

Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts?

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Der Sachverhalt

Das Internet macht es möglich: Arbeiten können weltweit ausgeschrieben werden.¹ Firmen wenden sich an eine Plattform und stellen dort ein Angebot ein. Wer für die Aufgabe X den Zuschlag bekommt und seine Sache gut erledigt, erhält als Gegenleistung einen bestimmten Geldbetrag. Denkbar ist, zunächst unter allen „Bietern“ eine Auswahl zu treffen und einem den Auftrag zu erteilen, in der Regel dem, bei dem das Preis-Leistungs-Verhältnis am günstigsten ist. Denkbar ist aber auch eine Organisation nach Art eines Preisausschreibens: Von allen Interessenten wird erwartet, dass sie die Leistung erbringen. Der Beste wird dann ausgesucht und erhält die vorgesehene Gegenleistung; die übrigen gehen leer aus. Ob dies ein „fairer deal“ ist, der mit unseren Grundsätzen über die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB vereinbar ist, scheint bisher in der Öffentlichkeit noch nicht als Rechtsproblem wahrgenommen zu werden.

Welche Arbeiten sich für eine Vergabe im Internet eignen, ist derzeit nicht genau absehbar. Aus der Praxis wird beispielsweise berichtet, dass Texte erst maschinell in eine Fremdsprache übersetzt und dann einem crowdworker übergeben werden, der die „Klöpfe“ entfernen soll.² Dies geht schneller und ist billiger, als wenn man einen professionellen Übersetzer einschalten würde. Wer kann einen Werbetext für einen genau beschriebenen Gegenstand verfassen, wer einen Beitrag für ein Lexikon schreiben? Häufig werden Arbeitsprozesse in kleine Stücke zerlegt und diese nach „draußen“ vergeben. Bei IBM haben solche Überlegungen eine große Rolle gespielt.³ Komplexe Prozesse werden in einfache Teilstücke zerlegt, die dann von der „crowd“, d. h. von allen interessierten Internetnutzern bearbeitet werden. Bisweilen können auch anspruchsvolle Aufgaben nach „draußen“ verlagert werden - „Softwareentwicklung“ dürfte als Gegenstand am naheliegendsten sein. Als Beispiele werden weiter die Beurteilung eines Finanzierungskonzepts und die Entwicklung eines Firmenlogos

¹ Hierzu und zum Folgenden Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing. Eine Literaturstudie, Arbeitspapier Nr. 287 der Hans-Böckler-Stiftung 2013; Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4 ff.

² Kraft, a. a. O., auch zu den folgenden Beispielen

³ IG Metall – Vorstand (Hrsg.), Crowdsourcing. Beschäftigte im globalen Wettbewerb um Arbeit - am Beispiel IBM, 2013

genannt. Der Fantasie sind kaum Grenzen gesetzt.

Verträge werden in der Regel von beiden Seiten ausschließlich mit einer Plattform (in Deutschland etwa „clickworker“ oder „twago“) abgeschlossen. Oft weiß der crowdworker gar nicht, wer der wirkliche Empfänger seiner Leistung ist, doch gibt es auch Fälle, in denen die Plattform nur die Infrastruktur für die Verhandlungen zur Verfügung stellt.⁴ Die praktische Bedeutung, die diese Arbeitsform heute schon hat, wird an der Zahl der Nutzer deutlich: Clickworker nennt etwa 400.000 Mitglieder, twago teilt mit, ein Auftragsvolumen von über 172 Mio. Euro mit insgesamt 228 000 Experten und 36.000 Aufträgen abgewickelt zu haben.⁵ „TopCoder“ mit Sitz in Massachusetts verfügt über mehr als 500.000 Mitglieder, „Freelancer“ spricht von 8.800.000 Nutzern und 4.928.000 Projekten und dürfte damit Marktführer sein.

Crowdsourcing führt zur „Ausdünnung“ der Betriebe. Dort bleiben von den bisher Beschäftigten nur diejenigen, die für die Aufteilung des Arbeitsprozesses und für die Qualitätskontrolle verantwortlich sind.⁶ Außerdem können sich in aller Regel um einen Auftrag Menschen aus vielen Ländern bewerben. Wird eine vergleichbare Leistung wie im Inland erbracht, kommen die niedrigen Löhne in Entwicklungsländern voll zur Geltung. Dies führt bei Normal- und Routinetätigkeiten derzeit zu Durchschnittsvergütungen von 2 Euro pro Stunde.⁷ Das mag für einen Inder unter seinen Lebensbedingungen akzeptabel sein; in Westeuropa lässt sich damit kein einigermaßen angemessenes Leben führen. Würde sich diese Arbeitsform auf viele Bereiche ausweiten, hätte dies eine grundlegende Veränderung der Arbeitswelt zur Folge.

Crowdsourcing kann in unterschiedlichen Formen und Zusammenhängen praktiziert werden.

Rechtlich unproblematisch ist der Fall, dass innerhalb eines Konzerns bestimmte Aufgaben ausgeschrieben werden, um die sich nur Arbeitnehmer anderer Konzernunternehmen bewerben können. An der Arbeitnehmereigenschaft der Beteiligten ändert sich nichts; statt für ihren Vertragsarbeitgeber arbeiten sie mit dessen Einverständnis vorübergehend für ein anderes Konzernunternehmen. Dies ist schon bislang keine völlig ungewöhnliche

⁴ So etwa die US-amerikanische Plattform Amazon Mechanical Turk, Nr. 1 des „Participation Agreements“, abrufbar unter <https://www.mturk.com/mturk/conditionsofuse>

⁵ Angaben nach Klebe/Neugebauer AuR 2014, 4

⁶ Zum Vorliegen einer Betriebsänderung in einem solchen Fall s. DKKW-Däubler, 14. Aufl. 2014, §§ 111 Rn. 111a.

⁷ Zu Studien über die Lohnhöhe s. die Übersicht bei Leimeister/Zogaj, S. 73. Von Interesse auch der Erfahrungsbericht von Kraft in: Mitbestimmung Heft 12/2013

Konstellation.⁸

Neue Rechtsfragen stellen sich, wenn die Konzerngrenzen überschritten werden und sich Dritte bewerben können. Sie treten als Selbständige auf, die sich um einen Auftrag bemühen. Eine persönliche Abhängigkeit liegt nicht vor, da sie keinen Weisungen nachkommen, sondern lediglich vordefinierte Anforderungen erfüllen müssen. Im Regelfall besteht nur eine Rechtsbeziehung zu dem Plattformbetreiber. Er ist Empfänger eines „Werkes“ oder einer „Dienstleistung“; die daraus resultierenden Vorteile werden an das Unternehmen weitergereicht. Der Sache nach liegt daher ein Werkvertrag vor.⁹ Wie der Arbeitende seine Tätigkeit organisiert, interessiert weder den Plattformbetreiber noch das letztlich begünstigte Unternehmen. Das Entgelt wird vom Unternehmen an den Plattformbetreiber bezahlt, der es dann – mit oder ohne Abzug – an den Crowdworker weiterleitet. Es geht um eine reine Transaktion „Arbeitsprodukt gegen Geld“. Selbst wenn eine direkte Rechtsbeziehung zwischen Unternehmen und crowdworker bestehen würde, ließe sich diese schwerlich als Arbeitsverhältnis qualifizieren; auch hier dominiert der Austausch unter „Selbständigen“. Die Voraussetzungen einer Arbeitnehmerähnlichkeit sind ebenfalls nicht gegeben, da meist keine wirtschaftliche Abhängigkeit gegenüber einem Plattformbetreiber oder einem Unternehmen vorliegt.¹⁰

Auch im Zivil- und Wirtschaftsrecht existiert in gewissem Umfang ein Schutz des Schwächeren. Instrumente sind die AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB sowie die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze, wonach bei einer strukturellen Unterlegenheit eines Vertragspartners eine Korrektur (durch den Gesetzgeber oder den Richter) erfolgen muss, wenn der Vertrag für den schwächeren Teil „ungewöhnlich belastend“ wirkt.¹¹ Dazu kommen spezielle Regeln über den im Internet geschlossenen Vertrag. Von erheblicher Bedeutung ist schließlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das in § 19 den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und in § 20 die Benachteiligung ohne sachlichen Grund („Diskriminierung“) und die unbillige Behinderung eines anderen Marktteilnehmers verbietet.

