auf das (objektiv) anwendbare Recht. Als eine Folge ermöglicht Artikel 9 Rom I arbeitsrechtliche Systeme, die (gelegentlich in hohem Maße) auf zwingenden Eingriffsnormen beruhen.

geschriebene Praxisleitfäden zum anzuwendenden Recht²⁷ ausreichen, um das hier dargelegte Hauptargument zu unterstreichen: Würde IKT-gestützte mobile Arbeit irgendwann in der Zukunft zu einer regelmäßigen Personalpolitik in großen Unternehmen (auch) in Grenzregionen werden, könnte das System der Bestimmung des anzuwendenden Rechts schlicht aufhören zu funktionieren.

Die zeitaufwändige und unpraktische Notwendigkeit der Vornahme einer eingehenden Untersuchung jedes Einzelfalles (z. B. durch Betrachtung der Häufigkeit von Änderungen der Dienstpläne, Reisekalender oder anderer Informationen) zur Feststellung der in einem bestimmten Mitgliedsstaat verbrachten Arbeitszeit wäre eine viel zu schwere Bürde für Institutionen und Arbeitgeber. Darüber hinaus würden derartige individuelle Beurteilungen andere administrative und tarifliche Arten des Schutzes und der Durchsetzung ebenfalls problematischer machen. Beispielsweise könnte dies die Möglichkeiten von Arbeitnehmern zum Schutz ihrer Interessen im Wege von Tarifverhandlungen ernsthaft einschränken. Es verträgt sich auch nicht gut mit dem durch die Artikel 45-48 AEUV verfolgten Zielen, nämlich der Gleichbehandlung, wenn für die bei ein und demselben Arbeitgeber mit Sitz in einem bestimmten Mitgliedsstaat (d. h. nicht bei einem multinationalen Arbeitgeber) beschäftigten Arbeitnehmer nicht mehr dasselbe Recht gelten würde.

VI. Gibt es einen Ausweg aus dieser komplexen Situation?

Es ist notwendig, die Hemmnisse für groß angelegte IKT-gestützte Beschäftigung für die gesamte EU anzupacken. Allerdings macht es die heterogene, individualistische Natur von Online-Arbeitsweisen schwierig, Anpassungen der Systeme vorzuschlagen, mit denen festgestellt werden könnte, welches anzuwendende Recht alle Anforderungen grenzübergreifender Arbeitnehmer, ihrer Arbeitgeber und der beteiligten Mitgliedsstaaten erfüllen würde. Einige Bausteine können jedoch empfohlen werden.

- In allen Fällen grenzüberschreitender IKT-gestützter (in hohem Maße) mobiler Beschäftigung ist es ganz entscheidend, häufige Änderungen des anzuwendenden Rechts zu vermeiden.²⁸ Dies liegt im Interesse der Arbeitnehmer wie auch der Arbeitgeber und Institutionen.
- Im Falle einer nur teilweise grenzüberschreitenden Telearbeit (wie im Beispiel des Unternehmens X) könnte es im gegenseitigen Interesse des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer und des zuständigen Staates liegen, die Rechtsfiktion bzw. widerlegbare Vermutung aufzustellen, dass IKT-gestützte mobile Arbeitnehmer ihre Arbeit (virtuell) im Land des Firmensitzes des Arbeitgebers verrichten.²⁹ IKT-gestützte Telearbeit ist abhängig vom Zugang zu den Räumlichkeiten und Netzwerken des Arbeitgebers. Selbst wenn keine Ausstattung bereitgestellt wird (BYOD), müssen sich die Arbeitnehmer im Online-Arbeitsumfeld des

²⁷ Siehe beispielsweise: Europäische Kommission, *Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union (EU), im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz*, Brüssel 2012.

²⁸ Ein gutes Beispiel ist Art. 14 Abs. 10 der Verordnung 987/2009, der vorsieht, dass die anzuwendenden Rechtsvorschriften für Flug- bzw. Kabinenpersonal auf der Grundlage der angenommenen Arbeitssituation für die folgenden 12 Kalendermonate beurteilt werden sollte und dass diese Einschätzung für den Zeitraum beibehalten werden sollte (vorausgesetzt, dass es keine wesentliche Veränderung in der Situation der betreffenden Person sondern lediglich Veränderungen in der üblichen Art der ausgeübten Tätigkeit gibt).

