

Professorin Dr. Eva Kocher, Frankfurt (Oder)*

Die Spinnen im Netz der Verträge – Geschäftsmodelle und Kardinalpflichten von Crowdsourcing-Plattformen

Das Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von zwei „Crowdsourcing“-Plattformen zeigt, dass die Rechtsbeziehungen digitaler Plattformen auch für das Vertragsrecht Herausforderungen mit sich bringen. Der Beitrag legt dar, dass das jeweilige Geschäftsmodell als Maßstab der AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB dienen kann und muss. Dabei entwickelt er eine Typologie für Plattformverträge, die eine differenzierte Vertragsauslegung, insbesondere im Hinblick auf die Haftung für Dritte und Erfüllungsgehilfen, erleichtert.

I. Digitale Plattformen als Gegenstand des Privatrechts

Digitale Plattformen sind Gegenstand rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Debatten. Das Bundeswirtschaftsministerium legte im März 2017 ein Weißbuch „Digitale Plattformen“ vor, das diese als Treiber der digitalen Entwicklung identifiziert.¹ Ein wissenschaftlicher Entwurf für eine EU-Richtlinie über digitale Plattformen liegt bereits vor.² Und die Europäische Kommission beschäftigt sich mit der Vorbereitung von Maßnahmen unter anderem in Bezug auf „Handelspraktiken in den Beziehungen zwischen Plattformen und Unternehmen“.³

Der Begriff „digitale Plattformen“ bezeichnet ein weites Feld; bisher wird vor allem über Vertriebsplattformen wie ebay und Amazon, über Vermietungsplattformen wie AirBnB, über Dating-Plattformen, soziale Netzwerke oder Crowdfunding-Plattformen gesprochen und geschrieben. Es geht dabei unter anderem um Fragen des Datenschutzes, des Urheberrechts, des Kartellrechts, um den Schutz von Persönlichkeitsrechten, des unlauteren Wettbewerbs oder um Verbraucherschutz; im Vertragsrecht interessiert man sich für Daten als Entgelt und Vertragsgegenstand.⁴ Es blieb jedoch bisher der arbeitsrechtlichen Debatte überlassen, sich mit Plattformen zu beschäftigen, die digitale Dienstleistungen für Unternehmen anbieten.⁵ Ein Beispiel hierfür sind die

Angebote der Firma Clickworker aus Essen.⁶ Sie organisiert für Zwecke des e-commerce die Kategorisierung von Produkten, die Erstellung von kurzen, für Suchmaschinen optimierten Texten mit Produktinformationen oder die Beschreibung von Bildern oder Videos. Das Besondere dabei ist: Diese Tätigkeiten werden durch eine „Crowd“ geleistet. Diese setzt sich aus Personen zusammen, die auf der digitalen Plattform registriert sind. Wer angemeldet (und nach Einschätzung der jeweiligen Plattform qualifiziert) ist, bekommt die Möglichkeit, gegen Mikro-Honorare eine Vielzahl von Kleinaufgaben/„tasks“ (wie zum Beispiel die Beschreibung von einzelnen Bildern) zu erledigen, die dann durch die Plattform zusammengeführt werden. Ähnlich arbeitet AppJobber, eine Plattform der „wer denkt was GmbH“ mit Sitz in Darmstadt. AppJobber bietet Firmen an, die Preise eigener Produkte oder der Konkurrenz direkt in Einzelhandelsläden beobachten zu lassen; auch die Regalplatzierung kann mit Hilfe von AppJobber vor Ort überprüft werden. Hierfür machen Mitglieder der Crowd, die auf der Plattform/App angemeldet sind, gegen Kleinsthonorare Handy-Fotos von Regalen im Einzelhandel.

Bereits in ihrer Frühzeit wurden diese Plattformen mit den Worten beschrieben: „The new pool of cheap labor: everyday people using their spare cycles to create content, solve problems, even do corporate R & D.“⁷ Es kann deshalb kaum verwundern, dass diese Geschäftsmodelle im Arbeitsrecht mit Interesse und Argwohn beobachtet werden. Solche „Crowdworking“-Plattformen gelten bei den Unternehmen, an die sie sich richten (die sogenannten „Crowdsourcer“), als eine Alternative des Personalmanagements. Die Mitglieder der Crowd (die auf Grundlage eines Rahmenvertrags bei der Plattform registriert sind) schließen für jeden einzelnen Mikroauftrag einen Vertrag ab. Gegenstände der arbeitsrechtlichen Debatte sind die Fragen, unter welchen Voraussetzungen hier von Scheinselbstständigkeit, also von Arbeitsverträgen ausgegangen werden muss, in welchen Fällen Arbeitnehmerähnlichkeit oder Heimarbeit vorliegt, wie die AGB zwischen Plattform und Crowdworkerinnen und Crowdworkern zu bewerten sind, ob das Heimarbeitsrecht ein geeignetes Regelungsvorbild liefert und ob die herkömmlichen arbeitsrechtlichen Konzepte hierfür überhaupt noch geeignete Begriffe bereitstellen.⁸

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches, Arbeitsrecht und Zivilverfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina. Der Text entstand im Kontext eines interdisziplinären Forschungsprojekts zum Crowdworking, das durch die Fritz Thyssen-Stiftung gefördert wird.

¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Weißbuch Digitale Plattformen, März 2017.

² Research group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, Journal for European Consumer and Market Law (EuCML) 2016, 164 ff.

³ Mitteilung „Ein vernetzter digitaler Binnenmarkt für alle“, COM (2017) 228 final, S. 10 ff. vgl. Mitteilung „Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt“, COM (2016) 288 final, S. 14 ff.

⁴ Siehe z. B. BMWi, Weißbuch (Fn. 1); Monopolkommission Sondergutachten 68 „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“, 2015; Europäische Kommission, COM(2017) 228 final (Fn. 3); Faust, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A für den 71. DJT, 2016; Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Digital Revolution, 2016; Specht JZ 2017, 763; Settler JZ 2017, 1036.

⁵ Eine Ausnahme macht die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. 6. 2017 zu einer Europäischen Agenda für die kollaborative Wirt-

schaft (2017/2003/INI), die auch Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt behandelt.

⁶ Sie bezeichnet sich in den AGB selbst als „clickworker“ und die bei ihr tätigen Crowdworker als „Clickworker“. Aus Gründen der besseren Verständlichkeit wird im Folgenden die Großschreibung jedoch für den Namen der Plattform selbst verwendet.

⁷ So das berühmte Zitat aus den Anfängen des Crowdworking: Howe, The Rise of Crowdsourcing, Wired Magazine 14 (2006), 1. Vgl. auch Meyer-Michaelis/Falter/Schäfer DB 2016, 2543: Crowdworking als „Möglichkeit von Fremdpersonaleinsatz“.

⁸ Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B für den 71. DJT, 2016, B 106 f.; Däubler/Klebe NZA 2015, 1032; Kocher/Hensel NZA 2016, 984; Wisskirchen/Schwindling ZESAR 2017, 318; BMAS, Weißbuch Arbeit 4.0, März 2017, S. 55 ff. Felstiner Berkeley J. Employment & Labor L. 2011, 143; Di Stefano Comp. Lab. L. & Policy J. 37 (2016), 1; Cherry Comp. Lab. L. & Policy J. 37 (2016), 577; Prassl/Risak Comp. Lab. Law & Policy J. 37 (2016), 619.

Zwischen den wirtschafts-/verbraucherrechtlichen und den arbeitsrechtlichen Debatten ist so aber eine Aufmerksamkeitslücke entstanden, zu deren Schließung dieser Text beitragen soll. Denn auch die Rechtsverhältnisse zwischen Crowdsourcing-Plattformen und ihren Auftraggeberinnen und Arbeitgebern, den Crowdsourcern, sind es wert, einer genaueren Analyse unterzogen zu werden.⁹

1. Geschäftsmodelle im Crowdsourcing/ Crowdsourcing

Crowdsourcing-/Crowdsourcing¹⁰-Plattformen werben für Dienstleistungen, die unmittelbar von den Crowdworkerinnen und Crowdworkern ausgeführt werden, die bei den Plattformen registriert sind. Diese „Crowd“ ist jeweils der wichtigste Wert dieser Firmen. Das Grünbuch des Bundeswirtschaftsministeriums definiert digitale Plattformen als „internetbasierte Foren für digitale Interaktion und Transaktion [...], die durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für Inhalte erzeugen.“¹¹ Diese Beschreibung erfasst in den hier vorgestellten Fällen nicht die ganze Geschichte. Denn die Crowdsourcing-Plattformen wählen nicht nur aus und fassen zusammen; sie koordinieren selbstständig die Wertschöpfungsbeiträge einer großen Zahl von Personen.¹²

Eine wichtige Aufgabe der Plattformen besteht zum Beispiel oft darin, die durch Crowdsourcing von Unternehmen erhaltenen Aufträge (die ein Volumen von mehreren zehntausend Euro haben können) in Mikroaufträge („Mikrotasks“) von jeweils unter einem Euro zu zerteilen, und diese Mikroaufträge nach selbst erstellten Vorgaben von der Crowd bearbeiten zu lassen, bevor sie nach einer Qualitätsprüfung zusammengesetzt und an die Auftraggeber übergeben werden. Zur Qualitätssicherung werden die registrierten Crowdworkerinnen und Crowdworker oft Tests unterzogen; sie erhalten zum Teil Hilfen für die Bearbeitung von Aufträgen (Bildungsmaßnahmen oder „Tutorials“) und/oder werden nach Qualifizierungsstufen oder Qualifikationsprofilen bewertet, nach denen sich die Vergabe von Aufgaben richtet.¹³