Spezifische Probleme ergeben sich bei grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen. Wer sich bei Amazon Mechanical Turk in Massachusetts um einen Auftrag bemüht, wird US-

⁸ Zu Matrix-Strukturen in Konzernen, bei denen dies oft auftritt, s. Kort NZA 2013,1318

⁹ Ebenso Klebe/Neugebauer AuR 2014, 5

¹⁰ Ebenso im Ergebnis Klebe/Neugebauer AuR 2014, 5

¹¹ BVerfGE 89, 214, 232

amerikanischem Recht unterliegen und deshalb kaum in der Lage sein, sich auf die §§ 305 ff. BGB zu berufen. Wann welche Rechtsordnung eingreift, ist zentraler Gegenstand des Kollisionsrechts. Aus Gründen der besseren Verständlichkeit soll jedoch zuerst der vergleichsweise einfach gelagerte Fall eines rein deutschen Crowdsourcings behandelt werden; erst im Anschluss soll es dann um die grenzüberschreitende Dimension gehen.

II. AGB-Kontrolle der Verträge

1. Der Crowdworker als Verbraucher oder als Unternehmer

Die in den §§ 307 – 310 BGB geregelte inhaltliche Überprüfung von Standardverträgen („Inhaltskontrolle“ genannt) enthält in § 307 Abs. 1 BGB eine allgemeine Regel, wonach der Vertragspartner des „Verwenders“ (also der Plattform oder im Ausnahmefall des Unternehmens) nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden darf. Eine solche Benachteiligung kann auch darin liegen, dass eine Bestimmung nicht „klar und verständlich“ ist; man spricht insoweit vom Transparenzprinzip. Die §§ 308 und 309 BGB enthalten Kataloge mit bedenklichen und unzulässigen Klauseln.

Die Inhaltskontrolle ist unterschiedlich ausgestaltet je nachdem, wer sich gegenüber steht. Ist der Verwender ein Unternehmer (was hier immer der Fall sein wird), die andere Seite aber ein Verbraucher, so ist die Kontrolle verschärft: Nach § 310 Abs. 3 BGB muss es sich nicht um einen Standardvertrag handeln; vielmehr reicht es aus, dass er vom Unternehmer zugrunde gelegt wurde. Auch wird vermutet, dass über die Vertragsbedingungen nicht verhandelt wurde, sondern dass sie einseitig dekretiert wurden. Schließlich sind die besonderen Umstände des Vertragsabschlusses zu berücksichtigen.

Stehen sich zwei Unternehmer gegenüber, so gelten diese Sondervorschriften nicht. Außerdem finden die §§ 308 und 309 keine Anwendung; die Inhaltskontrolle kann sich ausschließlich auf § 307 Abs. 1 stützen. Der dritte Fall, dass zwei Verbraucher einen Vertrag schließen und einer von ihnen allgemeine Geschäftsbedingungen benutzt, interessiert hier weniger.

Ist der Crowdworker ein Verbraucher mit der Folge, dass er bei der Inhaltskontrolle, aber auch in anderen Zusammenhängen einen verstärkten Schutz genießt? Die einschlägige Regelung

findet sich in den §§ 13, 14 BGB. Nach § 14 Abs. 1 ist Unternehmer, wer beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts „in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ handelt. Wer diese Voraussetzungen nicht erfüllt, also nicht für Zwecke einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, ist nach § 13 BGB automatisch Verbraucher. Dieses ist also eine „Auffanggröße“, die sehr viel weiter ist als das, was der alltägliche Sprachgebrauch unter „Verbraucher“ versteht, der im Supermarkt einkauft oder bei Amazon ein Buch bestellt. Entscheidende Ausgangsfrage ist daher, ob der Crowdworker die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 BGB erfüllt.

Nach der Rechtsprechung¹² und der recht einhelligen Literatur¹³ muss ein selbständiges planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Verhalten vorliegen. Dies gilt gleichermaßen für die gewerbliche wie für die sonstige berufliche Tätigkeit.¹⁴ Wer nur gelegentlich bestimmte Geschäfte tätigt, etwa Sammlerbriefmarken oder auch mal einen Oldtimer erwirbt oder verkauft, ist deshalb noch nicht Unternehmer. Maßstäbe ergeben sich u. a. daraus, dass die Verwaltung des eigenen Vermögens grundsätzlich nicht unter § 14 Abs. 1 fällt, es sei denn, sie würde einen erheblichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand erfordern.¹⁵ Ein Crowdworker, der sich nur hin und wieder um einen Auftrag bemüht, ist daher Verbraucher, nicht Unternehmer. Auf den Anteil an der Arbeits- oder Lebenszeit kommt es nicht entscheidend an; vielmehr entscheidet die „Planmäßigkeit“, also das systematische Suchen nach Aufträgen.

Im vorliegenden Zusammenhang führt dies zu etwas überraschenden Ergebnissen. Ein Arbeitnehmer oder Rentner, der hin und wieder mal bei twago oder clickworker nachschaut, ob etwas Passendes für ihn angeboten wird, unterfällt den Schutzvorschriften des Verbraucherrechts. Wer dagegen die Ausführung von Aufträgen zu seiner Haupterwerbsquelle machen will, ist Unternehmer, weil er einem Gewerbe nachgeht. Dass er sehr viel abhängiger ist, spielt dabei bedauerlicherweise keine Rolle. Auch der Kleinstunternehmer ist Unternehmer im Rechtssinne. Bei den sozialpolitisch wichtigen Fällen kommt das AGB-Recht also nur in der Form zur Anwendung, die zwischen Unternehmern gilt. Bei der

¹² S. etwa BGH NJW 2006, 2250 Tz 14

¹³ Münchener Kommentar zum BGB (im Folgenden: MüKo) - Micklitz, Band 1, 6. Aufl. 2012, § 14 Rn. 18; Staudinger-Habermann, Neubearbeitung 2013, § 14 Rn. 36; Jauernig-Mansel, BGB, 15. Aufl. 2014, § 14 Rn. 2; Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 14 Rn. 2

¹⁴ MüKo-Micklitz § 14 Rn. 31; Palandt-Ellenberger § 14 Rn. 2

¹⁵ BGH NJW 2002, 368; MüKo-Micklitz § 14 Rn. 19; Jauernig-Mansel § 14 Rn. 2: „Bank- und Börsengeschäfte eines Ingenieurs“; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht. Kommentar, 6. Aufl. 2013, § 310 Abs. 1 Rn. 9.

Handhabung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB kann allerdings auf die besonderen Umstände Rücksicht genommen werden.