²⁹ Dies würde im gewissen Sinne die vielfache Unternehmenspraxis ‚kodifizieren‘, bei der IKT-gestütztes Arbeiten von Zuhause oder anderenorts nur informell vereinbart und somit nicht an die zuständigen Sozialversicherungsträger gemeldet wird. Siehe Eurofound (2015), S. 74-75.

Arbeitgebers anmelden, um jederzeit und von jedem Ort auf Unternehmensdaten und -anwendungen zuzugreifen.

- Es wäre interessant, die einzelnen Branchen zu untersuchen, in denen IKT-gestützte mobile Formen grenzüberschreitender Beschäftigung zum Einsatz kommen. Branchenspezifische Aspekte würden maßgeschneiderte Lösungen ermöglichen,³⁰ zum Beispiel im Rahmen eines europäischen Branchen-Sozialdialogs, und könnten die Modernisierung der allgemeinen EU-Rahmenvereinbarung über Telearbeit auf der Grundlage branchenspezifischer Bedürfnisse einschließen.

VII. Auf Plattformen organisierte Arbeit im EU-Kontext

Wie oben erwähnt, verstärkt Digitalisierung nicht nur IKT-gestützte mobile oder Telearbeit, sondern auch die auf Plattformen organisierte Arbeit. Während jedoch die in den vorausgegangenen Abschnitten behandelte IKT-gestützte mobile Beschäftigung noch eine reguläre Arbeitgeber/Arbeitnehmer-Beziehung und physische Räumlichkeiten des Arbeitgebers in einem einzelnen Land voraussetzt, ermöglicht die auf Plattformen organisierte Arbeit der Nachfrageseite ebenfalls, ‚ortsungebunden‘ zu werden. Sie macht es selbst für kleinste Unternehmen oder Einzelunternehmer möglich, zu einem ‚mikromultinationalen Unternehmen‘ zu werden, das Produkte, Dienstleistungen und Ideen über Grenzen hinweg einkauft und verkauft.

Online-‚Marktplätze für Bedarfsbeschäftigung‘ wie *oDesk* (jetzt umbenannt in *Upwork*) und *Amazon Mechanical Turk* bringen virtuelle Nachfrage und Angebote zusammen. Sie stellen eine virtuelle Belegschaft aus Beschäftigten mittels Crowdsourcing zur Verfügung. Über diese (meist in den USA beheimateten) Plattformen werden Tätigkeiten an eine Menge von Menschen ausgelagert, die entfernt (IKT-gestützt) von jedem Ort der Welt aus je nach Bedarf an (Mikro-) Aufgaben oder Projekten arbeiten.³¹ Auf Plattformen organisierte Arbeit basiert somit mehr auf einzelnen Aufgaben oder Projekten als auf einem dauerhaften Beschäftigungsverhältnis.³² Eurofound zufolge entwickelt sich Crowd-Arbeit in 11 Mitgliedsstaaten; diese Gruppe setzt sich aus großen und kleinen Ländern mit verschiedenen geografischen Standorten zusammen (BE, CZ, DE, DK, ES, GR, IT, LV, LT, PO, UK).³³

Wie wirkt sich Plattform-Organisation von Arbeit (potenziell) auf grenzüberschreitende Beschäftigung aus? Auf EU-Ebene gibt es dazu keine Zahlen. In dem Ausmaß, in dem ‚Online-Plattformen für Arbeit‘ zu dem gehören können, was als ‚eCommerce‘ bezeichnet wird, sind neuere Eurobarometer-Daten zum eCommerce von Relevanz.³⁴ Diese Daten zeigen, dass bei Unternehmen mit Online-Vertrieb durchschnittlich 85,4 % ihrer Online-Umsätze in 2014 aus deren eigenem Land stammten. Weitere 10,3 % kamen aus anderen EU-Staaten und 4,3 % von außerhalb der EU. Im Gegensatz zu den USA steckt

³⁰ Eventuell einschließlich branchenspezifischer Vereinbarungen nach Art. 16 oder der Aufnahme erweiterter Tarifverträge in das Rahmenwerk der Verordnung 883/04 und tariflicher Rechtswahlklauseln in das Rahmenwerk von Rom I.

