

# FÜR EINE EFFEKTIVE DURCH- SETZUNG VON VERBRAUCHER- RECHTEN IN DER PLATTFORM- ÖKONOMIE

Stellungnahme  
des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv)

zum Konsultationspapier des Bundeskartellamtes  
zur Sektoruntersuchung Vergleichsportale

4. Februar 2019

## **Impressum**

*Verbraucherzentrale  
Bundesverband e.V.*

*Team  
Recht und Handel*

*Markgrafenstraße 66  
10969 Berlin*

*Recht-und-Handel@vzbv.de*

Inhalt

<b>I. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>3</b>
<b>II. ERKENNTNISSE DER UNTERSUCHUNG „VERGLEICHSPORTALE“ AUS VERBRAUCHERSICHT</b>	<b>4</b>
<b>III. DIE SEKTORUNTERSUCHUNG ALS AUSGANGSPUNKT FÜR PRIVATE UND BEHÖRDLICHE DURCHSETZUNGSMAßNAHMEN</b>	<b>5</b>
1. Mehrwert der Sektoruntersuchung.....	5
2. Erkenntnisse im Einzelnen.....	6
2.1 Kooperationen, Verflechtungen (E.1, Seite 32 ff. und F.2.1., Seite 109 ff.) .....	7
2.2 Marktabdeckung (E 2, Seite 51 ff. und F.2.2., S. 111 ff.).....	7
2.3 Vorauswahl (E 3, Seite 60 ff. und F 2.3, S. 113) .....	8
2.4 Position 0 (E 4, Seite 64 ff. und F.2.4, S. 113 ff.) .....	9
2.5 Ranking (E 5, Seite 71 ff. und F.2.5., S. 115 ff.).....	9
2.6 Sonstige Beeinflussungsfaktoren (E 6, Seite 90 ff., F.2.6., Seite 117 ff.).....	10
2.7 Nutzerbewertungen (E 7, Seite 119 ff., F.2.7., Seite 119 ff.) .....	10
3. Fazit .....	11
<b>IV. KONSEQUENZEN FÜR DIE PLATTFORMREGULIERUNG</b>	<b>12</b>
1. Konkrete gesetzgeberische Definition der Verantwortung von Vergleichsplattformen .....	12
2. Konkretisierung des Lauterkeitsrechts .....	14

# I. ZUSAMMENFASSUNG

Das Bundeskartellamt hat mit dem am 12.12.2018 vorgelegten Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung Vergleichsportale eine systematische und konkrete Marktanalyse aus verbraucherrechtlicher Sicht vorgelegt.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) begrüßt es, dass das Bundeskartellamt die Durchsetzung des Verbraucherrechts im digitalen Bereich mit seinen neuen Befugnissen stärkt.

Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung decken sich mit Erkenntnissen der Verbraucherzentralen und des vzbv und vertiefen diese. Dabei hat das Bundeskartellamt insbesondere von seinen vorbereitenden behördlichen Ermittlungsbefugnissen Gebrauch gemacht. Auf diese Weise kommt das Bundeskartellamt zu einer umfassenden Darstellung von Marktstruktur, Geschäftsmodellen und Finanzierungsformen und liefert neue Erkenntnisse, vor allem mit Blick auf das Ranking von Vergleichsergebnissen. Es wird detailliert aufgeschlüsselt, welche Methoden die Vergleichsportale anwenden, um je nach gezahlter Provision die Platzierung eines Anbieters in den Suchergebnissen zu variieren.

Die Erkenntnisse des Bundeskartellamtes eröffnen insbesondere für die zivilrechtliche Durchsetzung des Verbraucherrechts neue Perspektiven. Namentlich die Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung zu Kooperationen und Verflechtungen der Portale untereinander sowie zur Marktabdeckung können auch im Rahmen der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung genutzt werden, um die festgestellten Verstöße abzustellen. Auch mit Blick auf die kartellrechtlichen Befugnisse des Bundeskartellamtes kann die Sektoruntersuchung Anlass zu weiteren Maßnahmen bieten, insbesondere sofern durch die festgestellten Kooperationen und Verflechtungen der Wettbewerb behindert wird. Insofern ist das Instrument der Sektoruntersuchung auch ohne einen weiteren Ausbau der Durchsetzungsbefugnisse des Bundeskartellamtes wertvoll.