2. Anwendungsfälle der Inhaltskontrolle

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformbetreiber enthalten einzelne Bestimmungen, die nach den Maßstäben der §§ 305 ff. BGB bedenklich oder ersichtlich nicht zu halten sind.

a) Schriftformklauseln

Ein deutscher Anbieter sieht in seinen AGBs vor, dass individuelle Absprachen zwar den Standardbedingungen vorgehen, dass sie aber der Schriftform oder mindestens der schriftlichen Bestätigung bedürfen. Die zwingende Vorschrift des § 305b BGB weist aber allen – auch den mündlichen – Individualabreden den Vorrang vor den AGB zu, so dass das Erfordernis der Schriftform unwirksam ist.¹⁶ Mündliche oder konkludente Abreden bleiben daher wirksam. Dies ist praktisch wichtig, wenn etwa im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss Sonderabreden zugunsten des Crowdworkers getroffen wurden, ihm beispielsweise eine bestimmte Mindestvergütung pro Monat zugesagt wurde. Allerdings müsste er in einem solchen Fall beweisen, dass eine solche Abrede getroffen wurde. Dies kann bei Telefon- oder Vier-Augen-Gesprächen schwierig sein, da sich die für die Plattform oder das Unternehmen handelnde Person häufig nicht an Dinge erinnern wird, die für ihren Arbeitgeber ungünstig sind oder die ihr selbst Schwierigkeiten bringen könnten. Dem trägt die Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass im gerichtlichen Verfahren der Kläger auch selbst als Partei befragt werden kann und seine Aussage keinen geringeren Stellenwert als die des Gesprächspartners hat, der als Zeuge vernommen werden kann.¹⁷

b) Änderungsvorbehalte

¹⁶ S. Palandt-Grüneberg § 305b Rn. 5; vgl. auch Lindacher/Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 305b Rn. 33 ff.

¹⁷ EGMR NJW 1995, 1413; BVerfG NJW 2001, 2531; BAG NZA 2007, 885. Zur Entwicklung dieser Rechtsprechung s. Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 2221.

Derselbe deutsche Anbieter sieht in seinen AGBs vor, dass der Vertragsinhalt mit einer Ankündigungsfrist von sechs Wochen geändert werden kann. Ist der Crowdworker mit der Änderung nicht einverstanden, hat jede Seite das Recht, die Vertragsbeziehung zu beenden. Diese Klausel ist zunächst am Maßstab des § 308 Nr. 4 BGB zu messen, wonach der Verwender von AGBs Änderungsvorbehalte in Bezug auf die von ihm zugesagte Leistung nur vereinbaren darf, wenn diese für den Vertragspartner unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen zumutbar sind. Ob eine Vertragsänderung zumutbar ist, bestimmt sich nach den konkreten Umständen, insbesondere nach den Gründen, die der Verwender dafür ins Feld führen kann. Diese müssen sich aus dem Vertrag ergeben. Die Rechtsprechung verlangt, dass für den Vertragspartner „zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen“ vorhanden ist.¹⁸ Dies ist nicht zuletzt auch eine Konsequenz aus dem Transparenzprinzip des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Unzulässig ist deshalb z. B. die Klausel in einem Vertrag über eine Flugreise, wonach Flugänderungen „aus wichtigen Gründen“ erlaubt sein sollen, „soweit dies zumutbar ist“, weil weder der wichtige Grund noch die Maßstäbe für die Zumutbarkeit irgendwie konkretisiert sind.¹⁹ Erst recht hat eine Klausel keinen Bestand, bei der nicht einmal diese allgemeinen Formeln verwendet werden, sondern die Vertragsänderung einfach als gegeben unterstellt wird. Daran ändert auch das Auflösungsrecht nichts, weil es ja denkbar ist, dass der Vertragspartner ein legitimes Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages hat. Ein ausländischer Anbieter geht noch weiter und erklärt alle von ihm vorgenommenen Änderungen für wirksam, sobald sie auf seiner Website erscheinen; dem Kunden wird empfohlen, die Website regelmäßig zu überprüfen.²⁰

§ 308 Nr. 4 BGB ist allerdings nur im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (und in Verträgen zwischen Verbrauchern) anwendbar. Geht es um einen hier besonders interessierenden Fall des Verhältnisses zwischen zwei Unternehmen, kommt nur § 307 BGB zur Anwendung. In Rechtsprechung und Literatur ist man sich jedoch einig, dass der Grundgedanke des § 308 Nr. 4 auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen Beachtung verdient.²¹ Dies rechtfertigt sich mit dem Gedanken der Vertragstreue, der in Frage gestellt wäre, würde sich der Verwender von AGB weitgehende Änderungen vorbehalten können. Dazu kommt die auch für den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen unmittelbar geltende

¹⁸ BGH NJW 2008, 360 Tz. 21; zustimmend Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 308 Nr. 4 Rn. 33.

¹⁹ OLG Hamburg NJW-RR 1986, 1440; ebenso MüKo-Wurmnest § 308 Nr. 4 Rn. 8; Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 308 Nr. 4 Rn. 30

²⁰ „We may revise these Terms of Use at any time without prior notice by updating this page and such revisions will be effective upon posting to this page. Please check this page periodically for any changes.“

²¹ OLG München NJW-RR 2009, 458; MüKo-Wurmnest § 308 Nr. 4 Rn. 13; Palandt-Grüneberg § 308 Rn. 26; leicht einschränkend Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 308 Nr. 4 Rn. 70.

Vorschrift des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach Bestimmungen in AGB dem Transparenzerfordernis entsprechen müssen. Daran fehlt es ersichtlich, wenn keinerlei Gründe für die Änderung angegeben oder wenn diese nur in höchst pauschaler Form („wichtiger Grund“) benannt werden. Unzulässig sind beispielsweise Klauseln, wonach sich der Verwender gegenüber einem Vertragshändler (der gleichfalls selbständiger Unternehmer ist) vorbehält, dessen Handelsspanne frei abzuändern.²² Ein pauschaler Änderungsvorbehalt in den Plattform-AGBs würde auch den Fall abdecken, dass das Entgelt für den Crowdworker abgesenkt wird; schon die Möglichkeit einer solcher rechtswidrigen Handhabung macht eine derartige Klausel – von allen anderen Bedenken abgesehen – unzulässig.²³

c) Bezahlung wie bei einem Preisausschreiben

Eine Besonderheit des crowdworking ist das Modell, dass bei der Ausschreibung nicht nach „Angeboten“, sondern nach „fertigen Lösungen“ gefragt wird. Nur derjenige, der die „beste“ Arbeit einreicht, erhält dafür auch eine Vergütung; alle anderen gehen leer aus. Dies ist eine bislang in unserer Rechtsordnung singuläre Erscheinung, der im Arbeitsleben keine Bedeutung zukommt. Das BGB regelt das Preisausschreiben in § 661. Es findet in der Realität z. B. bei sportlichen Wettkämpfen, bei denen dem Sieger eine Prämie winkt.²⁴ Daneben geht es um wissenschaftliche und künstlerische Leistungen oder um Architektenwettbewerbe, bei denen lediglich die Pläne für künftige Bauwerke begutachtet und ggf. prämiert werden.²⁵ Auch die Ausschreibung öffentlicher Aufträge gehört in diesen Rahmen, bei denen es jedoch gleichfalls nur um eine Beschreibung der Leistung geht und nicht deren Erbringung vorausgesetzt wird. Weder bei der abhängigen Arbeit noch bei Leistungen durch Selbständige spielt diese Form der Vergütung bisher eine Rolle. Dies hat seine guten Gründe.

Bei der abhängigen Arbeit existiert der selbstverständliche (und deshalb selten angesprochene) Grundsatz, dass jede mit Zustimmung des Arbeitgebers erbrachte Arbeit auch vergütet werden muss. Dies ergibt sich aus der (allerdings nicht zwingenden) Vorschrift des § 612 BGB sowie aus den Grundsätzen über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis: Die effektiv erbrachte Arbeit muss – von Extremfällen einmal abgesehen – immer vergütet werden, auch dann, wenn der Arbeitsvertrag nicht ordnungsgemäß zustande gekommen war.²⁶ Damit

²² Palandt-Grüneberg § 308 Rn. 26 mwN

²³ BGH NJW 1992, 1097, 1099; BGH NJW 1994, 1798, 1799; dazu weiter Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 305c Rn 35.