2. Vertragsstrukturen: Leistungskette oder Agentur

In der rechtswissenschaftlichen Debatte zu digitalen Plattformen wird zu Recht die Dreiseitigkeit der Rechtsverhältnisse betont;¹⁴ in den arbeitsrechtlichen Diskursen sind Dreieckskonstellationen seit langem ein Thema.¹⁵ Bei der Vielzahl an Verträgen, die hier abgeschlossen werden, ließe sich hier auch von einem „Netzwerk“ von Verträgen sprechen,¹⁶

das so geknüpft ist, dass die Verträge nur im Verbund den von allen Beteiligten gewünschten Erfolg gewährleisten. Ein solches Netzwerk lässt sich vertraglich ganz unterschiedlich gestalten. Im Folgenden soll analysiert werden, inwieweit Unterschiede in der vertraglichen Gestaltung bei grundsätzlich vergleichbaren Geschäftsmodellen zu Unterschieden in der Risikoverteilung zwischen den Parteien führen können.

In der Vertragsgestaltung finden wir zwei Grundmodelle. Im einen Modell, praktiziert zum Beispiel von Clickworker, werden zwei getrennte AGB-Vertragswerke verwendet, eins für die Verträge der Plattform mit den Crowdworkerinnen und Crowdworkern und ein AGB-Werk für die Verträge der Plattform mit den Auftraggeberinnen und Auftraggebern. Die AGB für Auftraggeber sagen deutlich: „Vertragsverhältnisse zwischen den Auftraggebern und den Clickworkern¹⁷ von clickworker kommen nicht zustande.“ Als Beispiel für das zweite Modell seien die AGB der Firma AppJobber genannt. Diese Plattform schließt ebenfalls sowohl für Crowdwork als auch für Crowdsourcing Verträge ab. Für alle verwendet AppJobber aber dieselben „Nutzungsbedingungen“. Nutzerinnen und Nutzer können danach – als „Auftraggeber“ – Aufträge für Kleinstdienstleistungen auf der Plattform „platzieren“; mit Annahme des „Auftragsangebots“ durch einen anderen Nutzer (Crowdworker/in) kommt ein Vertrag zwischen den Nutzerinnen und Nutzern zustande, bei dem die Plattform nicht Partei ist.¹⁸

Das letztgenannte Modell orientiert sich an den Vertragsgestaltungen von Vertriebsplattformen und sozialen Netzwerken. Manche reservieren den Begriff „Plattformvertrag“ für diese Konstellation des sogenannten Marktplatzes.¹⁹ Sie lassen dabei außer Acht, dass dem erstgenannten Modell ein wirtschaftlich vergleichbares Geschäftsmodell zugrunde liegt. Aus demselben Grund bringen auch die Begriffe „indirektes“ und „direktes“ Crowdsourcing²⁰ die Gefahr von Missverständnissen mit sich: Sie enthalten implizite Annahmen darüber, wo der maßgebliche Leistungsaustausch zu suchen sei. Ich schlage deshalb die Begriffe „Leistungskette“ (für das erste Modell) und „Agentur“ (für das zweite Modell) vor.

II. Das Rechtsverhältnis des Crowdsourcing

Bei der Bewertung des Rechtsverhältnisses zwischen Plattform und auftraggebenden Unternehmen geht es vor allem um die vertragliche Risikoverteilung. Diese wird im Folgenden nicht in allen Aspekten und Details untersucht. Stattdessen dienen die vertraglichen Haftungsregelungen in zwei exemplarischen AGB-Werken als Ausgangspunkt, um mit Hilfe des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine Suche nach den beiderseits vereinbarten Hauptleistungspflichten zu unternehmen. Dabei wird herausgearbeitet, was Maßstab dieser AGB-Kontrolle sein kann, und welche Vertragstypologie bei der Bewertung behilflich sein kann.

⁹ Die beiden hier beispielhaft zu Rate gezogenen AGB-Werke wurden im Jahre 2012 verfasst.

¹⁰ Soweit es im Folgenden um das Verhältnis zwischen Plattformen und auftraggebenden Unternehmen geht, wird der Begriff des „Crowdsourcing“ verwandt.

¹¹ BMWi, Weißbuch (Fn. 1).

¹² Siehe auch die Beschreibung von Risak, in: Risak/Lutz (Hrsg.), Arbeit in der Gig-Economy, 2017, Kap. 3.

¹³ Genauer Hensel/Koch/Kocher/Schwarz Industrielle Beziehungen 23 (2016), 162 ff.; Schönefeld/Hensel/Koch/Kocher/Schwarz, Jobs für die Crowds, 2017 (<https://www.arbeit-grenze-fluss.de/Vol.1>).

¹⁴ Uffmann JZ 2016, 928 ff. Research group (Fn. 2).

¹⁵ Z. B. Temming, Der vertragsbeherrschende Dritte, 2015; Krüger, Arbeitgeberähnliche Pflichten des Dritten in arbeitsrechtlichen Dreieckskonstellationen, 2017.

¹⁶ Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; Grundmann AcP 207 (2007), 718; vgl. auch Wendehorst NJW 2016, 2609 (2610); siehe dazu weiter unten IV. bei Fn. 99 ff.

¹⁷ Zu diesen Begriffen siehe oben Fn. 6.

¹⁸ Für ein anderes Modell siehe Hütte MMR 2014, 795; Beschreibung der Aufgabe (Challenge) als invitatio ad offerendum; genauso Meyer-Michaelis/Falter/Schäfer DB 2016, 2543; Wisskirchen/Schwinding ZESAR 2017, 318 (322).

¹⁹ Conrad/Hertneck, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 20 Rn. 5 f.

²⁰ Hütte MMR 2014, 795.

1. Ein erster Blick in die AGB

a) Die Suche nach den Kardinalpflichten der Plattform

Für die Bewertung des Rechtsverhältnisses zwischen Crowdsourcer/Auftraggeber und Plattform ist zunächst die vertragliche Vereinbarung maßgeblich. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterscheiden sich bei den Modellen „Leistungskette“ und „Agentur“ in wesentlichen Punkten:

AppJobber verwendet in seinem Agenturmodell den Begriff der „Nutzer“ für Crowdsourcer und Crowdworker gleichermaßen und deutet damit an, dass als Leistung die Plattformnutzung angeboten werden soll; in der Präambel findet sich auch die Selbstbezeichnung „digitaler Marktplatz für Kleinst-Dienstleistungen aller Art“. Allerdings erklärt sich AppJobber nicht bereit, die Verantwortung für das Funktionieren der Plattform zu übernehmen: So heißt es unter § 1 Abs. 3 der AppJobber-AGB, dass „keinerlei Garantien für die Verfügbarkeit oder die Art und Weise der Ausgestaltung der AppJobber-Plattform und der AppJobber-App zur Eignung für einen bestimmten Zweck“ übernommen werden – eine Klausel, die unter der Überschrift „Gültigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ mindestens als überraschend i.S. des § 305c Abs. 1 BGB anzusehen ist, jedenfalls aber die Frage aufwirft, ob die Plattformnutzung wirklich als Hauptleistung angeboten werden soll.

Auch die AGB für Auftraggeber von Clickworker verwenden den Begriff des „Nutzungsverhältnisses“; laut Leistungsbeschreibung (§ 2 der AGB) stellt Clickworker „die technische Plattform für das Betreiben eines Marktplatzes zur Verfügung“. Allerdings weist Clickworker gleichzeitig darauf hin, dass Vertragsverhältnisse zwischen den Nutzern nicht zustande kommen, was dem Verständnis eines Marktplatzes widerspricht. Aber auch für andere mögliche Leistungen – Erbringung von Werkleistungen oder Diensten für den e-commerce – wird keine Haftung übernommen.²¹ Clickworker behält sich nach § 4.4 lediglich vor, Auftragsbeschreibungen erneut in die Plattform einzustellen, wenn Arbeitsergebnisse unbrauchbar waren.