Teilweise ist allerdings der Rückgriff auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erforderlich, um die vom Bundeskartellamt generell vermuteten Verstöße im Einzelfall vor Gericht zu beweisen. Das gilt insbesondere für die verschiedenen Methoden der Vergleichsportale, um einen Anbieter je nach gezahlter Provision in den Suchergebnissen weiter vorne oder hinten zu platzieren.

Die Sektoruntersuchung verdeutlicht darüber hinaus die Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber die Verantwortung von Plattformen gegenüber Anbietern und Verbrauchern<sup>1</sup> konkret definiert. Insoweit können die EU-Regelungen für „unabhängige Vergleichsplattformen“ in den Bereichen Zahlungskonten, Telekommunikation und Energie ein Orientierungspunkt für generelle marktweite Regelungen sein.

---

<sup>1</sup> Die gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf weibliche und männliche Personen. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Doppelbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

## II. ERKENNTNISSE DER UNTERSUCHUNG „VERGLEICHSPORTALE“ AUS VERBRAUCHERSICHT

Die Untersuchung des Bundeskartellamtes<sup>2</sup> deckt sich in den zentralen Ergebnissen mit den Befunden, zu denen auch der vzbv und die Verbraucherzentralen mit ihren eigenen Untersuchungen zu Vergleichsportalen gekommen sind. Der Marktwächter Digitale Welt von vzbv und Verbraucherzentralen hat sich im Februar 2016 in der Untersuchung „Buchungs- und Vergleichsportale – die schwierige Suche nach dem günstigsten Preis“ mit Verbraucherproblemen bei Vergleichsportalen in den Bereichen Energie, Flüge und Telekommunikation befasst<sup>3</sup>. Die besonderen Probleme von Vergleichsportalen im Finanzsektor sind im Auftrag des vzbv vom Institut für Finanzdienstleistungen in der „Studie zur Bewertung des Rankings von Vergleichsportalen in Bezug auf Finanzdienstleistungsprodukte“ im Februar 2017 dargestellt worden<sup>4</sup>. Namentlich die Intransparenz über die Marktabdeckung<sup>5</sup> und über die Verflechtung der Portale untereinander<sup>6</sup> sind in diesen Untersuchungen bereits analysiert und konkret beschrieben worden.

Die Untersuchung des Bundeskartellamtes geht im Vergleich zu den Untersuchungen der Verbraucherorganisationen einen wichtigen nächsten Schritt. Sie bezieht einen sehr breiten Kreis von Vergleichsportalen in die Untersuchung ein und analysiert auf dieser Grundlage Marktstrukturen, Geschäftsmodelle und Finanzierungsformen im Bereich der Vergleichsportale umfassend.

Das Bundeskartellamt setzt hierbei die im Rahmen der 9.GWB-Novelle eingeführten Ermittlungsbefugnisse für verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen gezielt und effektiv ein, um zusätzliche Erkenntnisse zu gewinnen. Insbesondere die verschiedenen Methoden, mittels derer die Vergleichsportale die Provisionszahlungen beim Ranking der angezeigten Angebote einbeziehen, konnten auf diese Weise sehr umfassend und konkret dargestellt werden.

An einigen Stellen haben indes vzbv und Verbraucherzentralen auch Verbraucherprobleme festgestellt, die von der Untersuchung des Bundeskartellamtes nicht weiter betrachtet werden. Zentrale Erkenntnisse aus der Untersuchung des Marktwächters Digitale Welt waren etwa auch, dass im Direktvertrieb der Anbieter häufig günstigere Preise zu bekommen sind als über Vergleichsportale<sup>7</sup> und dass es vor allem bei Flugreiseportalen gravierende Defizite bei der Preistransparenz gibt, weil die Preise im

---

<sup>2</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung Vergleichsportale vom 12.12.2018, im Internet unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung\\_Vergleichsportale\\_Konsultation.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Vergleichsportale_Konsultation.html), im Folgenden zitiert: Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung

<sup>3</sup> Marktwächter Digitale Welt, Buchungs- und Vergleichsportale – die schwierige Suche nach dem günstigsten Preis, Februar 2016, [https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchung\\_preisvergleichsportale\\_0.pdf](https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchung_preisvergleichsportale_0.pdf)

<sup>4</sup> Institut für Finanzdienstleistungen (IFF) im Auftrag des vzbv, Studie zur Bewertung des Rankings von Vergleichsportalen in Bezug auf Finanzdienstleistungsprodukte, 14.02.2017, im Internet unter [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/05/26/1317\\_vzbv\\_vergleichsportale\\_2017\\_05\\_19.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/05/26/1317_vzbv_vergleichsportale_2017_05_19.pdf)

<sup>5</sup> Marktwächter Digitale Welt, a.a.O. (Fn. 3), S. 54, IFF, a.a.O. (Fn. 4), S. 33 ff.

<sup>6</sup> Marktwächter Digitale Welt, a.a.O. (Fn. 3), S. 49 ff., IFF, a.a.O. (Fn. 4), S. 41 ff., 44 ff.

<sup>7</sup> Marktwächter Digitale Welt, a.a.O. (Fn. 3), S. 21

Laufe des Buchungsvorgangs gegenüber dem zunächst angezeigten Endpreis ansteigen<sup>8</sup>. Diese Umstände lassen sich allerdings auch ohne Ermittlungsbefugnisse feststellen; die hiermit möglicherweise verbundenen Verbraucherrechtsverstöße sind daher auch der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung zugänglich. Insofern ist es nachvollziehbar, dass das Bundeskartellamt diese Aspekte nicht weiter vertieft.

Anzumerken bleibt schließlich, dass aus Verbrauchersicht eine vergleichbar intensive Auseinandersetzung mit den Vergleichs- und Bewertungssystemen von Google und Amazon sehr wertvoll wäre, weil diese Plattformen im Alltag der Verbraucher besonders präsent sind. In diesem Zusammenhang wäre auch eine vertiefte Analyse von Nutzerbewertungen sinnvoll.

Auf der Grundlage des vom Bundeskartellamt gewählten Untersuchungsdesigns ist es nachvollziehbar und folgerichtig, dass die beim Thema „Nutzerbewertungen“ zutage getretenen Probleme überschaubar bleiben. Das liegt daran, dass die meisten der vom Bundeskartellamt untersuchten Vergleichsportale geschlossene Bewertungssysteme nutzen<sup>9</sup>. Hier sind gefälschte oder manipulierte Nutzerbewertungen eher selten, weil nur tatsächliche Nutzer nach Abschluss einer Transaktion Bewertungen abgeben können.

Die auf den Produktvertrieb konzentrierten Angebote von Google und Amazon räumen Nutzerbewertungen dagegen insgesamt einen deutlich höheren Stellenwert ein als die vom Bundeskartellamt untersuchten Vergleichsportale; gleichzeitig sind die hier verwendeten offenen Bewertungssysteme sehr viel anfälliger für Missbrauch. Der Marktwächter Digitale Welt hat in seiner Untersuchung zu Nutzerbewertungen im April 2018 die Strategien der Anbieter zur Reduzierung von Manipulationsrisiken dargestellt und dabei teilweise erhebliche Defizite festgestellt<sup>10</sup>. Um zu konkretisieren, inwieweit hieraus Verbraucherrechtsverstöße abzuleiten sind<sup>11</sup>, wären die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes eine wertvolle Hilfe.

### **III. DIE SEKTORUNTERSUCHUNG ALS AUSGANGSPUNKT FÜR PRIVATE UND BEHÖRDLICHE DURCHSETZUNGSMÄßNAHMEN**

#### **1. MEHRWERT DER SEKTORUNTERSUCHUNG**

Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung liefern wertvolle Hinweise für die Rechtsdurchsetzung. Dies gilt gleichermaßen für die traditionelle private Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche wie auch mögliche behördliche Zuständigkeiten,

---

<sup>8</sup> Marktwächter Digitale Welt, a.a.O. (Fn. 3), S. 38 ff.