²⁴ S. als Beispielsfall BGH NJW 2011, 139 - Reitturnier

²⁵ Palandt-Sprau § 661 Rn 1

²⁶ Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 163 ff., 167 ff.

stimmt die neuere Rechtsprechung überein, wonach Gegenleistungen des Arbeitgebers für erbrachte Arbeitsleistungen (z. B. Boni für Zielerreichung) nicht unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden dürfen.²⁷

Auch bei der selbständigen Arbeit im Rahmen eines Werkvertrags gilt derselbe Grundsatz. Da zu erstellende Werke häufig längere Zeit in Anspruch nehmen und eine erhebliche Vorleistung des Unternehmers voraussetzen, sieht § 632a BGB Abschlagszahlungen des Auftraggebers vor. Scheitert die Ausführung eines Werkvertrags daran, dass der Kunde eine Mitwirkungshandlung unterlässt,²⁸ so kann der Unternehmer nach § 642 BGB eine angemessene Entschädigung verlangen und muss sich nur das anrechnen lassen, was er an Aufwendungen erspart oder durch anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft verdient hat. Er darf also in der Vergangenheit nicht umsonst gearbeitet haben. Nach § 649 BGB hat der Besteller zwar ein jederzeit ausübbares Kündigungsrecht; macht er davon Gebrauch, so muss er aber das vereinbarte Entgelt gleichwohl bezahlen. Der Unternehmer muss sich genau wie im Fall des § 642 BGB lediglich ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb anrechnen lassen.

Von diesem Grundsatz in AGBs abzuweichen und bei Werkverträgen das Entgelt nur demjenigen zu geben, der die „beste“ Leistung erbracht hat, versieht die Vergütung mit einer Bedingung, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung über den Werkvertrag nicht zu vereinbaren und deshalb nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Das Entgelt darf auch bei selbständiger Arbeit – zugespitzt formuliert - nicht Gegenstand einer Lotterie sein, aus der nur einer als Gewinner hervorgeht. Soweit man davon ausgehen muss, dass der einzelne Crowdworker für seinen Lebensunterhalt auf die Entgelte angewiesen ist, liegt auch Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB vor, da die Situation schlechter als die des traditionellen Tagelöhners ist: Dieser konnte wenigstens darauf vertrauen, für die erbrachte Tagesleistung entlohnt zu werden.²⁹

d) Nachbesserungsfristen

Entspricht die vom Crowdworker erbrachte Leistung nicht den Erwartungen, so wird diesem in manchen AGBs eine Nachbesserungsfrist von drei Tagen eingeräumt. Nach dem

²⁷ BAG ZTR 2007, 505 (monatliche Leistungszulage); BAG NZA 2012, 620 Ls. 1 (Bonus für Zielerreichung)

²⁸ Traditionelles Beispiel: Der Kunde kommt nicht zum Schneider, um den bestellten Anzug anzuprobieren.

²⁹ Ähnlich Rehm, in: IG Metall Vorstand (Hrsg.), Crowdsourcing, S. 15

gesetzlichen Modell (§ 323 Abs. 1 BGB) muss dem Schuldner (hier: dem Crowdworker) eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden, wobei „Nacherfüllung“ sowohl Beseitigung des erkannten Mangels als auch Neuerbringung der geschuldeten Leistung bedeuten kann. Bei ganz besonderer Eilbedürftigkeit können drei Tage angemessen sein,³⁰ doch lässt sich dies nicht als allgemeine und verbindliche Regelung bestimmen. Es stellt eine unangemessene Benachteiligung des Crowdworkers i. S. des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, ihn auch dort zu einer Nachbesserung innerhalb von drei Tagen zu zwingen, wo keinerlei Eilbedürftigkeit vorliegt oder wo es um ein so komplexes Vorhaben geht, dass drei Tage auch bei Anspannung aller Kräfte nicht ausreichen. Deckt eine AGB-Bestimmung ihrer allgemeinen Fassung wegen auch Fälle ab, in denen eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, so ist sie insgesamt unwirksam.³¹

e) Leistungsreduzierung der Plattform

Als Verfasser der AGB sorgen Plattformen auch dafür, dass ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen nicht zu kurz kommen und mögliche Haftungsfälle nach Kräften vermieden werden. So bestimmt etwa ein deutscher Anbieter, dass der Nutzer keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung bestimmter Funktionalitäten habe, trifft aber keinerlei Regelung in der Richtung, ob dies dann zu einer Minderung des zu bezahlenden Entgelts führt. Außerdem wird dem Betreiber das Recht eingeräumt, den Zugang zu einzelnen Inhalten zu sperren oder diese Inhalte zu löschen. Als Beispiele wird der Fall genannt, dass ein Projekt vollständig abgeschlossen ist oder dass die Inhalte gegen geltendes Recht oder gegen Rechte Dritter verstoßen. Auch hier sind wiederum Fälle miterfasst, bei denen der crowdworker in unangemessener Weise benachteiligt ist – so wenn er plötzlich keinen Zugang mehr zu bestimmten Inhalten hat, ohne erkennen zu können, aus welchen Gründen dies der Fall ist. Insoweit ist auch hier § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht beachtet.

f) Abtretung aller Rechte des Crowdworkers

Das Arbeitsergebnis steht nach herkömmlicher Auffassung bei abhängiger Arbeit grundsätzlich dem Arbeitgeber zu. Bei Werkverträgen gehört es dem Besteller. Insoweit ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Urheberrechte auf den Plattformbetreiber übergehen und

³⁰ OLG Köln NJW-RR 1993, 949 und OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 504 halten sogar zwei Tage für möglich

³¹ Im Ergebnis wie hier Klebe/Neugebauer AuR 2014, 6

dieser beispielsweise die entwickelte Software verwerten kann. Allerdings muss man sich die Frage stellen, ob die Vergütung höher ist als bei einem anderen Crowdworker, aus dessen Arbeit sich keine Urheberrechte ableiten lassen. Eindeutig rechtswidrig ist eine bei ausländischen Anbietern auftauchende Regelung, wonach die Abtretung von Schutzrechten auch dann erfolgt, wenn das Arbeitsergebnis selbst nicht abgenommen wird, weil ein anderer das „Preisausschreiben“ gewann: Eine Abtretung, der nur dann ein Entgelt gegenüber steht, wenn der Leistende gegenüber allen anderen den Vorzug erhält, stellt eine unangemessene Benachteiligung des Crowdworkers dar.³²

g) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Erstaunlich sind aus unserer Sicht Klauseln, die jede Kontaktaufnahme mit einem User eines anderen Plattformbetreibers verbieten und wonach Kontaktaufnahmen, die von solchen Usern ausgehen, sofort dem Plattformbetreiber gemeldet werden müssen. Dies rückt die Arbeit in die Nähe einer geheimdienstlichen Tätigkeit und greift unangemessen in die Privatsphäre des Crowdworkers ein. Im Vergleich dazu ist die verbreitete (aber gleichwohl rechtswidrige) Klausel harmlos, wonach mit Arbeitskollegen nicht über das Gehalt gesprochen werden darf.³³ Im Arbeitsrecht ist man sich einig, dass eine derart umfassende Verschwiegenheitspflicht nicht mit dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vereinbar ist.³⁴ Weitere persönlichkeitsrechtliche Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit sehr weitgehenden Ermächtigungen, zahlreiche Daten zu speichern und ggf. an Dritte zu übermitteln. So heißt es etwa in den AGB eines deutschen Anbieters:

„Beim Besuch unserer Website speichern unsere Server temporär jeden Zugriff in einer Protokolldatei. Folgende Daten werden dabei ohne Ihr Zutun erfasst und bis zur automatischen Löschung von uns gespeichert: die IP-Adresse des anfragenden Rechners, das Datum und die Uhrzeit des Zugriffs, der Name und die URL der abgerufenen Datei, die Website, von der aus der Zugriff erfolgte, das Betriebssystem Ihres Rechners und der von Ihnen verwendeten Browser und andere technische Daten, der Name Ihres Internet-Access-Providers, Spracheinstellungen und geographische Herkunft.“

³² Ebenso im Ergebnis Klebe/Neugebauer AuR 2014, 6. Zu Honorarklauseln bei Verlagsverträgen s. Stoffels, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang, Klauseln (U) Rn U 26.