Gleichzeitig enthalten beide AGB-Werke Klauseln, die dem Verbot der Aushöhlung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB)²² Rechnung tragen sollen: Clickworker übernimmt nach § 5.1 seiner AGB die vollständige Haftung „für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten“; AppJobber gewährleistet nach § 8 Abs. 5 seiner AGB die Haftung „in Höhe des typischen, vorhersehbaren Schadens“ im Falle der „Verletzung einer wesentlichen Pflicht [...], deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung die Nutzer vertrauen durften („Kardinalpflicht“)“. Angesichts der erwähnten gleichzeitigen Haftungsausschlüsse bleibt die Reichweite dieser Klauseln unklar.

b) Eine Frage der Transparenz

Dem Transparenzgebot dürften die AGB-Werke mit dieser Unklarheit hinsichtlich der Kardinalpflichten schwerlich ge-

nügen – jedenfalls wenn man die Rechtsprechung des *BGH* zugrunde legt:

Bei Clickworker scheidet die Transparenz schon daran, dass lediglich ein allgemeiner Vorbehalt für Fälle der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten gemacht wird, ohne dass differenziert wird zwischen Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglichen, und Neben(Leistungs-)Pflichten, die für die praktische Vertragsdurchführung wichtig sind. Für den Verständnishorizont durchschnittlicher Kfz-Vertragshändler und juristischer Laien hatte dem *BGH* dies in der Vergangenheit nicht ausgereicht.²³ Bei AppJobber hat man zwar den Vorschlag des *BGH* aufgenommen, den Begriff der Kardinalpflicht abstrakt zu differenzieren. Man hat aber darauf verzichtet, Beispiele zu nennen, „um den Kunden so die Möglichkeit zu eröffnen, eine Begriffsvorstellung zu entwickeln“.²⁴ Angesichts der im Zusammenspiel von Leistungsbeschreibung und Haftungsausschlüssen verbleibenden Unklarheiten schiene dies hier jedoch erforderlich.²⁵

Die AGB-Bestimmungen über die Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten verstoßen deshalb in beiden Fällen gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

2. Maßstab der AGB-Inhaltskontrolle

Es sind aber nicht nur die Kundinnen und Kunden, die eine Vorstellung davon benötigen, für welches Leistungsangebot die Plattform sich rechtlich einzustehen bereit erklärt. Auch die Rechtsanwendung bedarf eines Maßstabs, mit dessen Hilfe etwaige Haftungsausschlüsse der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB unterzogen werden können.

Die Bestimmung der „Kardinalpflichten“ erfüllt dabei die Funktion, einen Maßstab für die Inhaltskontrolle i.S. des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu liefern²⁶ und damit unter anderem Vorgaben für die Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen zu definieren.²⁷ Eine Grenze der Zulässigkeit ist allgemein dort zu ziehen, wo eine Klausel den AGB-Verwender „derart frei von Konsequenzen stellt, dass für ihn kein hinreichender Anreiz mehr besteht, sich mit der gebotenen Sorgfalt um vertragsgemäße Leistung zu bemühen“.²⁸ Daraus ergibt sich zunächst mindestens, dass auch im Verhältnis zu Unternehmern AGB-Klauseln, die die Haftung für grobes Verschulden ausschließen, unwirksam sind (vgl. § 309 Nr. 7b BGB für Verbraucherverträge).²⁹ In Bezug auf die Kardinalpflichten bedeutet dies für den Regelfall meist auch, dass ein Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit unzulässig sein wird, soweit vorhersehbare, vertragstypische

²³ *BGHZ* 164, 11 für einen Vertragshändlervertrag der Kfz-Branche; kritisch dazu *Kappus NJW* 2006, 15.

²⁴ So die Anforderung des *BGH NJW* 2016, 2101 ff für einen Verbrauchervertrag (über Gasbelieferung).

²⁵ Siehe auch die Vorschläge für eine Konkretisierung der Transparenzanforderungen an Plattformen: Research group (Fn. 2) sowie unten III. bei Fn. 90 ff.

²⁶ *Renner AcP* 213 (2013), 678 (681 ff.); *Wurmnest*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 22), § 307 Rn. 70; *Stadler*, in: *Jauernig* (Hrsg.), *BGB*, 16. Aufl. 2015, § 307 Rn. 12; vgl. auch die Kritik am Begriff „Kardinalpflichten“ bei *Coester*, in: *Staudinger*, *BGB*, Neubearb. 2013, § 307 Rn. 275 f.

²⁷ Vgl. *Tettinger AcP* 205 (2005), 1 (insbes. 13 ff., 33 ff.). Genauer siehe unten II.3.d.

²⁸ *Tettinger AcP* 205 (2005), 1 ff., insbesondere 13 ff., 33 ff.

²⁹ *BGHZ* 90, 273 (278 f.); 174, 1 („indiziert“); *BGHZ* 90, 273; *Graf v. Westphalen NJW* 2017, 2237 (2244); *Schulte-Nölke*, in: *Schulze* (Hrsg.), *HK-BGB*, 9. Aufl. 2017, § 307 Rn. 3; „Ausstrahlung der §§ 308, 309 BGB auf AGB zwischen Unternehmen: *Wurmnest*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 22), § 307 Rn. 78 f.

²¹ § 8 Abs. 1 der AGB von AppJobber: keine Haftung für Inhalt und Qualität der Auftragsbefreiung oder für Schäden, die daraus entstehen; keine Garantie dafür, dass die Aufträge „abgearbeitet“ werden; § 5.4: keine Haftung für die Richtigkeit, Qualität, Vollständigkeit, Verlässlichkeit, Art und Güte oder Glaubwürdigkeit der von den Crowdworkern eingestellten Inhalte.

²² Für die st. Rspr. seit *BGH NJW* 1956, 1055 f.; siehe z. B. *Wurmnest*, in: *MünchKommBGB*, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 70 ff.

Schäden betroffen sind;³⁰ dies gilt auch für die Freizeichnung hinsichtlich der Haftung für Erfüllungsgehilfen.³¹

Im Folgenden sollen deshalb die Kardinalpflichten der Crowdsourcing-Plattformen gegenüber den Crowdsourcern genauer bestimmt werden. Mangels hinreichend klarer Bestimmung im Vertragstext wird dabei zunächst geprüft, was Grundlage einer solchen Bestimmung von Vertragsgegenstand und -zweck sein kann.

a) Die Bedeutung der „Leistungsbeschreibung“

Ausgangspunkt der Prüfung ist die Leistungsbeschreibung im Vertragstext. Bei Leistungsbeschreibungen (die nach § 307 Abs. 3 BGB nur auf Transparenz überprüft werden können³²) handelt es sich um Klauseln, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, sind hingegen inhaltlich zu kontrollieren. Der Inhaltskontrolle entzogen ist also nur die Beschreibung des „Kerns“ der Leistungspflicht, das heißt „der enge Bereich der Leistungsbeschreibung, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann“³³ – derjenige Teil des Vertrags, bei dessen Festlegung davon ausgegangen kann, dass Marktmechanismen uneingeschränkt funktionieren.³⁴

Eine Haftungsbeschränkung oder Leistungseinschränkung kann jedenfalls nicht zu Hilfe genommen werden, um die Leistungspflicht zu bestimmen; denn diese würde dann über § 307 Abs. 2 BGB zum Maßstab für die Inhaltskontrolle der Haftungsbeschränkung oder Leistungseinschränkung – eine zirkuläre Prüfung. Solche mittelbaren Haftungsbeschränkungen unterliegen deshalb ebenfalls der Inhaltskontrolle.³⁵ Dies ergibt sich auch aus dem Umgehungsverbot des § 306a BGB.³⁶ Der Vertragstext hilft also vorliegend bei der Bestimmung der Kardinalpflichten nicht weiter.

b) Die Beherrschbarkeit tatsächlicher Risiken als Maßstab für die AGB-Kontrolle

In einem solchen Fall kann die Verteilung der Risikosphären und Gefahrenbereiche der Vertragsparteien ein wichtiger Maßstab sein, um Gegenstand und Zweck eines Vertrags angemessen zu bestimmen. So geht die Rechtsprechung insbesondere bei atypischen Verträgen vor. Als Beispiel sei auf die Rechtsprechung zum Finanzierungs-Leasingvertrag verwiesen. Dort wird die Gewährleistung typischerweise formularmäßig so ausgestaltet, dass der Leasinggeber sich von der Anwendung der mietrechtlichen Gewährleistungspflicht

freizeichnet und zum Ausgleich dafür dem Leasingnehmer diejenigen kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte abtritt, die ihm selbst gegen den Hersteller bzw. Lieferanten zustehen. Der BGH hat dies im Grundsatz akzeptiert, also implizit angenommen, dass damit keine Kardinalpflichten ausgehöhlt würden: Diese Ausgestaltung entspreche dem Vertragszweck.³⁷ Als wesentliches Argument verwies er darauf, dass es tatsächlich typischerweise der Leasingnehmer sei, der nach seinen Vorstellungen die benötigte Ware beim Hersteller bzw. Händler aussuche. Er erörtere mit diesem den Verwendungszweck und lege ihn fest; er könne daher in erster Linie, jedenfalls aber besser als der zumeist erst später eingeschaltete Leasinggeber, beurteilen, ob die ihm übergebene Sache gebrauchstauglich ist, dem besonderen Vertragszweck entspricht und ein etwaiger Mangel so gewichtig ist, dass er eine Rückabwicklung des Kaufvertrages geboten erscheinen lässt. Diese typische Interessenlage war dann für den BGH Maßstab der AGB-Inhaltskontrolle.³⁸