³¹ Siehe ELLN-Arbeitspapier von M. Risak (2014), *Crowdworking: towards a „new“ form of employment*, S. 2.

³² Dies gilt ebenso für Internetplattformen, die offline zu verrichtende Arbeit bei Bedarf durch „Taskrabbits“ oder Uber-Fahrer anbieten.

³³ Eurofound (2015), S. 108, Abbildung 15.

³⁴ Eurobarometer Flashreport 413 - Feb. 2015.

somit ein digitaler EU-Binnenmarkt für eCommerce, geschweige denn eine EU-weite Plattform-Organisation von Arbeit, immer noch in den Kinderschuhen.

Ungeachtet ihrer Popularität in der Praxis hat die Plattform-Organisation von Arbeit neue und entmutigende Fragen bezüglich ihrer Einordnung aufgeworfen. 1:n-Beziehungen zwischen einem Arbeitgeber und mehreren Arbeitnehmern, die unbefristet angelegt sind, werden ersetzt durch n:n-Beziehungen von einer äußerst kurzen Dauer, ‚manchmal nur für eine oder zwei Minuten‘, die über eine standardisierte Umgebung im Cyberspace ermöglicht wird.³⁵

Wie können derartige durch Crowdsourcing entstandene Arbeitsverhältnisse in einem grenzüberschreitenden EU-Kontext eingeordnet werden? Nehmen wir beispielsweise einen polnischen Crowd-Beschäftigten, der in Polen wohnt und kognitive digitale Akkordarbeit für durchschnittlich 8 Stunden³⁶ pro Woche auf der deutschen Plattform *Clickworker* für eine unbekannte Zahl von Leistungsempfängern verrichtet, die in diversen EU-Ländern ansässig sind.

VIII. eArbeitnehmer, eDienstleistungsanbieter oder gar eVerbraucher?

Der EuGH hat durchgängig festgestellt, dass der Begriff ‚Arbeitnehmer‘ ein EU-Konzept ist und nicht restriktiv ausgelegt werden sollte.³⁷ Die Rechtsprechung bekräftigt, dass die Art des Beschäftigungsverhältnisses, die Dauer der Beschäftigung, die Arbeitszeit, Herkunft und Art der Vergütung³⁸ der Bedarf an Einkommensergänzungsleistungen ebenso wie das Motiv des Arbeitnehmers in sich selbst keine Kriterien dafür sind, wer als Arbeitnehmer anzusehen ist.³⁹ Dementsprechend kann unser polnischer Clickworker nicht allein auf der Grundlage der

³⁵ Felstiner (2011), S. 146.

³⁶ Felstiner (2011) zeigt in seiner ATM-Fallstudie auf, dass der ‚durchschnittliche Turker acht Stunden pro Woche mit der Verrichtung von HITs verbringt und dabei 1,25 \$ pro Stunde verdient – weit unter dem nationalen Mindestlohn (2011: 7,25 \$), S. 167.

³⁷ Siehe Urteil des EuGH vom 19. März 1964 in der Rechtssache *Hoekstra*, Az. 75/63, EU:C:1964:19, Urteil des EuGH vom 23. März 1982 in der Rechtssache *Levin*, Az. 53/81, EU:C:1982:105 und Urteil des EuGH vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache *Lawrie-Blum*, Az. 66/85, EU:C:1986:284.

³⁸ Hier stellt sich die Frage zu virtuellen Währungen und spielerischen Elementen der Crowd-Beschäftigung in Bezug auf das Kriterium der Vergütung. Dies mag im Kontext des EU-Rechts keine unüberwindbaren Probleme verursachen, da lediglich freiwillige Arbeit ohne jede Form der Vergütung ausgenommen zu sein scheint.