³³ Die Rechtswidrigkeit wird bejaht von LAG Mecklenburg-Vorpommern AuR 2010, 343

³⁴ LAG Hamm DB 1989, 783; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, Rn. 92; Maschmann/Sieg/Göpfert-Bodem, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2012, Nr. 540 Rn. 53; Preis-Rolfs, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2011, II V 20 Rn. 34. Weiter Däubler in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Anhang Rn. 157.

Ob dies alles mit den hier einschlägigen §§ 12 – 15 TMG vereinbar ist, wird man bezweifeln müssen. Die (zulässig zu erhebenden) Bestandsdaten nach § 14 TMG und die Nutzungsdaten nach § 15 TMG umfassen längst nicht alle die Angaben, die effektiv erfasst werden. Die Einwilligung des Betroffenen scheidet als Rechtfertigung schon deshalb aus, weil kein Hinweis auf das Widerrufsrecht nach § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG erfolgt ist. Überdies ist der Zweck durchaus eng bestimmt: Es geht darum, die Nutzung der Plattform zu ermöglichen, es geht um Gewährleistung der Systemstabilität, um die technische Administration der Netzinfrastruktur, um die Optimierung des Angebots sowie um interne statistische Zwecke. Muss man dafür wirklich auch das Betriebssystem des Rechners, den Browser und den Ort kennen, von wo aus der Zugriff erfolgte? Insoweit fehlt es an der durchweg verlangten Erforderlichkeit.

h) Nicht erfasste Bereiche

Die AGB-Kontrolle erstreckt sich nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, es sei denn, dieses wäre (wie z. B. im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) ausdrücklich gesetzlich geregelt. Weiter ist das Bestehen eines Vertragsverhältnisses vorausgesetzt: Die Frage, ob der Plattformbetreiber einen Vertragsabschluss ohne Grund verweigern kann, ist in den §§ 305 ff. BGB nicht angesprochen.

3. Individualklage und Verbandsklage

Sind Bestimmungen in AGBs unwirksam, braucht sie der Vertragspartner (hier: der Crowdworker) nicht zu beachten. Werden Ansprüche ausgeschlossen, die ihm nach geltendem Recht zustehen, kann er sie gleichwohl gerichtlich geltend machen. Besteht Streit über die Gültigkeit einzelner Bestimmungen, kann eine Klärung mit Hilfe einer Feststellungsklage nach § 253 ZPO herbeigeführt werden.

In mindestens 99 von 100 Fällen hat dies keine praktische Wirkung. Anders als im Arbeitsrecht gibt es deshalb im recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Verbandsklage: Nach § 1 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) kann der Verwender unzulässiger Klauseln auf Unterlassung in der Zukunft und ggf. auf Widerruf einer

entsprechenden Empfehlung in Anspruch genommen werden. Dies gilt auch dann, wenn die unwirksamen Klauseln im Verhältnis zu einem Unternehmer im Sinne des § 14 BGB verwendet werden; lediglich die Unterlassungsklage nach § 2 ist allein auf die Verletzung verbraucherrechtlicher Bestimmungen gestützt. Klagebefugt sind die in § 3 UKlaG genannten Stellen. Neben den Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern gehören dazu insbesondere die registrierten Verbraucherverbände, im Gesetz als „qualifizierte Einrichtungen“ bezeichnet. Dazu kommen „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen“, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, diese Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen. Damit sind – im weitesten Sinne verstanden – Verbände von Selbständigen gemeint.

Kann auch eine Gewerkschaft eine solche Verbandsklage erheben? In der Literatur wird darauf verwiesen, dass der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung Verbraucher ist, so dass sich die Gewerkschaft als Verbraucherverband registrieren lassen könnte und damit klagebefugt wäre.³⁵ Will sie diesen Weg nicht beschreiten, kann sie nur verstärkt (wirtschaftlich abhängige) Selbständige organisieren und so als „Selbständigenverband“ eine Klagebefugnis erreichen. Pragmatiker könnten auch auf den Gedanken kommen, sich an einen gewerkschaftlichen Positionen nahe stehenden Verbraucherverband zu wenden und dort eine Klagerhebung anzuregen.

Hat eine Verbandsklage Erfolg, so kann sich nach § 11 Satz 1 UKlaG jeder Betroffene auf die Unwirksamkeit der fraglichen Bestimmung berufen. Ein der Klage stattgebendes Urteil wirkt also zugunsten aller Betroffenen. Wird die Klage abgewiesen, bleibt es gleichwohl dem Einzelnen unbenommen, die Unwirksamkeit einer bestimmten Klausel geltend zu machen. Es tritt also keine Wirkung zu Lasten der übrigen ein.

III. Vertragskontrolle auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Wie oben³⁶ ausgeführt, verlangt das Bundesverfassungsgericht Korrekturen, wenn zwischen den Vertragsparteien eine strukturelle Abhängigkeit besteht und der Vertrag für

³⁵ Stoffels, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rn. 1149 unter berechtigter Berufung auf den Bericht des Rechtsausschusses zur Schuldrechtsmodernisierung (BT-Drucksache 14/7052, S. 190); anders Palandt-Bassenge § 4 UKlaG Rn. 6.

³⁶ Fn. 11

den schwächeren Teil inhaltlich ungewöhnlich belastend ist. Bei der Umsetzung dieses Grundsatzes ist anders als bei der AGB-Kontrolle auch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einzubeziehen. Muss deshalb von Rechts wegen eine Korrektur erfolgen, wenn sich bei der Übernahme einer Vielzahl von Aufträgen gleichwohl nur ein Stundenlohn von 2 bis 3 Euro ergibt?

Man kann den Versuch unternehmen, diese Frage durch unmittelbare Subsumtion unter die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zu beantworten. Die Antwort wird nicht sehr schwer fallen. Für den Crowdworker besteht eine strukturelle Abhängigkeit vom Betreiber der Plattform bzw. vom Unternehmen: Er hat praktisch keinerlei Verhandlungsmacht, ja er steht noch schlechter als ein Arbeitnehmer, weil er sich ggf. sogar auf die Bedingung einlassen muss, dass er nur dann ein Entgelt erhält, wenn sein Produkt als besonders gut ausgewählt wird. Angesichts eines Mindestlohns von 8,50 Euro für Arbeitnehmer sind 2 bis 3 Euro pro Stunde auch ein Betrag, den man als ungewöhnlich gering bezeichnen muss, zumal ja zusätzlich noch die Vorsorge für Lebensrisiken, die bei Arbeitnehmern durch die Sozialversicherung übernommen wird, beim Crowdworker bleibt. Methodisch könnte man auch so verfahren, dass man § 138 BGB anwendet und dabei die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kriterien berücksichtigt, was zum selben Ergebnis führt. Dabei kann man weiter auf die Rechtsprechung des BAG verweisen, wonach die Unterschreitung des Tariflohns um mehr als ein Drittel gegen die guten Sitten verstößt³⁷ – dasselbe muss nunmehr auch für den gesetzlichen Mindestlohn gelten. Einen Selbständigen zu solchen Bedingungen zu beschäftigen, lässt sich nicht mit grundlegenden Wertentscheidungen unserer Rechtsordnung vereinbaren.