Ähnliche Kriterien helfen bei Beantwortung der Frage, ob eine Vertragspartei ausnahmsweise für bestimmte Pflichten das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip abbedingen kann. Dies hat der BGH in der Vergangenheit wegen höher-rangiger Interessen des AGB-Verwenders akzeptiert, falls dieser das jeweilige Risiko nicht hinreichend beherrschen konnte³⁹ – oder wenn umgekehrt die andere Vertragspartei ausreichende Möglichkeiten der Risikokontrolle hatte.⁴⁰ Bei der Frage der Beherrschbarkeit wirtschaftlicher und anderer tatsächlicher Risiken kann im Einzelfall auch die Versicherbarkeit des Risikos berücksichtigt werden.⁴¹

c) „Der objektive Gehalt des Vertragsverhältnisses“

aa) Die BGH-Entscheidung „VPS Video Partner Service“

Die Frage, wonach sich Gegenstand und Zweck eines Plattformvertrags bestimmen, stellte sich auch dem BGH bereits. Damals ging es um den „VPS Video Partner Service“ – ein Portal, auf dem Nutzerinnen und Nutzer Lebenspartnerinnen und Lebenspartner suchten. Die Plattform schloss mit allen Nutzern „Werkverträge über Videoarbeiten“ ab. Die Leistungen und entsprechend das Entgelt in Höhe von insgesamt 4750 Euro waren aufgeschlüsselt in Vorgespräch (25 %), Herstellung des Interviews (50 %) und Eingliederung des Interviews in die Videobibliothek (25 %). Bei einer Kündigung des Vertrags wollte die Plattform dementsprechend nichts zurückzahlen; sie meinte, die versprochenen Leistungen bereits vollständig erbracht zu haben. Dem widersprach der BGH: Für die rechtliche Einordnung sei „der objektive Gehalt des gesamten jeweiligen Vertragsverhältnisses“ bestimmend. Und dieser richte sich nach Sinn

30 BGH NJW 2001, 292.

31 BGH v. 13. 3. 1956 – I ZR 132/54 = NJW 1956, 1055 f. BGH NJW-RR 1998, 1426; BGH NJW 1999, 1031; vgl. auch Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB-Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 307 Rn. 95.

32 Siehe z. B. Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 31), § 307 Rn. 56.

33 BGHZ 141, 137 für die AGB einer privaten Arbeitslosenversicherung. Zur st. Rspr. siehe Thüsing, in: Graf von Westphalen (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. EL Mai 2017, Leistungsbeschreibungen, Rn. 1, Rn. 7 f.; Schulte-Nölke, in: HK-BGB (Fn. 29), § 307 Rn. 5.

34 Schulte-Nölke, in: HK-BGB (Fn. 29), § 307 Rn. 5; Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, D. Rn. 1008 f.

35 Schulte-Nölke, in: HK-BGB (Fn. 29), § 307 Rn. 8; Redeker (Fn. 34), D. Rn. 1008 f.; für Plattformverträge vgl. Uffmann JZ 2016, 928 (934); z. B. BGH ZIP 1996, 1347: Eine „Pay when paid“-Klausel kann einen typischen Dienstvertrag weder zu einem Werkvertrag noch zu einem Vertrag mit erfolgsbezogener Dienstverpflichtung machen. Vgl. auch BGH NJW 2013, 856: Der Begriff der Leistung unterliege nicht der Disposition eines AGB-Verwenders.

36 Siehe auch zur Anwendung des (heutigen) § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB auf haftungseinschränkende Beschaffenheitsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf Schinkels ZGS 2003, 310.

37 Vgl. Renner AcP 213 (2013), 678 (696 ff.).

38 BGHZ 81, 298; Graf v. Westphalen, in: ders. (Fn. 33), Rn. 148; Wurmnest, in: MünchKommBGB (Fn. 22), § 307 Rn. 101 ff.; Rn. 48 f. mit weiteren Beispielen einer AGB-Kontrolle anhand der Maßstäbe von Risiko- und Gefahrensphären; dazu auch BGH NJW 1985, 2693 (2694) (Bierlieferungsvertrag); BGHZ 74, 370 (zum Weiterverwendungsrisiko beim Kaufvertrag). Zum Ganzen Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 31), § 307 Rn. 36 ff. Coester, in: Staudinger (Fn. 26), § 307 Rn. 272.

39 Vgl. BGHZ 114, 238 (Risiko für Kreditkartenmissbrauch); BGHZ 74, 383 (Gebrauchtwagenhandel).

40 BGHZ 103, 316 (Wertwerkvertrag in Bezug auf die Überwachung und Haftung für Erfüllungsgehilfen).

41 BGHZ 103, 316 (Versicherbarkeit durch Auftragnehmer); 149, 89 (mietvertraglicher Haftungsausschluss – fehlende Versicherbarkeit für Mieter); für eine ökonomische Begründung siehe Wurmnest, in: Münch-KommBGB (Fn. 22), § 307 Rn. 42, Rn. 45 f.; Schulte-Nölke, in: HK-BGB (Fn. 29), § 307 Rn. 14.

und Zweck des Geschäftsmodells und dem Erwartungshorizont der Kundinnen und Kunden.⁴²

Für die AGB-Kontrolle wurde es als entscheidend angesehen, dass die Kundinnen und Kunden legitimerweise erwarten durften, dass ihr Profil und ihr Video zeitlich unbegrenzt in das Videoportal eingestellt waren und sie am Einladungssystem teilnehmen konnten. Angesichts dessen sei die Tatsache unbeachtlich, dass das Unternehmen versuche, „das einheitliche Rechtsverhältnis [...] künstlich in zwei getrennte Teile aufzuspalten, um hierdurch letztlich ihren Kunden den AGB-rechtlichen Schutz zu entziehen“.⁴³ Überzeugt dieser Ansatz dogmatisch?

bb) Falsa demonstratio?

Man könnte zunächst meinen, dass es hier um nichts Anderes als um die Umsetzung eines allgemeinen rechtsgeschäftlichen Prinzips gehe, nämlich um eine Auslegung des Vertrags nach dem „wirklichen Willen“ (§ 133 BGB), die auf eine „falsa demonstratio“ keine Rücksicht nimmt. In diese Richtung wird zum Teil auch die jetzt in § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB kodifizierte arbeitsrechtliche Norm interpretiert,⁴⁴ die ebenfalls den Vertragstext für unbeachtlich erklärt, wenn „die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses“ zeigt, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt. Das BAG, dessen Rechtsprechung hier kodifiziert werden sollte, hatte hierzu zwar vereinzelt beiläufig bemerkt, so werde der „wirkliche Wille der Vertragsparteien“ ermittelt, denn „aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen [lassen sich] am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben“. Das BAG bezog sich zur dogmatischen Begründung dieses Satzes allerdings zutreffend nicht auf Grundsätze der Vertragsauslegung, sondern auf ein Umgehungsverbot: „Die Vertragschriften [...] nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen.“⁴⁵

Auch im VPS-Fall ging es nicht um eine falsa demonstratio im eigentlichen Sinn; das Problem war nicht, dass die Parteien mit der Willenserklärung etwas Anderes gemeint hatten, als in der Erklärung Ausdruck gefunden hatte, oder dass dies missverständlich gewesen wäre.⁴⁶ Hier ging es nicht um ein Problem des Auseinanderfallens von Wille und Erklärung,⁴⁷ sondern um eine Konstellation der (beiderseits) absichtlichen Falschbezeichnung⁴⁸ und der Umgehung zwingenden Rechts.

cc) Ein Anwendungsfall des Umgehungsverbots im Kontext zwingenden Rechts

Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft so konstruiert wird, dass eine bestimmte (zwingende) Rechtsfolge vermieden wird – und an ihrer Stelle andere Rechtsfolgen angestrebt werden.⁴⁹ Typische Ausweichgestaltungen sind die Aufspaltung von Leistungen (oder von Vorträgen)⁵⁰ oder die Verschleierung der Art eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts durch Vereinbarung anderer vertragstypischer Leistungen⁵¹ oder die unrichtige Bezeichnung des Geschäftstyps.⁵² In einem solchen Fall ist das umgangene Recht anzuwenden.⁵³ § 306a BGB regelt einen speziellen Anwendungsfall dieses allgemeinen Grundsatzes für Fälle, in denen die AGB-Kontrolle umgangen wird. Dem BGH ist deshalb in der Wahl des Rechtsmaßstabs zuzustimmen, mit der er im Fall „VPS Video Partner“ auf das – im Vertragstext nicht korrekt abgebildete – zugrundeliegende Geschäftsmodell zurückgriff: Die Vertragsgestaltung stelle eine nach § 306a BGB unzulässige Umgehung der Inhaltskontrolle dar. „Insoweit steht der Begriff der (Haupt-)Leistung [...] nicht zur Disposition des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“⁵⁴

Für die Frage, wie der Vertragstyp in Ermangelung geeigneter vertraglicher Regelungen zu bestimmen ist, ergibt sich aus dem Umgehungsverbot der Grundsatz, auf „die ‚normale‘, d. h. nahe liegende Gestaltung“⁵⁵ oder, genauer, auf den gewünschten wirtschaftlichen oder sonstigen tatsächlichen Erfolg⁵⁶ abzustellen. Mit dieser Einordnung nähert man sich auch einem angemessenen Verständnis des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB. Diese Regelung führt – im Einklang mit völkerrechtlichen Empfehlungen⁵⁷ – zu einem „Vorrang der Tatsachen“⁵⁸ bzw. einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“⁵⁹: Für die Einordnung eines Rechtsverhältnisses kommt es nicht auf die Bezeichnung im Vertrag, sondern auf die tatsächliche organisatorische Gestaltung an. Die Norm begründet sich mit der Unabdingbarkeit der Arbeitnehmereigenschaft – und sie verlangt, dass aus der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses Rückschlüsse nicht auf das rechtsgeschäftlich, sondern auf das wirtschaftlich bzw. organisatorisch „wirklich Gewollte“⁶⁰ gezogen werden.