³⁹ Dies wurde vom EuGH in vielen Fällen erläutert und festgestellt, die sich mit atypischen Beschäftigten wie Teilzeitarbeitnehmern, befristet angestellten Arbeitnehmern, kurzfristigen und Bedarfsarbeitnehmern beschäftigten. Siehe z. B. Urteil des EuGH vom 23. März 1982 in der Rechtssache *Levin*, C-53/81, EU:C:1982:105; Urteil des EuGH vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache *Kempf*, C-139/85, EU:C:1986:223; Urteil des EuGH vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache *Lawrie-Blum*, C-66/85, EU:C:1986:284; Urteil des EuGH vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache *Steymann*, C-196/87, EU:C:1988:475; Urteil des EuGH vom 31. Mai 1989 in der Rechtssache *Bettray*, C-344/87, EU:C:1989:226; Urteil des EuGH vom 26. Februar 1992 in der Rechtssache *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89; Urteil des EuGH vom 26. Februar 1992 in der Rechtssache *Raulin*, C-357/89, EU:C:1992:87; Urteil des EuGH vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache *Megner und Scheffel*, C-444/93; Urteil des EuGH vom 6. November 2003 in der Rechtssache *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600; Urteil des EuGH vom 7. September 2004 in der Rechtssache *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488; Urteil des EuGH vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache *Geven*, C-213/05, EU:C:2007:438; Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 in der Rechtssache *Vatsouras und Koupatantze*, C-22/08 und C-23/08, EU:C:2009:344; Urteil des EuGH vom 4. Februar 2010 in der Rechtssache *Genc*, C-14/09, EU:C:2010:57.

Charakteristiken seines Beschäftigungsverhältnisses aus dem Anwendungsbereich des Konzepts des ‚Arbeitnehmers‘ ausgeschlossen werden.

Was aber macht ein Beschäftigungsverhältnis überhaupt erst aus? In der Rechtssache *Lawrie-Blum* wurde festgestellt, dass das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses ist, dass, jemand während einer bestimmten Zeit *für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt*, für die er als Gegenleistung eine *Vergütung* erhält.⁴⁰ Diese Indikatoren – (1) die Verpflichtung zur persönlichen Verrichtung der Arbeit, (2) in (organisatorischer) Unterordnung, (3) gegen (wiederkehrende) Bezahlung – werden auch in den meisten nationalen Arbeitsrechtsvorschriften verwendet. Insbesondere die Indikatoren 1 und 2 können sich in der Anwendung auf die hochgradig flexible Natur von Crowd-Beschäftigung als schwierig erweisen. Es werden nur minimale Zusagen dahingehend gemacht, wer⁴¹ die Aufgaben wann und wo ausführt. Eine Notwendigkeit zur Erteilung von Weisungen zu der Art und Weise der Verrichtung einer bestimmten Mikroaufgabe oder eines kleinen Projekts besteht nicht.

Und selbst wenn wir in unserem Beispiel eine Unterordnung annehmen, stellt sich die Frage: wem gegenüber besteht diese Unterordnung? Wäre unser polnischer Crowd-Beschäftigter den Empfängern seiner Leistungen untergeordnet (wodurch sich möglicherweise sechs ‚Arbeitgeber‘ im Verlauf einer Stunde ergeben würden) oder der deutschen Plattform, die über ihre Online-Umgebung weitreichende Kontrolle über die Arbeitsbedingungen ausübt und Ansprüche auf den fortgesetzten Erfolg ihres Geschäfts hat?

Darauf haben wir bislang keine eindeutigen Antworten. Wie jedoch Felstiner überzeugend (für die USA) argumentiert, ‚sind die Ansprüche von Crowd-Beschäftigten auf einen Arbeitnehmerstatus entgegen den Erwartungen von Anbietern [Plattformen] und Unternehmen [Leistungsempfänger] nicht von Natur aus gegenstandslos‘.⁴² Dies wird in gewissem Umfang durch Studien von Risak und Däubler/Klebe (für Deutschland) bestätigt.⁴³ Interessanterweise weisen Letztere nach, dass Crowd-Beschäftigte sich auch nicht einfach in andere Arbeitnehmer-Konzepte wie Einzelunternehmer und ‚Arbeitnehmerähnliche‘ einordnen lassen.⁴⁴ Ihrer Ansicht nach können Crowd-Beschäftigte, die nur gelegentlich einige Arbeiten über eine Internetplattform verrichten, als Verbraucher eingeordnet

⁴⁰ Urteil des EuGH vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache *Lawrie-Blum*, C-66/85, EU:C:1986:284, Abs. 17 und 20.