IV. Kartellrecht als Bremse?

Der Schutz des Schwächeren ist im Zivilrecht nicht allein ein vertragsrechtliches Problem. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist dafür bekannt, dass es Preisabsprachen und Kartelle im Grundsatz verbietet. Daneben enthält es jedoch in den §§ 19 ff. Vorschriften gegen missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender und sog.

³⁷ BAG NZA 2009, 837. Überblick über den Stand der Rechtsprechung insgesamt s. Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 48 ff.

marktstarker Unternehmen. Diese Bestimmungen verdienen in unserem Zusammenhang ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit, geht es doch bei den Crowdworkers um (Mikro-) Unternehmer, die faire Bedingungen auf dem Markt erwarten können. Dazu einige wenige Vorüberlegungen.

1. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

§ 19 GWB verbietet missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen. Um zu beurteilen, wann eine „Marktbeherrschung“ vorliegt, muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden. § 19 Abs. 2 Satz 1 spricht ausdrücklich vom „sachlich und räumlich relevanten Markt“, was die Fragestellung ein wenig eingrenzt. Von sachlicher Relevanz spricht man dann, wenn es um Waren oder gewerbliche Leistungen geht, die nach dem Urteil der Marktgegenseite gleich oder jedenfalls gegeneinander austauschbar sind.³⁸ Unter räumlicher Relevanz wurde früher das Bundesgebiet oder ein Teil desselben verstanden, in dem sich ein Unternehmen betätigt. Nunmehr sagt § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB, dass der räumlich relevante Markt weiter sein könne als der Geltungsbereich des GWB, also das Bundesgebiet. Wie weit der Markt tatsächlich reicht, lässt sich nicht abstrakt bestimmen.

Überträgt man dies auf das Crowdfunding, so wird man zwischen deutschsprachigen und anderen (meist englischsprachigen) Plattformen unterscheiden müssen. Sehr viele Leistungen, die in dieser neuen Arbeitsform erbracht werden, sind sprachlich vermittelt; selbst der Designer, der ein neues Firmenlogo entwickeln soll, wird sein Konzept nicht nur bildlich darstellen, sondern auch mit Worten erklären müssen. Eine solche Unterscheidung entspricht dem sog. Bedarfskonzept der Marktgegenseite und findet sich in ähnlicher Form im Pressebereich: Dort wird zwischen überregionalen und regionalen Zeitungen, aber auch zwischen Straßenverkaufs- und Abonnementzeitungen unterschieden, weil für jedes dieser Segmente eine bestimmte Gruppe von Nachfragern vorhanden ist.³⁹ Nicht anders verhält es sich bei deutschsprachigen Plattformen, bei denen der relevante Markt im Zweifel auch Österreich und die Schweiz umfasst.

³⁸ Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 19 Rn. 5; Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 19 GWB Rn. 13

³⁹ Nachweise bei Bechtold § 19 Rn. 17.

Die Beherrschung eines Marktes liegt dann vor, wenn das Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder wenn es im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung besitzt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 GWB). Hat ein Unternehmen einen Marktanteil von einem Drittel, so wird nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB vermutet, dass es marktbeherrschend ist. Inwieweit im hier interessierenden Bereich eine Marktbeherrschung in diesem Sinne vorliegt, kann ohne empirische Untersuchungen nicht beurteilt werden. Insoweit wäre ggf. das Bundeskartellamt gefragt, sich die Verhältnisse auf diesem Markt etwas näher anzuschauen.

Unterstellt, eine der Plattformen hätte eine marktbeherrschende Stellung, so läge ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn einer der vier Tatbestände des § 19 Abs. 4 GWB gegeben wäre. Von Bedeutung könnte insbesondere die Nr. 2 sein, wonach es einen Missbrauch darstellt, wenn das Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätten.

Nach § 20 Abs. 1 GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen andere nicht unbillig behindern und gleichartige Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Dies wäre etwa der Fall, würden Crowdworker bei gleicher Leistung unterschiedlich vergütet.⁴⁰

2. Erstreckung auf marktstarke Unternehmen

§ 20 Abs. 2 Satz 1 GWB erstreckt das Behinderungs- und Benachteiligungsverbot auch auf sog. marktstarke Unternehmen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen „als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht vorhanden sind.“ Beispiel sind etwa Händler, die ein bestimmtes Produkt in ihrem Sortiment haben müssen, um gegenüber ihren Konkurrenten bestehen zu können.⁴¹ Sie vom Bezug auszuschließen, wäre eine ungerechtfertigte Behinderung. Eine ähnliche Situation wäre bei Crowdfunding dann gegeben, wenn ein

⁴⁰ Zur Handhabung des Differenzierungsverbots im Einzelnen s. Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 20 Rn. 84 ff.

⁴¹ Näher Bechtold § 20 Rn. 19 ff.

Crowdworker nur bei einem bestimmten Anbieter seine spezifische Qualifikation ins Spiel bringen kann, weil allein dieser entsprechende Aufgaben in seiner Angebotspalette hat.

V. Die grenzüberschreitende Dimension

1. Das anwendbare Recht

Plattformen wie Unternehmen vereinbaren mit Crowdworkern in der Regel das Recht, das an ihrem Unternehmenssitz gilt. Bei twago und clickworker gilt deutsches Recht, bei Amazon Mechanical Turk das Recht von Massachusetts, beim australischen Freelancer.com das Recht von New South Wales. Dies beruht in aller Regel auf ausdrücklichen Vereinbarungen in den AGBs. Diese sind aus der Sicht deutscher und europäischer Gerichte nach Art. 3 Abs. 1 der Rom I – Verordnung grundsätzlich zulässig. Fehlt es an einer solchen Abrede, greift Art. 4 Abs. 1 Rom I – Verordnung ein. Nach seinem Buchstaben b unterliegen „Dienstleistungsverträge“ dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dabei wird der Begriff „Dienstleistungen“ dem unionsrechtlichen Sprachgebrauch nach sehr weit interpretiert, so dass er jede Form von Tätigkeiten weit über den Dienstvertrag nach §§ 611 ff BGB hinaus erfasst.⁴² Auch das Crowdsourcing fällt darunter, so dass bei einem in Deutschland ansässigen Crowdworker deutsches Recht zur Anwendung kommen würde.

2. Ausnahme im Verbraucherrecht

Findet – wie in der Regel – das Recht des Staates Anwendung, in dem der Plattformbetreiber bzw. das Unternehmen seinen Sitz hat, so wäre es für einen in Deutschland wohnenden Crowdworker sehr nützlich, wenn man ihn als Verbraucher klassifizieren könnte. In diesem Fall würde Art. 6 Rom I – Verordnung eingreifen. Danach würde die Wahl eines ausländischen Rechts nur eine beschränkte Wirkung haben, sofern die Plattform bzw. das Unternehmen auch auf Deutschland ausrichtet, was in den hier interessierenden Fällen ohne Schwierigkeiten anzunehmen wäre. Dem Crowdworker blieben in einem solchen Fall alle Rechte erhalten, die im deutschen Verbraucherrecht zwingend vorgeschrieben sind. Dies wären beispielsweise die gesamte AGB-Kontrolle sowie die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht zum Schutz des schwächeren

⁴² Palandt-Thorn Art. 4 Rom I – VO Rn. 8 m. w. N.