Allerdings: Wir haben es hier mit zwei unterschiedlichen Maßstäben zu tun, nach denen eine Umgehung festgestellt wird: Mit dem Begriff der „tatsächlichen Durchführung“ stellt § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB vor allem auf das nachver-

⁴² BGH NJW 2010, 150 (Video-Partnerportal); Anm. Artz ZGS 2010, 21 (22).

⁴³ BGH NJW 2010, 150 (Video-Partnerportal).

⁴⁴ Jousen, in: BeckOK-ArbR, 46. Aufl. v. 1. 12. 2017, § 611a BGB Rn. 32; Riesenhuber JuS 2018, 103 (107).

⁴⁵ BAG NZA 2013, 1348 ff.; BAG NZA-RR 2012, 455; so auch Wank AuR 2017, 140 (150); Deimert RdA 2017, 65 (67 f.); Benecke RdA 2016, 65 (67 f.); Preis, in: ErFK zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 611a BGB Rn. 23 ff. Richardi/Fischinger, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2016, § 611 Rn. 69 ff. (Rn. 70: Falschbezeichnung als Ausnahmefall); Singer, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2017, § 117 Rn. 13. Zur Einordnung dessen, was mit dem „wirklich Gewollten“ gemeint ist, siehe unten Fn. 60.

⁴⁶ Für eine solche Konstellation siehe z. B. BGH NJW 2015, 1009 ff. (ebay).

⁴⁷ Zur Aussagekraft des Spruchs „falsa demonstratio non nocet“ vgl. auch Busch, in: MünchKommBGB, Bd 1, 7. Aufl. 2015, § 133 Rn. 14; Singer, in: Staudinger (Fn. 45), § 133 Rn. 13 (Rn. 14 für AGB); kritisch Wieling AcP 172 (1972), 298; Mittelstädt ZIPW 3 (2017), 175 (197 ff.: bloße Beweisregel); im Ergebnis ähnlich Greiner AcP 217 (2017), 492 (529).

⁴⁸ BGH NJW 1993, 2609; Armbrüster, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 117 Rn. 15 und 19.

⁴⁹ Dies unterscheidet das Umgehungsgeschäft vom Scheingeschäft: Singer, in: Staudinger (Fn. 45), § 117 Rn. 10, Rn. 17; Armbrüster, in: MünchKommBGB (Fn. 48), § 117 Rn. 114; Wendtland, in: BeckOK-BGB, 43. Aufl. v. 15. 6. 2017, § 117 Rn. 16.

⁵⁰ So schon in RG JW 1913, 639 (statt eines Vertrags über gekühlten Lagerraum wurden Verträge über Raummiete und über die Herbeischaffung kalter Luft geschlossen); für ein weiteres, aktuelles Beispiel vgl. Ilion BB 2017, 847.

⁵¹ Sieker, Umgehungsgeschäfte. Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung, 2001, S. 46 ff.

⁵² Singer, in: Staudinger (Fn. 45), § 117 Rn. 13.

⁵³ Sieker (Fn. 51), S. 10 ff.

⁵⁴ Die Inhaltskontrolle selbst vollzog der BGH dann eher implizit, indem er darauf abstellte, ob der Formularvertrag „in fundamentaler Weise“ der Risikoverteilung der §§ 627, 628 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB widerspreche.

⁵⁵ Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 31), § 306a Rn. 2 ff.

⁵⁶ Vgl. Armbrüster, in: MünchKommBGB (Fn. 48), § 117 Rn. 114.

⁵⁷ ILO (International Labour Organisation), Empfehlung 198 von 2006 betreffend das Arbeitsverhältnis.

⁵⁸ So der Begriff von Waas, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 2012.

⁵⁹ Kocher, in: Möslin (Hrsg.), Private Macht, 2015, S. 241 (275 ff.).

⁶⁰ Vgl. oben Fn. 45.

tragliche Verhalten in der Durchführung des konkreten Vertrags ab. Der *BGH* hingegen orientiert sich in der VPS-Entscheidung mit dem Begriff des Erwartungshorizonts der Kundinnen und Kunden am (vorvertraglichen) Auftreten auf dem Markt. Die unterschiedlichen Herangehensweisen haben mit den unterschiedlichen Gegenständen dieser Verträge zu tun: Im Arbeitsrecht geht es um die Frage, ob eine konkrete Person Teil einer Organisation werden sollte; diese Frage lässt sich nur mit Blick auf die tatsächlichen Hierarchien innerhalb der Organisation beantworten.⁶¹ Bei der AGB-Kontrolle im Wirtschafts- und Verbraucherrecht geht es hingegen um die Frage, welche Leistungen der Markt nach dem Geschäftsmodell eines Unternehmens legitimerweise erwarten durfte; diese Frage lässt sich nur mit Blick auf das marktbezogene Auftreten beantworten.

d) Das Geschäftsmodell als Maßstab der AGB-Kontrolle

Dem *BGH* ist es in der VPS-Entscheidung also gelungen, die allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung der Kardinalpflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und zur Anwendung des Umgehungsverbots (§ 306a BGB) zu konkretisieren.⁶² Auch für die AGB-Kontrolle in Bezug auf andere digitale Plattformen sind diese Ansatzpunkte geeignet.⁶³ Die „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist demnach im Hinblick auf tatsächliche relationale Verhaltenserwartungen der Parteien und unter Berücksichtigung der sozialen Erwartungen in einem bestimmten Marktsegment zu konkretisieren;⁶⁴ Grundlage für deren Bewertung sind maßgeblich die Beherrschbarkeit tatsächlicher Risiken und das auf dem Markt beworbene Geschäftsmodell.

3. Plattformen zwischen Vermittlung und Leistungserbringung

a) Die Geschäftsmodelle von Crowdsourcing-Plattformen

Nach diesen Grundsätzen sind das Geschäftsmodell bzw. der diesem entsprechende Erwartungshorizont der (gewerblichen) Kundinnen und Kunden, an die sich der Marktauftritt der Crowdsourcing-Plattformen richtet, entscheidend für die Bestimmung der Hauptleistungspflichten. Für diese Geschäftsmodelle sind zwei Aspekte wesentlich:⁶⁵

(1) Den Kundinnen und Kunden kommt es auf die Erbringung einer bestimmten tatsächlichen (Dienst-)Leistung an. Ihnen ist bewusst, dass diese Leistungen durch eine „Crowd“ erbracht werden, zu der sie selbst keinen unmittelbaren Zugang haben oder bekommen sollen. Die hier relevanten Dienstleistungen können je nach Auftrag im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen erbracht werden. In den beiden hier behandelten Fällen (Clickworker und AppJobber) läge eine werkvertragliche Gestaltung nahe, wollte man einen Vertragspartner zur Erbringung dieser Leistungen verpflichten. Es steht allerdings zwischen allen Beteiligten fest, dass nicht die Plattform selbst die Werke erstellt, sondern dass dies durch deren Crowd erfolgen soll.

(2) Der Geschäftswert einer Plattform bestimmt sich nach dem Wert der Crowd, das heißt dem Personenkreis, zu dem (allein) die Plattform Zugang hat und aus dem nach bestimmten Mechanismen die Personen bestimmt, ausgewählt oder zugeordnet werden, die letztlich die erwünschte Leistung erbringen. Die Plattformen übernehmen dabei in aller Regel eine Qualitätssicherung in Bezug auf die Dienstleistung; damit werben sie auch. Die Qualitätssicherung findet i. d. Regel mittelbar statt, zum Beispiel dadurch, dass die Crowdworkerinnen und Crowdworker eingewiesen und angeleitet bzw. ihre Aufgaben durch ein ausführliches „Briefing“ beschrieben werden, dass ihre Qualifikation geprüft wird, Qualifizierungsmaßnahmen verlangt oder Tutorials erstellt bzw. Feedbackmechanismen wie Reputationssysteme, Rankings u. ä. etabliert werden.⁶⁶

Die entscheidende Frage bei der Bestimmung des Vertragstyps lautet also, welche Pflichten in Bezug auf die Crowd und deren Leistungen durch die Plattformen übernommen werden: Sind die Plattformen „Intermediäre“ im wirtschaftsrechtlichen Sinne, die insofern „privilegiert“⁶⁷ sind, als sie regelmäßig nicht nach § 278 BGB für die Qualität dieser Leistungen haften oder jedenfalls diese Haftung abbedingen können? Die Frage deckt sich weitgehend mit der Frage nach den übernommenen Hauptpflichten: Die Anwendung und Abdingbarkeit des § 278 BGB hängt davon ab, welche Leistung die Plattform gegenüber dem Crowdsourcer versprochen hat.

b) Typologie von Verträgen mit digitalen Plattformen

Zur Orientierung und als analytisches Hilfsmittel für die vertragsrechtliche Verortung dieser Geschäftsmodelle im Vertragstypensystem des BGB wird im Folgenden zunächst eine Typologie möglicher Leistungsgegenstände digitaler Plattformen vorgeschlagen.

aa) Vertrag über die Nutzung der Plattform?