⁴¹ Dies kann zu neuen Formen (verdeckter) Kinderarbeit führen. Siehe Felstiner (2011), S. 161-162, 185.

⁴² Felstiner (2011), S. 187.

⁴³ Risak (2014), Däubler/Klebe (2015), *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?*, NZA 2015, 1032.

⁴⁴ Däubler/Klebe (2015), Teil III, Kapitel 2 und 4.

werden.⁴⁵ Dies würde ihnen (z. B.) Schutz vor unlauteren allgemeinen Vertragsbedingungen nach dem EU-Verbraucherrecht gewähren.⁴⁶

IX. Tatsächliche und echte Tätigkeiten?

Diese überraschende Verbraucher-Option⁴⁷ bringt uns auch zu dem ‚Hauptkriterium für die Entscheidung, ob jemand ein Arbeitnehmer ist, nämlich *die Art der Arbeit selbst.*‘ Der EuGH hat durchgängig erkannt, dass eine Person eine Tätigkeit von wirtschaftlichem Wert verfolgen muss, die tatsächlich und echt ist, ‚wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.‘⁴⁸

Für unseren polnischen Crowd-Beschäftigten, der 8 Stunden pro Woche Arbeit in der Crowd verrichtet, ist dieses Kriterium tatsächlich von entscheidender Bedeutung. Der EuGH hat festgestellt: ‚Zwar kann der Umstand, dass [...] nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet werden, ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind, doch lässt es sich unabhängig von der begrenzten Höhe des aus einer Berufstätigkeit bezogenen Entgelts und des begrenzten Umfangs der insoweit aufgewendeten Arbeitszeit nicht ausschließen, dass die Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung des betreffenden Arbeitsverhältnisses von den nationalen Stellen als tatsächlich und echt angesehen werden kann und es somit ermöglicht, dem Beschäftigten die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von [nunmehr Artikel 45 AEUV] zuzuerkennen.‘⁴⁹

Selbst im Falle eines Bedarfsbeschäftigten, der effektiv nur fünf Stunden pro Tag über einen Zeitraum von zwölf Tagen arbeitete, bestätigte der EuGH, dass es keinen Schwellenwert gäbe, unter dem die verrichtete wirtschaftliche Tätigkeit als rein untergeordnet und unwesentlich anzusehen wäre.⁵⁰ Der EuGH fügte jedoch hinzu, dass ‚das innerstaatliche Gericht [...] berechtigt [ist ...], die *Unregelmäßigkeit* und die *beschränkte Dauer* der im Rahmen eines Vertrags über Gelegenheitsarbeit *tatsächlich erbrachten Leistungen* zu berücksichtigen.‘⁵¹ Wenn wir das auf das Verhältnis zwischen unserem

⁴⁵ Gemäß Risak (2014), S. 2: Crowd-Beschäftigte können im Wesentlichen in drei Gruppen unterteilt werden: (1) diejenigen, die über andere Einkommensquellen verfügen und Crowd-Beschäftigung dazu nutzen, ein kleines Zubrot zu verdienen (z. B. Studenten, Rentner oder Hausfrauen/-männer); (2) diejenigen, für die Crowd-Beschäftigung die einzige – oder zumindest die bedeutendste – Einkommensquelle ist (hier gibt es noch Unterschiede z. B. zwischen (2a) gut qualifizierten Menschen, für die Crowd-Beschäftigung eine Übergangslösung darstellt, und (2b) Menschen, die auf diese Weise dauerhaft tätig sind, weil sie ansonsten Gefahr liefen, langfristig arbeitslos zu sein); (3) diejenigen, die aufgrund von Behinderung und sozialer Ausgrenzung vom regulären Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind.

⁴⁶ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Siehe Däubler/Klebe (2015), Teil IV, die anmerken, dass berufsmäßigere (und damit abhängigere) Crowd-Beschäftigte ohne Schutz zurückblieben, wenn sie als selbständige Auftragnehmer bezeichnet würden.

⁴⁷ Was sich in die Wahrnehmung verschwimmender Grenzen zwischen Konsumenten und Produzenten und das Aufkommen so genannter „Prosumenten“ einfügt.

⁴⁸ COM (2010) 373, S. 2, Bezug nehmend auf das Urteil des EuGH vom 23. März 1982 in der Rechtssache *Levin*, C-53/81, EU:C:1982:105, Abs. 16 und 17.