Vertragsteils entwickelt hat. Wie oben unter II 1 ausgeführt, ist aber nur derjenige Verbraucher, der „gelegentlich“ als Crowdworker arbeitet; sobald es sich um eine planmäßige und auf Dauer berechnete Tätigkeit handelt, verliert er diese Eigenschaft und wird zum Unternehmer im Sinne von § 14 BGB.

3. Vorliegen von Eingriffsnormen?

Ist kraft Rechtswahl definitiv ausländisches Recht anwendbar, so stellt sich die Frage, ob einzelne Vorschriften des deutschen Rechts sog. Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I – Verordnung sind. Nach der dort gegebenen Definition handelt es sich dabei um zwingende Vorschriften, „deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie... auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“ Ob diese für bestimmte Normen oder Normengruppen gilt, ist meist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Im Arbeitsrecht wird etwa das BetrVG dazu gerechnet, sofern sich ein Betrieb im Inland befindet. Im hier interessierenden Bereich ist zu differenzieren.

Was das GWB betrifft, so enthält es in § 130 Abs. 2 eine ausdrückliche Regelung, wonach es auch dann Anwendung findet, wenn eine Maßnahme im Ausland getroffen wurde, sich aber im Inland auswirkt. Der Text der Vorschrift spricht zwar nur von „Wettbewerbsbeschränkungen“, doch ist damit der ganze erste Teil des Gesetzes gemeint, also auch die Vorschriften, die sich auf marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen beziehen.⁴³ Soweit die in diesen Bestimmungen genannten Voraussetzungen vorliegen, würden sie auch Anwendung finden, wenn auf die vertraglichen Beziehungen zwischen Crowdworker und Betreiber der Plattform bzw. Unternehmen ausländisches Recht anwendbar wäre.

Die §§ 305 ff. BGB sind Teil des deutschen Vertragsrechts und wollen die schwächere Seite schützen. Das in Art. 9 Rom I – Verordnung vorausgesetzte öffentliche Interesse ist jedoch nicht ersichtlich. Weder die Entstehungsgeschichte noch die heutige Praxis enthalten Anhaltspunkte dafür, dass es sich um Vorschriften handelt, die ihrer Bedeutung wegen auch gegenüber einem an sich anwendbaren öffentlichen Recht durchgesetzt

⁴³ Lindemann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2011, § 130 Rn 208, 242 ff.

werden müssten. Dies könnte man für die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Vertragskontrolle evtl. anders entscheiden, da sie für die soziale und wirtschaftliche Organisation des Staates von wesentlicher Bedeutung sind; es geht gewissermaßen um ein Strukturprinzip der Wirtschaftsordnung, nicht nur um Schutzvorschriften zugunsten des unterlegenen Vertragspartners.

4. Der Rückgriff auf den Ordre public

Führt die Anwendung ausländischen Rechts zu „untragbaren“ Ergebnissen, so kann die fragliche ausländische Vorschrift nach Art. 21 Rom I – Verordnung außer Anwendung bleiben. Dabei handelt es sich um Extremfälle; sie herauszuarbeiten, wird Aufgabe der Gerichte sein.

VI. Gegenwehr – nur auf dem Rechtsweg?

Das Recht kann die gemeinsame Vertretung der Interessen der Arbeitenden nicht ersetzen. Sozial aufgeschlossene Richter können vielleicht Minimallohne beim Crowdsourcing verhindern, aber man kann auch nicht ausschließen, dass weniger aufgeschlossene Kollegen den Kräften des Marktes freien Lauf lassen. Für die Gewerkschaften ist es eine große Herausforderung, Menschen zu organisieren, die keinen Arbeitnehmerstatus haben und die auch nicht Teil einer Belegschaft mit ihren Interaktionsformen sind: Ihre Tätigkeit ist individualisiert, Kontakte zu Personen in gleicher Lage kommen allenfalls durch Zufall zustande. Gibt es Beispiele dafür, dass trotz einer solchen Ausgangssituation kollektives Handeln und Verbesserungen der sozialen Lage möglich waren? Es gibt sie.⁴⁴

Day labourers are precarious workers who have big difficulties to plan their lives. To organize them seems to be extremely difficult if not impossible. Without stable social relationship with colleagues and friends in a comparable situation, how could individuals join a union?

In the U.S., you can find the “National Day Laborer Organizing Network” with member organisations in many states of the U.S. with a core area in California. I had the chance to

⁴⁴ Die folgenden Ausführungen sind eine kurze Zusammenfassung von Däubler, Representation of Workers' Interests outside Collective Bargaining? FS Antonio Ojeda, 2014 (im Erscheinen)

have a long conversation with its general secretary giving me a lot of information. Some points seem to be of general interest.

The “union” has a specific structure. Traditional unions resemble often an industrial plant with its hierarchic setting: There is a CEO and a board of directors at the top, there are department leaders and group leaders, and there are normal collaborators. Like in big enterprises, new ideas have a difficult position: Would they not create a lot of work? Would they perhaps have an adverse effect? Are they really compatible with the principles laid down in the general programme? Could their realization change the balance between different departments? There are so many questions without any clear answer. Would it not be reasonable to renounce to such a hazardous game? The description refers to some German experiences which hopefully cannot be generalized. Nevertheless sociologists agree that the traditional structure is not adequate if you need innovation. Enterprises have changed a lot for the same reason, too.

The day workers are organised in a “network”. There are contact persons in different parts of the town. They tell the members how much is paid for a certain activity and who is a good employer and who is a bad one. The bad one will, of course, be avoided. If many people ask the contact person the bad one will have big difficulties to find day workers at all. The union gives information which can lead to a kind of boycott. We can find the same principle in the movement of the “travelling journeymen” (called in German “Gesellenbewegung”) which existed in Central Europe since the 13th century. Bad employers i. e. (at that time) craftsmen were formally “discredited”; no journeyman could conclude a contract with them without being discredited, too. The boycott replaces in a certain way the strike and other forms of collective actions.

Can this form of organization gain importance in nowadays Europe, too? There are some advantages of a network in comparison with traditional forms of the labour movement.

The involved persons have a clear objective and a well defined role. The information given to a member (or even to other persons) is obviously useful and can therefore justify a small fee the person has to pay monthly.

Repression against a network is difficult. Meetings between two or three persons cannot be controlled by the authorities, the contact can easily be declared to be of a private nature.

Ideological differences play no role. The fulfilment of the function does not depend on the political conviction of the persons involved. The collaboration requires only the conviction that the situation of day workers should be improved. Whether it comes from a Christian, a socialist or a communist view of society is without any interest.

New ideas coming from a contact person may be realized at once. Each collaborator can try to fulfil his tasks in a better way – there is no hierarchy that has to give its approval.

The network solution is no universal solution. It is confronted with the problem of instability – the value of the information given may be doubtful, people do no more come seeking information elsewhere. But there is one argument difficult to refute: A lot of lawyers being on the side of the workers live in networks: In big towns you will find one or several law firms of this kind and they are normally in contact to comparable law firms in other towns. There is even a network all over Europe. It would be very difficult to bring these people together in the same political party; but collaboration in the interest of workers is possible. In this field you will even find people who kept their political position from the seventies and the eighties whereas unions often gave it up without replacing it by a new perspective.

I. Mobilizing public opinion

Schlecker, a German retail chain, had a very specific reputation since a lot of years. During a long time, they had trouble with their works council whose rights were often neglected. The press wrote about it the majority of newspapers supporting the works councils who were in the position of an underdog. Eventually Schlecker fully recognized the legal situation; the discussion calmed down. But the story continued. Schlecker had economic difficulties and restructured a lot of shops especially putting smaller ones together. Workers were dismissed. During the period of notice, they received a “kind offer” to come to a firm called “Meniar” which was an abbreviation for “bringing people into jobs” (“Menschen in Arbeit”). Meniar was a temporary employment agency and a

100 % branch of Schlecker. Workers were offered new contracts with wages more than 35 % below the former level. Those who accepted were sent to a shop quite near to the place that had worked; sometimes it was the same shop. They had to perform the same kind of work as before, but for much lower wages.