<sup>9</sup> Bundeskartellamt, Konsultation zur Sektoruntersuchung (Fn. 2), S. 107.

<sup>10</sup> Marktwächter Digitale Welt, Fälschungen bei Bewertungen – bekämpfen Online-Portale sie wirksam?, April 2018, <https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchungsbericht-bewertungsportale.pdf>.

<sup>11</sup> vgl. zu den grundsätzlichen rechtlichen Anforderungen Marktwächter Digitale Welt, a.a.O. (Fn. 10), S. 31 ff.

für die es bislang keine die Befugnis zur Sektoruntersuchung ergänzende Rechtsgrundlage gibt.

Mit Blick auf die private Rechtsdurchsetzung ist festzustellen, dass die Sektoruntersuchung Erkenntnisse über die Marktstruktur, das Anbieterverhalten und bestimmte für Verbraucher wichtige Informationen und Leistungsmerkmale enthält. Bereits daraus lassen sich Rückschlüsse tatsächlicher und rechtlicher Art ziehen, die bei der privaten Rechtsdurchsetzung von erheblichem Nutzen sein können. Differenzen zwischen Anbieterverhalten und Verbrauchererwartung bilden den Ausgangspunkt für eine richterliche Konkretisierung und Fortbildung des Lauterkeitsrechts – etwa im Hinblick auf ungeschriebene Informationspflichten – und auf der Kehrseite die spiegelbildlichen lauterkeitsrechtlichen Tatbestände einer Irreführung durch Unterlassen (§ 5a UWG).

Der Mehrwert der Sektoruntersuchung liegt damit vor allem darin, den Durchsetzungsbedarf aufzuzeigen sowie im Einklang mit dem erklärten Willen des Gesetzgebers „mögliche Durchsetzungsdefizite zu ermitteln“<sup>12</sup>. Dass es gegenwärtig Durchsetzungsdefizite gibt, bedeutet demgegenüber nicht zwangsläufig, dass diese Defizite allein behördlich abgestellt werden können. Vielmehr wird es im Einzelfall darauf ankommen, ob die Sektoruntersuchung hinreichende Grundlagen für private Durchsetzungsmaßnahmen bietet, mit denen die erkannten Defizite beseitigt werden können. Darüber hinaus legen manche der festgestellten Durchsetzungsdefizite die Frage nahe, ob eine konsequente Durchsetzung des Lauterkeitsrechts ausreicht oder ob der Gesetzgeber ergänzend klarere Rahmenbedingungen für das Tätigwerden von Plattformen schaffen sollte (vgl. dazu Abschnitt IV.).

## 2. ERKENNTNISSE IM EINZELNEN

In dem Kapitel F „Rechtliche Einordnungen“ (Seite 108 ff.) wird ausgeführt, ob die im Rahmen der Sektoruntersuchung festgestellten Erkenntnisse Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) begründen. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung lassen überwiegend den Schluss zu, dass diverse Verstöße gegen das UWG vorliegen. Als einschlägige Vorschriften werden

- § 5 (Irreführung),
- § 5a Absatz 2 (Transparenzpflichten) und
- § 5a Absatz 6 (verdeckte Werbung) genannt.

Aufgrund der Untersuchungsergebnisse und eigener einschlägiger Erkenntnisse<sup>13</sup> teilt der vzbv diese Einschätzung. Allerdings steht mit dem Befund der Sektoruntersuchung ein Verstoß gegen die genannten verbraucherrechtlichen Vorschriften noch nicht fest. Damit Akteure der privaten Rechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Sektoruntersuchung tätig werden können, müssen die für wahrscheinlich gehaltenen Verstöße bei konkreten Anbietern individuell nachgewiesen werden. Sofern ein Verstoß auch ohne Rückgriff auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nachzuweisen ist, ist der Beweis auf dem Weg der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung unproblematisch. Sofern die Kenntnis von Unternehmensinterna erforderlich ist für den Nachweis, gerät die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung an Grenzen; hier kann aber eine sekundäre Beweislastregelung zulasten des Anbieters helfen, sofern es gelingt, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit

---

<sup>12</sup> Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zur 9. GWB-Novelle, Drs.18/11446 vom 08.03.2017, Seite 26

<sup>13</sup> Vgl. die Studien von vzbv und Verbraucherzentralen unter Fn. 3 und 4

eines Verstoßes zu belegen. Außerdem wird in vielen Fällen ein Abgleich des Anbieterverhaltens mit der Verbrauchererwartung erforderlich sein.