⁴⁹ Urteil des EuGH vom 4. Februar 2010 in der Rechtssache *Genc*, C-14/09, EU:C:2010:57, Abs. 27 und 28.

⁵⁰ Siehe Urteil des EuGH vom 26. Februar 1992 in der Rechtssache *Raulin*, C-357/89, EU:C:1992:87, Abs. 13, und Urteil des EuGH vom 6. November 2003 in der Rechtssache *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600, Abs. 25 und 32. Siehe ebenso COM (2010) 373, Teil I, Abs. 1.1.

⁵¹ Urteil des EuGH vom 26. Februar 1992 in der Rechtssache *Raulin*, C-357/89, EU:C:1992:87, Abs. 14. Hervorhebungen hinzugefügt.

polnischen Crowd-Beschäftigten und seinen Leistungsempfängern übertragen, dann ist es höchst unwahrscheinlich, dass solche ultrakurz angelegten und unregelmäßigen Vertragsbeziehungen als Beschäftigungsverhältnis nach EU-Recht in Frage kämen.⁵²

Demzufolge ergibt die Berufung auf Art. 45 AEUV nur dann einen Sinn, wenn die Plattform als Arbeitgeber angesehen wird.⁵³ Dies kann der Fall sein, wenn unser polnischer Crowd-Beschäftigter weiterhin 8 Stunden pro Woche oder mehr arbeitet und über einen längeren Zeitraum für *Clickworker* tätig ist. Wie in der Rechtssache *Genc* bestätigt: Auch muss *die Gesamtdauer eines Vertragsverhältnisses* mit demselben Unternehmen in Betracht gezogen werden, und derartige ‚[...] Faktoren können darauf hindeuten, dass es sich bei dieser Erwerbstätigkeit um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt‘.⁵⁴

X. Grenzüberschreitender Zusammenhang und anzuwendendes Recht

Nehmen wir an, der polnische Clickworker würde tatsächlich die obige Definition eines Arbeitnehmers erfüllen, so würde ein entscheidendes Teil des Puzzles immer noch fehlen. Unser Crowd-Beschäftigter muss ein *Wanderarbeiter* sein, damit das EU-Recht für ihn gilt. Somit müssen wir den grenzüberschreitenden Zusammenhang herstellen. Nach der bestehenden Rechtsprechung finden EU-Vorschriften Anwendung, wenn eine Person *in* einem anderen Mitgliedsstaat als seinem Herkunftsland tätig ist.⁵⁵

Der polnische Clickworker muss jedoch sein Recht auf Freizügigkeit nicht physisch ausüben, um für die in Deutschland ansässige *Clickworker*-Plattform zu arbeiten. Daraus ergeben sich zwei Fragen: (a) Kann er als ein Grenzgänger gelten, obwohl er seine Arbeit nicht *auf dem Gebiet* eines anderen Mitgliedsstaates verrichtet? (b) Und wenn dem so wäre: welche Notwendigkeit bzw. zumindest welcher Anreiz bestünde für den polnischen Clickworker, sich auf Artikel 45 AEUV zu berufen? Diese Fragen können vorläufig wie folgt beantwortet werden:

(a): Bislang stand virtuelle Freizügigkeit im Kontext des Artikel 45 AEUV nicht zur Diskussion (siehe auch Abschnitt 3 weiter oben). Meiner Ansicht nach könnten wir analog zum EuGH-Urteil in der Rechtssache *Alpine Investment* schlussfolgern, in dem der EuGH bereits vor 20 Jahren feststellte, dass (der jetzige) Artikel 56 AEUV für ‚Fernleistungen‘ gilt, die ein Anbieter Dienstleistungsempfängern in anderen Mitgliedsstaaten gegenüber erbringt, ohne den Mitgliedsstaat zu verlassen, in dem er ansässig ist.⁵⁶

⁵² Würde ein Leistungsempfänger häufig Arbeiten nachfragen und wiederholt denselben Crowd-Beschäftigten beauftragen, dann könnte die Situation natürlich eine andere sein.