Trade unions protested but were not able to organize a strike. Press and television gave critical reports. The majority in the population was on the side of the workers; some lawyers tried to prove that the way of treating them was a circumvention of the law which guarantees acquired rights in cases of transfer of enterprises and plants. But this was not decisive. The volume of sales went down and it seemed possible that this was a consequence of the public campaign. The owners decided to close down Meniar, their temporary employment agency, improving by this way their reputation and getting back their customers. Workers got their previous salaries again.

The story is told here because it shows some features which are never dealt with in labour law. Let's assume that in the shops of Schlecker there were a union density of 80 %. The union would have decided to fight against the intended decrease of wages demanding that Meniar should go out of business. Of course, Schlecker would have refused, the union would threaten the workers going to strike. What would be the consequence? Schlecker would get an injunction against the union at the labour court. The strike would be prohibited because of its illegal aim: To continue or not to continue a business is a so-called entrepreneurial decision which must not be an object of a collective agreement or a strike. One could organize a strike for better working conditions at Meniar – but it is still doubtful whether workers not affected by the measures could participate in a kind of solidarity strike. All these legal obstacles do not exist if press and television advocate the end of the temporary employment agency and if some consumers go to another firm. Leaving the sphere of collective bargaining becomes an advantage for the workers. Dear labour law colleagues – please bear it in mind!

What is possible in Germany may happen in China, too. On January 1st 2008 the new labour contract law came into force. One of its provisions contained the rule that after ten years of service with the same employer a fixed-term-contract was transformed automatically into an open-ended-contract. Huawei, an IT-firm, had a lot of employees who fulfilled this condition. The enterprise “asked” them to cancel the employment

contract in October or November 2007. In the beginning of January they would get a new fixed-term-contract with the conditions they had before. Legally it was as doubtful as Schlecker's strategy, but it is difficult for a worker who wants to continue with the employer to go to court. However, the press intervened: It seemed to be obvious that the new rule was circumvented. Huawei gave in and granted open-end-contracts to all workers concerned.

Using the route of labour law would have been quite risky, too. It was quite unclear how the courts would decide: if it would be clear that Huawei pressed workers to sign a cancellation contract, the court would probably have decided in favour of the workers. But what would happen if the pressure could not be proven? The worker had asked for unpaid leave – why not? There is no necessity to use the suspension of the employment contract; an interruption of the contractual relationship is admissible, too.

Why can the public opinion get such results? The first thing you need is the personal commitment of some critical journalists and a political framework that permits such a kind of reports. A possible private owner of the newspaper will normally not be opposed as long as the articles will be read and the newspaper often quoted. The second thing is that a lot of people share social values thinking that over-exploitation is unacceptable and immoral. That is still the case in Germany as well as in France or in Spain; whether it will be the same in the United States seems to be more doubtful. In China, capitalist exploitation is still considered as a transitional phenomenon; to criticize excesses will be accepted by the big majority of the people. To share certain values is a much lower threshold than engaging in trade union activity or in a strike. Even boycotting certain goods does not require a high degree of courage. Public pressure can therefore be organized much easier than traditional collective actions.

On the other side, most of the enterprises are quite sensitive as to their public reputation. They never know if some newspaper articles will have a negative impact on their volume of sales. The risk to lose customers on the market seems to be much more important than the reduction of wage costs which is normally the reason for socially unacceptable measures. The sensitivity is very high at retail firms which have a direct contact to the consumer, but it is less developed with heavy industry which sells its products to the state (weapons!) or exclusively to other enterprises.

Criticizing the behaviour of undertakings does not always deal with obvious facts like in the Schlecker or the Huawei case. It may happen that the enterprise denies the accusation affirming that everything is o.k. It may go to court in order to get an injunction giving it the right to publish a counterstatement. If the information comes from an employee we are confronted with the problems of a whistleblower whose position is quite ambiguous balancing between betrayer and hero. The European Court of Human Rights has strengthened the position of such a person who can invoke the freedom of opinion even in cases in which the facts cannot be proven. The limits of this fundamental right are passed only if the facts are wrong and the whistleblower has acted with gross negligence.

What was said for press and television is also valid for the internet. Whether a blog can replace in a certain way a newspaper and become a starting point of a campaign depends on the actual role of the internet in the country. In the near future it will be everywhere a decisive forum for public opinion. The difference to press and television is its more democratic character: one does no more need critical “journalists”; some critical bloggers can fulfil the same function. In Twitter and other social media popular persons can have many “followers” who receive automatically all their declarations. If the Chilean students’ leader Camila Vallejo has 700.000 followers this is an equivalent to the power of a big newspaper. The internet can in a certain way give more possibilities to individuals than other media before. If some few people give a good and convincing evaluation of an event, that can be the starting point of a campaign against socially unacceptable behaviour of enterprises and managers.

II. Collective action in the internet

More and more, work is done in the internet. One can use the internet to support collective actions in the “real world” and one can disturb the working process in the internet.

As to the first alternative, I would like to mention the collective actions workers and their friends had realized with IBM Italy. Like in other countries, there is the internet platform “Second life”. Each person can create a virtual human being (“avatar”) giving him certain good and certain bad qualities. In 2007, about 3000 persons from more than 30 countries

“played” the collective bargaining process at IBM Italy adding some important modifications to the reality: Hundreds of pickets were present, big demonstrations occurred and a meeting of the board of directors could not continue because many strikers entered the room. The decision-makers were highly impressed; could it not be possible that the actions in the game could become reality? The next day an agreement was found in which IBM renounced to all intended income reductions. The situation is similar to the public campaign: Unlike in a strike, the individuals did not run any risk. For some of them, the participation may have been even a funny thing bringing some new accents into the routine of everyday life.

IT-technology can be disturbed. In 2002, there was a new form of collective action against the German Lufthansa. The company had collaborated with the government bringing back people to their home countries, people who had tried to get political asylum in Germany but were refused. It was clear that many of them would go to prison after they arrived in their country, some of them would be tortured or brought to death. An initiative of citizens protested against this practice; they developed the slogan: Three classes with Lufthansa - economy class, business class, deportation class. The conflict escalated when a Nigerian citizen arrived dead in his country despite being accompanied by two German policemen. The initiative decided to block the Lufthansa booking system by sending so many e-mails to it that it would break down. They developed a specific software which sent three e-mails every second to the Lufthansa computer. During some hours the Lufthansa was off-line but then found a way out in using other computers. One of the members of the initiative was prosecuted for duress but was acquitted by the court of appeal of Frankfurt.

Other forms are considered to be illegal sabotage. A computer scientist was dismissed and should be replaced by a private firm. He installed a very sophisticated computer virus which blocked the whole system two days after he left his job. He was the only person able to find out where the virus was and how it could be dealt with. So he was asked every week to come back and help until by accident his method was discovered. Another computer scientist changed the main passwords of his employer before leaving; so the firm was paralyzed during several days. Another story is spread concerning a system administrator: He modified the programmes in a way that everything was deleted if in his personal file the words “dismissed by the employer” would appear.

III. Perspectives

The decline of collective bargaining is not the end of defending workers' interests. Labour lawyers will perhaps be forced to look into other fields of law like freedom of the press, internet communication and consumers' activities. In the medium and long term this way of action can even be more efficient than traditional collective bargaining. Would it not be a good advice for employers to tell them: Defend collective bargaining? You will be better off! This can (and should) be an object of further discussion.