Das Selbstverständnis der meisten digitalen Plattformen geht dahin, nur die Nutzung der Plattform als „Marktplatz“ anzubieten. Man orientiert sich dabei am Vorbild von Verkaufsplattformen wie ebay. So hat der *BGH* zum Beispiel die Nutzungsbedingungen des Ärztebewertungsportals Jameda eingeordnet, einer Internetplattform, auf der unter anderem Heil- und Kostenpläne von Patienten eingestellt werden, zu denen Zahnärzte „Gegenangebote“ abgeben können. Die Zahnärztinnen und Zahnärzte zahlen dabei eine „Nutzungsgebühr“ an den Betreiber der Plattform, und der *BGH* war der (zutreffenden) Meinung, dies sei keine Provision für die Vermittlung von Patienten, sondern ein Entgelt für die Nutzung der Internetplattform als „virtueller Marktplatz“.⁶⁸ Abstrakter formuliert handelte es sich hierbei um eine Verpflichtung zur Verschaffung von Vertragsabschlussmöglichkeiten. Eine Gewähr dafür, dass Verträge zustande kommen (oder gar Aufträge abgearbeitet werden), wird nicht übernommen.

Bei diesem Vertragstyp bestehen die Kardinalpflichten darin, einen funktionierenden Marktplatz bereitzustellen, das hieße konkret (im Falle des Crowdsourcing) die Aufgaben der Auftraggeber/Crowdsourcer auf der Plattform bereitzustellen und zu gewährleisten, dass diese entsprechend der Nutzungsbedingungen von beliebigen Nutzern/

⁶¹ Kocher, in: *Möslin* (Fn. 59), S. 241 (246 f., 264 ff.).

⁶² Dies wurde schon mit der ersten Entscheidung des *BGH* zu Kardinalpflichten deutlich; *BGH* NJW 1956, 1055 f.

⁶³ So auch *Uffmann* JZ 2016, 928 (932) für das Crowdinvesting.

⁶⁴ *Renner* AcP 213 (2013), 678 (681 ff. 691); vgl. *Coester*, in: *Staudinger* (Fn. 26), § 307 Rn. 270 f.: Erwartungshorizont der beteiligten Verkehrskreise.

⁶⁵ Siehe oben unter I.1., bei Fn. 6 und Fn. 11 ff.

⁶⁶ Vgl. *Kocher/Hensel* NZA 2016, 984; *Wisskirchen/Schwindling* ZESAR 2017, 318.

⁶⁷ *Micklitz* VuR 2017, 43 (44).

⁶⁸ *BGH* NJW 2011, 2207 (2209); siehe auch *BVerfGK* 18, 291; *BGHZ* 202, 242; *BGH* v. 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17 (Pressemitteilung).

Crowdworkern angenommen werden können.⁶⁹ Allenfalls für Störungen, deren Gründe außerhalb des Einflussbereiches des Betreibers liegen, kann die Haftung durch AGB ausgeschlossen werden, nicht aber für durch einfache Fahrlässigkeit verursachte technisch oder betrieblich bedingte Störungen (ungenügende Sicherung der Computeranlagen, Programmierungs-, Bedienungs- oder Wartungsfehler).⁷⁰

bb) Maklertätigkeit bzw. Vertragsbeschaffungsvertrag (Maklerdienst- oder -werkvertrag)

Andere Pflichtenkreise ergäben sich, wenn sich eine Plattform dazu verpflichten würde, mögliche Vertragspartner zu finden bzw. Verträge mit anderen zustande zu bringen (Vertragsbeschaffungsvertrag, Maklerdienstvertrag oder entgeltliche Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter⁷¹) – oder wenn sie nur als Maklerin agierte, ohne sich zu einer Tätigkeit und einem Erfolg zu verpflichten.⁷²

In ihrer Funktion als Makler übernehme eine Plattform keine Verantwortung für die Leistungserbringung; vielmehr erleichtert und kanalisiert ein Makler lediglich den Zugang zu einem bestimmten bestehenden Markt.

cc) Werkverschaffungsvertrag

Es kommt allerdings auch ein Vertragstyp in Betracht, bei dem eine Plattform mehr Verantwortung in der Auftragsbringung übernimmt als ein Makler: Den „Werkverschaffungsvertrag“ hat Wolfgang Fikentscher für industrielle oder transportvertragliche Konstellationen systematisch analysiert.⁷³ In Abgrenzung zum Werkvertrag ging es dabei unter anderem entscheidend um die Bestimmung der Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen und Subunternehmen. Fikentscher unterscheidet zwei Typen des Werkverschaffungsvertrags:

(1) Beim gehilfenbezogenen Werkverschaffungsvertrag treten die Subunternehmer als Erfüllungsgehilfen des Vermittler-Unternehmers auf; dieser sei deshalb im Hinblick auf die Gehilfenhaftung (§ 278 BGB) wie ein Werkvertrag zu behandeln. Dieser Vertragstyp unterscheidet sich vom idealtypischen Bild des Werkvertrags einzig dadurch, dass der Auftragnehmer hier zwar ein Werk verspricht, jedoch von vornherein darauf hinweist, dass die Ausführung (wie zum Beispiel bei Bau-Gesamtverträgen oder der Übernahme einer Systemführerschaft) durch Gehilfen/Subunternehmen erfolge.

(2) Der organisationsbezogene Werkverschaffungsvertrag zielt hingegen auf Vermittlung der Leistung eines Subunternehmers und sei von vornherein auf Substitution ausgerichtet.

⁶⁹ Hötte MMR 2014, 795.

⁷⁰ Häring, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, D. VII. Rn. 770 ff., Rn. 784. Siehe auch für einen Verbrauchervertrag (heutiger § 309 Nr. 7b BGB) BGHZ 146, 138 (Postbank).

⁷¹ Wie bei der Vermittlung des Verkaufs eines Kfz (BGH NJW 2011, 1726, dort auch zur Abgrenzung).

⁷² Da Dienstverhältnisse nicht Vermittlungsgegenstand eines Handelsmaklervertrags (§ 93 Abs. 1 HGB) sein können, käme hier nur eine Zivilmaklerstellung (§ 652 Abs. 1 BGB) in Betracht (H. Roth, in: MünchKommBGB, Bd. 5/2, 7. Aufl. 2017, § 655 Rn. 5; v. Hoyningen-Huene, in: MünchKommHGB, 4. Aufl. 2016, § 93 Rn. 40); siehe § 655 BGB für die Vermittlung von Dienst- oder Arbeitsverträgen; vgl. auch M. Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 93 Rn. 23; vgl. Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 29 ff. für die Abgrenzungen zum Maklerdienstvertrag und Maklerwerkvertrag.

⁷³ Fikentscher AcP 190 (1990), 34 (Beispiele: Konzertveranstaltungsvertrag, Anlagenbauvertrag mit Subunternehmen, Vertrag über Versorgungsleistungen auf Flughäfen oder multimodaler Transportvertrag).

tet.⁷⁴ In diesem Fall übernimmt der Vermittler nur die Verantwortung für schlechte Auswahl oder ungenügende Kontrolle der vermittelten Personen (culpa in eligendo analog § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB).⁷⁵

Für die Abgrenzung und damit die Anwendung des § 278 BGB sei entscheidend, ob der Gehilfe/Nachunternehmer „eigenverantwortlich“ tätig werden solle bzw. der Auftragnehmer mit diesem etwas zu tun haben wolle – oder ob der Auftragnehmer/Vermittler nach Vereinbarung der Parteien eine eigene Verantwortung für die Qualität der erbrachten Werkleistung übernehme.⁷⁶ Im Zweifel sei von einer bloßen Übernahme von culpa in eligendo auszugehen.⁷⁷ Soweit es nicht um Werkleistungen i. S. des § 631 BGB, sondern um Dienste i. S. des § 611 BGB geht, entspricht die Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Werkverschaffungsvertrag derjenigen zwischen Dienstvertrag und Dienstverschaffungsvertrag⁷⁸ (bzw. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, soweit es um die Verschaffung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern i. S. des § 611a BGB geht⁷⁹). Auch beim Dienstverschaffungsvertrag wird nur für culpa in eligendo haftet. Dienstverschaffer wie Werkverschaffer haben nicht dafür einzustehen, dass die Unterauftragnehmer die übertragenen Arbeiten ordnungsgemäß verrichten; sie haften aber dafür, dass diese für den nach dem Vertrag verfolgten Zweck tauglich und geeignet sind.⁸⁰

c) Anwendung auf Crowdsourcing-Verträge

Die Annahme eines Werkvertrags mit eigener Leistungserbringung ohne den Einsatz von Subunternehmen kommt bei den Crowdsourcing-Plattformen nicht in Betracht. Dem allgemeinen Grundsatz, wonach die Beschränkung der Schuldnerpflicht auf (allenfalls) ein Auswahlverschulden im Vertrag hinreichend deutlich gemacht werden muss,⁸¹ dürfte hier dadurch genügt sein, dass nach dem Geschäftsmodell, das auf dem Markt beworben wird, die Plattformen sich explizit auf Leistungen ihrer Crowd beziehen.