⁵³ Gemäß Risak (2014), S. 3: „Wegen des starken Einflusses der Crowdsourcing-Plattform auf diese Beziehungen ist es möglich, dieses Konstrukt als eine verdeckte Vertragsbeziehung zwischen dem Crowd-Beschäftigten und der Plattform einzustufen.“

⁵⁴ Urteil des EuGH vom 4. Februar 2010 in der Rechtssache *Genc*, C-14/09, EU:C:2010:57, Abs. 27 und 28.

⁵⁵ Siehe z. B. COM (2010) 373, S. 7.

⁵⁶ Urteil des EuGH vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, Abs. 15 und 20 bis 22. Fernabsatz - per Post, Telefon oder Internet - hat für den Anbieter bestimmte Pflichten (Verbraucherschutz) nach der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher zur Folge.

(b): Derzeit ist es unklar, *warum* unser polnischer Clickworker versuchen sollte, auf Artikel 45 zurückzugreifen. Er benötigt keine Aufenthaltsrechte,⁵⁷ wohingegen das Recht auf Gleichbehandlung mit einheimischen Arbeitnehmern in Bezug auf Vergütung und andere Arbeitsnormen so lange symbolisch bleibt, wie einheimische Crowd-Beschäftigte keinen festen Arbeitnehmerstatus besitzen. Wäre dies der Fall, dann könnte das Recht auf den gesetzlichen Mindestlohn in Deutschland sicherlich ein Auslöser für die Berufung auf Artikel 45 sein. In anderer Hinsicht würden die Ansprüche nach dem Arbeitsrecht mäßig bleiben, und Crowd-Beschäftigte würden vermutlich keinen Anspruch auf Sozialversicherung haben; in der Rechtssache *Megner und Scheffel* hielt der EuGH den Ausschluss von Personen in geringfügiger Beschäftigung aus der deutschen gesetzlichen Sozialversicherung aufrecht.⁵⁸ Derartige Maßstäbe sind auch in anderen Ländern üblich.

Nicht zuletzt würde der polnische Clickworker sich aus der Perspektive des anzuwendenden Rechts ähnlichen Problemen der Komplexität in Bezug auf die Anwendbarkeit des deutschen (und/oder) polnischen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts gegenüber sehen, abhängig von einer eingehenden Beurteilung seiner individuellen Situation,⁵⁹ wie wir sie bereits in Abschnitt 4-5 für die IKT-gestützten mobilen Grenzgänger untersucht haben. Anders als jene Arbeitnehmer, die nur einen Teil ihrer Arbeitszeit außerhalb der Räume ihres Arbeitgebers arbeiten, haben Crowd-Beschäftigte einen vollkommen virtualisierten Arbeitsplatz. Ich vermute, dass es in diesem Kontext schwierig sein wird, ein gemeinsames Interesse aller Beteiligten (Crowd-Beschäftigte, Plattform-Arbeitgeber und zuständiger Staat) zu finden, indem man eine Fiktion/Vermutung aufstellt, dass Crowd-Beschäftigte ihre Arbeit (virtuell) in dem Land verrichten, in dem die Plattform ansässig ist. Hier wäre eine umfassendere Untersuchung notwendig.

XI. Fragen zum Gerichtsstand

Wenn aus dem oben Gesagten eines klar wird, dann, dass viele Fragen in Bezug auf grenzüberschreitende Crowd-Beschäftigte unbeantwortet bleiben. Um also eine gewisse Orientierung zu erlangen, sollte unser polnischer Crowd-Beschäftigter ermutigt werden, sich vor Gericht auf den Artikel 45 AEUV zu berufen und sein Recht auf den gesetzlichen Mindestlohn nach deutschem Recht geltend zu machen. In diesem letzten Abschnitt betrachten wir einige der sich ergebenden Fragen zum Gerichtsstand.

⁵⁷ Abgesehen vielleicht von Rechten für Familienmitglieder von Drittstaatsangehörigen, wie diejenigen in der Rechtssache *Carpenter* (Az. C-60/00) Abs. 29: „die Berufstätigkeit von Herrn Carpenter [besteht] zu einem erheblichen Teil in der Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Anzeigenkunden. Solche Leistungen fallen sowohl dann unter den Begriff der Dienstleistungen ... wenn er die grenzüberschreitenden Leistungen erbringt, ohne aus dem Mitgliedstaat, in dem er wohnt, auszureisen.“

⁵⁸ Urteil des EuGH vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache *Megner und Scheffel*, C-444/93, EU:C:1995:442, Abs. 26, 27, 28. Interessanterweise bemerkt der EuGH in Abs. 20 dieses Urteils unter Bezugnahme auf das EuGH-Urteil vom 19. März 1964 in der Rechtssache *Hoekstra*, C-75/63, EU:C:1964:19, dass das Konzept des „Lohnempfängers oder gleichgestellten Arbeiters“ in der Verordnung 3/1958 (Vorgänger der Verordnung 883/04), sowie der Begriff ‚Arbeitnehmer‘ in den heutigen Artikeln 45 - 48, eine Gemeinschafts-Bedeutung hatte.

⁵⁹ In den meisten Fällen, wie auch in den USA, haben Crowd-Beschäftigte neben ihrer Arbeit in der Crowd einen (regulären) Vollzeit- oder Teilzeitjob.

Nach Artikel 21 der Verordnung 1215/2012 (Brüssel I *bis*)⁶⁰ kann der polnische Crowd-Beschäftigte die in Deutschland ansässige Plattform (a) vor den Gerichten des Mitgliedsstaates, in dem die Plattform eingetragen ist, oder (b) in einem anderen Mitgliedsstaat, nämlich (i) vor den Gerichten des Landes, in dem die Arbeit für gewöhnlich erbracht wird, oder (ii) falls kein Land der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung existiert, vor den Gerichten des Landes, in dem die Beauftragung erfolgt, verklagen. Da der polnische Crowd-Beschäftigte arbeitsrechtlichen Schutz nach deutschem Recht beansprucht, wäre es für ihn günstig, ein Verfahren vor einem deutschen Gericht anzustrengen. Die Option (a) (Sitzland des Beklagten) macht dies möglich.

Falls die Plattform die Zuständigkeit des deutschen Gerichts anfechten würde (zum Beispiel mit der Behauptung, unser polnischer Crowd-Beschäftigter sei ein selbständiger Auftragnehmer, der sich zur Ausführung des Auftrags auf der Basis einer Gerichtsstandsklausel bereit erklärt habe, nach der die Gerichte im US-Bundesstaat Delaware zuständig sind)⁶¹, wie würde das Gericht verfahren? Wir können uns das kürzliche Urteil in der Rechtssache *Holterman* ansehen, in dem der EuGH in dem umgekehrten Fall eines Beklagten urteilte, der geltend machte, ein Arbeitnehmer zu sein, wohingegen der Kläger auf der Grundlage der allgemeinen Gerichtsstandregeln für Verträge geklagt hatte.

Der Beklagte argumentierte (erfolgreich), dass der Arbeitnehmer-Abschnitt der Verordnung die Frage des Gerichtsstands auf vertraglicher Basis aussticht. In seiner Antwort auf die Frage, ob der Beklagte als Arbeitnehmer gemäß dem jetzigen Artikel 22 Brüssel I *bis* einzustufen sei, ergriff der EuGH die Gelegenheit zur Ausweitung seines in der Rechtssache *Lawrie-Blum* nach Artikel 45 AEUV entwickelten Arbeitnehmer-Konzepts.⁶² Oben in den Abschnitten 8 und 9 haben wir diese Definition betrachtet und darauf geschlossen, dass in Abhängigkeit von einer allgemeinen Beurteilung des Sachverhalts unser Crowd-Beschäftigter zumindest eine Chance haben könnte, als Arbeitnehmer eingestuft zu werden. Somit hat *Holterman* den Weg für einen Crowd-Arbeitnehmer-Fall geebnet.

⁶⁰ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

⁶¹ Falls die besonderen Gerichtsstandregeln für Arbeitnehmer Anwendung finden, würde eine solche Klausel nach Art. 23 Brüssel I *bis* nur dann Gültigkeit haben, wenn sie nach Entstehung der Streitigkeit eingegangen wurde. Nach den allgemeinen Regeln wäre die Gerichtsstandsklausel gültig.

⁶² Urteil des EuGH vom 10. September 2015 in der Rechtssache *Holterman*, C-47/14, EU:C:2015:574, Abs. 41.