Auf der anderen Seite steht für die Crowdsourcer das Interesse am tatsächlichen Werk i. d. Regel so sehr im Vordergrund, dass die Plattformen auch mit ihren Leistungen in der Qualitätssicherung werben. Dies spricht gegen die Annahme eines bloßen Plattformnutzungsvertrags. Im Fall des Modells der Leistungskette (Clickworker) spricht gegen diese Annahme schon, dass gar keine Verträge zwischen den Plattformnutzerinnen und -nutzern zustande kommen sollen. Aber auch im Agenturmodell (Appjobber) spricht gegen

⁷⁴ Siehe z. B. auch LG Kiel v. 4. 9. 2003 – 10 S 8/03, juris: Der Vertrag durch den ein Pannenhilfeunternehmen dem Kunden verspricht, für die Reparatur eines Fahrzeuges zu sorgen, sei ein Werkverschaffungsvertrag.

⁷⁵ Fikentscher AcP 190 (1990), 34 (68); Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 634 Rn. 133; Grundmann, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 27.

⁷⁶ Fikentscher AcP 190 (1990), 34 (95 f.); siehe auch die Frage von BGH VersR 1970, 934: Hat sich der Schuldner zum Transport verpflichtet, oder nur dazu, einen Fahrer mit Transportfahrzeug zur Verfügung zu stellen?

⁷⁷ Fikentscher AcP 190 (1990), 34 (68, 98 f.).

⁷⁸ Fikentscher AcP 190 (1990), 34 (37 ff.); OLG Celle NJW-RR 1997, 469: Dienstverschaffungsvertrag bei Vermietung von Kran nebst Kranführer; OLG Schleswig-Holstein v. 17. 4. 2014 – 7 U 27/13, juris.

⁷⁹ Zur Abgrenzung Preis, in: ErfK (Fn. 45), § 611a BGB Rn. 106 ff.; Wank, ebda., § 1 AÜG Rn. 35.

⁸⁰ Müller-Glöge, in: MünchKommBGB, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 611 Rn. 36; Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Fn. 45), Vor § 611 Rn. 71 ff.; für die Arbeitnehmerüberlassung BGH NJW 1971, 1129; OLG Frankfurt/Main v. 14. 3. 2013 – 26 U 43/12, juris; OLG Köln v. 21. 5. 2015 – 19 U 21/15, juris; Preis, in: ErfK (Fn. 45), § 611a BGB Rn. 107. Dem entspricht die deliktsrechtliche Haftung nach § 831 BGB für Auswahl und Leitung (zum Anwendungsbereich vgl. BGH NJW-RR 1995, 659; OLG Brandenburg VersR 2006, 1557).

⁸¹ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 75), § 278 Rn. 28.

die Annahme eines bloßen Plattformnutzungsvertrags, dass die Plattformen i. d. Regel den exklusiven Zugang zu „ihrer“ Crowd schützen; selbst die Rechnungserstellung wird ausschließlich über die Plattform organisiert, persönliche Daten der Crowdworkerinnen und Crowdworker werden nicht weitergegeben.⁸² Das Netzwerk, zu dem sie Zugang gewährleisten, gestalten diese Plattformen selbst.

Auf einen vermittlungsbezogenen Vertrag weist es auch hin, wenn das Entgelt der Auftraggeber neben dem pauschalen Auftragsentgelt eine Vermittlungsprovision enthält. Es kommen insofern die Vertragstypen der Vertragsbeschaffung/Makler oder des organisationsbezogenen Werkverschaffungsvertrags in Betracht. Beide unterscheiden sich darin, ob nur eine Vertragspartei verschafft wird (Makler) oder darüber hinaus auch die Haftung für deren Eignung übernommen wird (Werk- oder Dienstverschaffungsvertrag).

Gegen die Parallele zum Maklervertrag spricht bei den Crowdsourcing-Plattformen, dass die Auftraggeber keine Möglichkeit erhalten, Crowdworker auszuwählen; sie erhalten zu diesen auch keinen unmittelbaren Zugang. Die Plattformen versprechen zwar auf den Märkten (in der Werbung) eine Qualitätskontrolle; diese ist jedoch nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf das Werk bezogen, richtet sich also auf die Qualität/Qualifikation der Crowdworkerinnen und Crowdworker.⁸³ Dies gilt auch für das Vertragsmodell der Leistungskette (Clickworker).⁸⁴ Es spricht also viel für die Annahme von Werk- (oder Dienst-) Verschaffungsverträgen mit der Konsequenz einer Haftung für die Auswahl der Crowdworker.

d) Konsequenz für die AGB-Inhaltskontrolle

Wenn es demnach zu den Hauptpflichten der untersuchten Plattformen gehört, geeignete Crowdworkerinnen und Crowdworker für die Tätigkeit auszusuchen und vorzubereiten, darf die Haftung für culpa in eligendo nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht formularmäßig ausgeschlossen werden. Vorliegend kann keine Rede davon sein, dass der Haftungsnachteil durch Gewährung anderer rechtlicher Vorteile im Vertrag (etwa effektive Rückgriffsmöglichkeiten auf die Crowdworkerinnen und Crowdworker) kompensiert würde.⁸⁵

III. Verallgemeinerungsfähigkeit der Fragen und Ergebnisse

Vorliegend ging es um vertragsrechtliche Fragen der Verantwortung von Vermittlern und Intermediären, die eine Konstante in den Debatten um digitale Plattformen darstellen. Häufig geht es dabei um die Verantwortlichkeit für die Verletzung der Rechte Dritter (zum Beispiel von Inhabern von Daten, gewerblichen Schutzrechten oder Persönlichkeitsrechten) bzw. für eine deliktische, lauterkeitsrechtliche,⁸⁶

antidiskriminierungsrechtliche⁸⁷ oder ordnungs- und gewerberechtliche (Störer-) Haftung.⁸⁸ Immer wieder stellt sich dabei die Frage, ob eine Plattform im Hinblick auf Daten oder Leistungen, die sie zu vermitteln beansprucht, eine „neutrale“ Stellung oder eine „aktive Rolle“ innehat.⁸⁹

Die Frage, welche Rollen und Leistungen eine Plattform tatsächlich übernimmt, ist deshalb in allen Debatten um die Anwendung von Rechtsvorschriften oder die Regulierung von Plattformen relevant. Bisher vorliegende Regulierungsvorschläge verlangen mit gutem Grund höhere Transparenz in dieser Frage bzw. ausdrückliche Informationen und Hinweise für den Fall, dass kein Vertrag (bzw. nur ein Plattformnutzungsvertrag) mit dem Plattformbetreiber zustande gekommen soll.⁹⁰ Die bereits bestehenden gesetzlichen Vermutungen für eine Haftung für eigene Leistungserbringung (§ 651a Abs. 2 BGB; § 675z Abs. 3 BGB)⁹¹ könnten in diesem Zusammenhang fortgeschrieben werden.⁹²

Im Übrigen könnte die oben entwickelte Vertragstypologie sowohl in der Vertragsgestaltung als auch bei der Vertragsauslegung und AGB-Kontrolle von Nutzen sein.⁹³ Sie konkretisiert die Vertragstypen, die das BGB für Dienstleistungsanbieter, im Hinblick auf Arbeit und Dienste in Dreiecksverhältnissen und ermöglicht so ein besseres Verständnis der Verträge digitaler Plattformen im Bereich der Vermittlung von Tätigkeiten. In diesem Feld sind digitale Plattformen zunehmend erfolgreich, da sie neue Märkte erschließen. Digital „vermittelt“ werden nicht nur digitale Tätigkeiten (als Crowdfunding), sondern auch analoge Dienstleistungen (haushaltsnahe Dienstleistungen, Pflege- und Betreuungsleistungen, Logistikdienstleistungen oder die Lieferung von Waren und Mahlzeiten). In all diesen Fällen stellt sich nicht nur die arbeits- und sozialrechtliche Frage nach der Rechtsposition derjenigen, die die Tätigkeiten ausführen,⁹⁴ sondern auch die wirtschafts-, verbraucher- und vertragsrechtliche Frage, welche rechtlichen Pflichten die Plattform gegenüber ihren Auftraggebern übernimmt. Die hier angestellten AGB-rechtlichen Überlegungen zeigen exemplarisch auf, welche vertragsrechtlichen Fragen hierbei zu beantworten sind – und mit welchen analytischen Instrumenten sie sich bearbeiten lassen.

⁸⁷ Insbes. §§ 19 ff. AGG; vgl. Entschließung des EU-Parlaments v. 15. 6. 2017 (Fn. 5), Nr. 13.

⁸⁸ Siehe auch *EuGH v. 12. 7. 2011 – C-324/09 (L'Oréal u. a.)*; *EuGH v. 13. 5. 2014 – C-131/12 (Google Spain)* = JZ 2014, 1009 (dazu *Spindler JZ* 2014, 981) zur Verantwortlichkeit i. S. des Art. 2d RiL 95/46; vgl. §§ 7 ff. TMG.

⁸⁹ *BGH JZ* 2016, 677 (zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) mit zust. Anm. *Paul/BGH v. 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17 (Pressemitteilung)*; *EuGH v. 12. 7. 2011 – C-324/09 (L'Oréal u. a.)*, Rn. 113; vgl. *BGH ZIP* 2017, 2059 (Klinikbewer-C-324/09 (L'Oréal u. a.)), Rn. 113; vgl. *EuGH v. 7. 7. 2016 – C-494/15 (Tommy Hilfiger u. a.)*, wonach dieselben Grundsätze auf einen analogen Marktplatz, die Prager Markthallen, anwendbar seien.

⁹⁰ Art. 11 des Vorschlags für eine Richtlinie über digitale Plattformen, Research group (Fn. 2); das Problem ist auch in der Entschließung des EU-Parlaments vom 15. 6. 2017 (Fn. 5), Nr. 25 angesprochen. Siehe auch Art. L 111-7 des französischen Code de la Consommation nach seiner Änderung durch Loi n° 2016-1321 v. 7. 10. 2016 „pour une République numérique“.

⁹¹ *Grundmann*, in: MünchKommBGB (Fn. 75), § 278 Rn. 28.

⁹² Siehe auch Art. 16 des Vorschlags für eine Richtlinie über digitale Plattformen, Research group (Fn. 2); zum geltenden Recht *Grundmann*, in: MünchKommBGB (Fn. 75), § 278 Rn. 28; vgl. auch Art. 18 Abs. 2 des Richtlinienvorschlages mit Kriterien für das Vorliegen eines „pre-dominant influence“ der Plattformbetreiber über den Leistungserbringer als Voraussetzung für eine gemeinsame Haftung von Leistungserbringer und Plattform.

⁹³ Vgl. *Fikentscher AcP* 190 (1990), 34 (75 ff.) für die Risikoverteilung in Werkverschaffungsverträgen.

⁹⁴ Siehe Nachweise in Fn. 8.

⁸² § 5.3 der AGB von Appjobber formuliert insofern, dass der Auftragnehmer (also der Crowdworker) „dem Plattformbetreiber gegenüber in einem vorübergehenden Dienstleistungsverhältnis stehe“.

⁸³ Siehe oben bei Fn. 13.

⁸⁴ Anders wohl *Risak*, in: *Risak/Lutz* (Fn. 12), der vor dem Hintergrund des österreichischen Modells davon ausgeht, dass im Modell der Leistungskette die Crowdworker/innen immer als Erfüllungsgehilfen zu behandeln seien.

⁸⁵ *Schulte-Nölke*, in: HK-BGB (Fn. 29), § 307 Rn. 14; vgl. *BGHZ* 82, 238, 240 f.; *Presse-Groß-/Einzelhandel*.

⁸⁶ Vgl. *EuGH v. 20. 12. 2017 – C-434/15 (Uber)*; *BGH JZ* 2016, 677 mit Anm. *Paul* (Hotelbewertungsportal).

IV. Fazit und Ausblick

Den exemplarisch analysierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zweier Crowdsourcing-Plattformen gelingt es nicht, ihre Kardinalpflichten ausreichend transparent vertraglich zu regeln. Weitreichende Haftungsfreizeichnungen scheitern auch an der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁹⁵ Denn die Vertragsfreiheit erlaubt die freie Wahl des Geschäftsmodells – nicht jedoch dessen vorformulierte und einseitig gewählte „Verkleidung“ durch AGB. Die Analyse zeigt auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen auch heute noch höchst interessanten Untersuchungsmaterial für eine Rechtssoziologie des Privatrechts bieten.⁹⁶ Sie bilden die Experimentierfelder für die rechtliche Gestaltung neuer Geschäftsmodelle.⁹⁷

In der Vertragspraxis digitaler Plattformen spielen Verträge über Dienstleistungen eine herausragende Rolle. Sie dienen dazu, die Beschaffung und Koordination von Aufgaben, Tätigkeiten und Wertschöpfungsbeiträgen rechtlich zu regeln. Für die praktische Koordination von Arbeit stehen idealtypisch zwei Koordinationsmodi zur Verfügung, die unterschiedlichen rechtlichen Regelungsmodellen ent-

sprechen: Hierarchie/Anweisung/Kontrolle („Organisation“, Gesellschafts- und Arbeitsrecht) und Markt/Wettbewerb („Markt“, Vertragsrecht).⁹⁸ Die Koordinationsformen sogenannter „Netzwerke“ bereiten typischerweise Einordnungsschwierigkeiten, auch im Privatrecht; denn sie koordinieren auf eine Weise, die zwischen Organisation und Markt changiert.⁹⁹

Die vorliegende Analyse legt nahe, dass es einer eigenständigen rechtlichen Kategorie des Netzvertrages¹⁰⁰ nicht bedarf, um die Chancen und Risiken von Netzwerken rechtlich angemessen zu bewältigen.¹⁰¹ § 278 BGB kann eine wichtige Rolle dabei übernehmen, Organisationsbeziehungen von Marktbeziehungen abzugrenzen.¹⁰² Allerdings bedarf es einer stärkeren Ausdifferenzierung von Vertragstypen im Bereich der Werk- oder Dienstverschaffungsverträge, um die Auslegung zu leiten, nachvollziehbarer zu machen und Grauzonen besser vermessen zu können. Die hier entwickelte Typologie liefert dabei insbesondere Maßstäbe für die Abgrenzung der Haftung nach § 278 BGB und der Haftung für culpa in eligendo.

⁹⁵ Vgl. auch die Bemerkungen der EU-Kommission (Fn. 3), S. 9 f. zu den Handelspraktiken von Plattformen gegenüber Unternehmen.

⁹⁶ *Raiser*, in: *ders.*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 117 ff. (S. 127 f.) zum rechtssoziologischen Interesse an AGBs.

⁹⁷ Vgl. auch *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (766), der meint, hiervon könne „erhebliche Dynamik“ ausgehen.

⁹⁸ *Kocher*, in: *Möslin* (Fn. 59) zur arbeitsrechtlichen Bedeutung.

⁹⁹ *Möschel AcP* 186 (1986), 187; *Robe*, Netzverträge – Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, 1998; *Teubner* (Fn. 16); *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (721 ff.). Siehe auch *KritV* 2006, Sonderheft „Vertragsnetze“ (u. a. *Wellenhofer*, S. 187).

¹⁰⁰ *Teubner* (Fn. 16).

¹⁰¹ *Robe* (Fn. 99), S. 67. Vgl. *Buxbaum JITE* 149 (1993), 698 (705): „Network“ is not a legal concept.

¹⁰² *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (733, 750 ff.).

Privatdozent Dr. René Börner, Potsdam*

Legendierte Polizeikontrollen aus der Perspektive des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte

Die unter der Legende eines Vorwandes zum Zwecke der Verheimlichung ihres wahren Anlasses durchgeführte Polizeikontrolle steht – ausgehend von jüngeren Entscheidungen des BGH – derzeit hoch kontrovers in der Diskussion. Im Zentrum steht die doppelrelevante Maßnahme als Schnittstelle zwischen dem Gefahrenabwehrrecht und der Strafverfolgung. Der Beitrag skizziert die Problemebenen und fokussiert den besonderen Aspekt der Notwehr gegen Vollstreckungsbeamte. Dabei wird die unechte von der echten legendierten Kontrolle unterschieden und die Frage nach einem von dem BGH bislang zurückgewiesenen Beweisverwertungsverbot neu gestellt.

I. Einführung

Bei einer Polizeikontrolle findet die unmittelbare Begegnung des Bürgers mit einer staatlicher Hoheitsgewalt statt, die sich notfalls mit Gewalt durchsetzt. Jedenfalls bis zur Erhöhung

des Strafrahmens im Jahr 2011 wurde der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 StGB als eine den von der Maßnahme Betroffenen begünstigende Norm mit Sperrwirkung angesehen.¹ Andererseits geht es – ebenfalls nach traditionellem Verständnis – auch darum, dass die Vollstreckungspersonen trotz einer unübersichtlichen Rechtslage handlungsfähig bleiben sollen. Zu diesem Zweck greift nach Umständen, aber derzeit herrschender und meines Erachtens zutreffender Ansicht ein eigener strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstab. Hieraus resultiert eine Duldungspflicht, die im Vollstreckungsrecht wurzelt.² Diese Duldungspflicht reicht nach jüngst bekräftigter Auffassung des BGH bis hinein in die Maßstäbe des rechtswidrigen Angriffs im Rahmen der Notwehrlage des § 32 StGB.³ Handelt es sich also um eine i. S. von § 113 Abs. 3 Satz 1 StGB rechtmäßige Diensthandlung, dann scheidet die Rechtfertigung einer Körperverletzung oder eines Tötungsdeliktes an der Vollstreckungsperson selbst dann aus, wenn die Diensthandlung unterhalb

* Der Autor ist Privatdozent an der Universität Potsdam sowie Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, welchen er am 17.5.2018 an der Universität Konstanz gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ Zur Kritik im Zusammenhang mit Änderungen der §§ 113 ff. StGB statt vieler *Singelstein/Puschke NJW* 2011, 3473; *Zopfs GA* 2012, 259 ff.; sowie *FaBl ZStW* 124 (2012), 311 ff.

² Instrukтив und unter Zurückweisung von Einwänden insbesondere *Erb JR* 2016, 24, 30 ff. m. w. N.

³ *BGHSt* 60, 253 ff. mit Anm. *Erb JR* 2016, 24, 29 ff.