### **2.1 Kooperationen, Verflechtungen (E.1, Seite 32 ff. und F.2.1., Seite 109 ff.)**

Die Sektoruntersuchung hat ergeben, dass zwischen den Vergleichsportalen Kooperationen und Verflechtungen in der Weise bestehen, dass Portale auf die Datensätze und/oder Vergleichsrechner anderer Portale zugreifen. Hierüber informierten die einschlägigen Portale jedoch nicht oder nur „sehr begrenzt“<sup>14</sup>. Wenn Portale in diesen Fällen mit ihrer Werbung den Eindruck erwecken, sie würden eine eigenständige Analyse und Sortierung der Angebote vornehmen, dürfte regelmäßig ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot vorliegen.

Insoweit kann die private Rechtsdurchsetzung Hinweise auf Kooperationen und Verflechtungen, die sich zum Beispiel aus den vom Bundeskartellamt als unzureichend identifizierten Informationen der Webseite oder den AGB ergeben, aufgreifen und überprüfen. Dafür können der Sektoruntersuchung – wie auch schon den Untersuchungen der Verbraucherorganisationen<sup>15</sup> – konkrete Hinweise auf Kooperationen entnommen werden.<sup>16</sup>

Wird nachweisbar der Datensatz oder Vergleichsrechner eines anderen Portals ohne zusätzliche eigene Datensortierung beziehungsweise Analyse durch ein Vergleichsportal genutzt und durch die Werbung der Eindruck eines eigenen Vergleichs hervorgerufen, ist von einer Irreführung nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 UWG auszugehen. Wird das Vergleichstool eines anderen Portals ohne Kennzeichnung in der Webseite eines anderen Portals eingebunden, könnte auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 5a Absatz 2 UWG) in Frage kommen.

Überdies können die vom Bundeskartellamt festgestellten Kooperationen und Verflechtungen auch Anlass geben, dass das Bundeskartellamt auch auf kartellrechtlichem Weg gegen die hiermit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen vorgeht.

Darüber hinaus ist auch die Erkenntnis von Nutzen, dass vertikale Verflechtungen entweder nicht vorkamen oder keinen Anlass für Beanstandungen geben<sup>17</sup>, so dass insoweit keine Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen zu ergreifen sind. Interessant wäre aber mit Blick auf eine mögliche Bevorzugung unternehmenseigener Angebote bei den Vergleichen eine Untersuchung des Marktauftritts von Amazon, das von Verbrauchern gleichzeitig als Vergleichsportal und als Onlineshop genutzt wird.

### **2.2 Marktabdeckung (E 2, Seite 51 ff. und F.2.2., S. 111 ff.)**

Die Sektoruntersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass die Vergleichsportale je nach Branche eine unterschiedlich hohe oder niedrige Marktabdeckung haben. Auf Defizite würden Verbraucher nicht oder nur begrenzt hingewiesen. Damit liege voraussichtlich ein Verstoß gegen Transparenzpflichten vor (§ 5a Absatz 2 UWG).

---

<sup>14</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung, Kapitel F 2.1 (Seite 110)

<sup>15</sup> Marktwächter Digitale Welt, a.a.O. (Fn. 3), S. 49 ff., IFF, a.a.O. (Fn. 4), S. 41 ff., 44 ff.

<sup>16</sup> Vgl. die Übersicht zu Kooperationen im Energiesektor auf Seite 40 des Konsultationspapiers zur Sektoruntersuchung, Kapitel E.1.4.1. und im Reisesektor auf Seite 46 f., Kapitel E.1.4.5

<sup>17</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier, zur Sektoruntersuchung Kapitel E (Seite 50) und F 2.1 (Seite 109)



Der Verbraucherzentrale Bundesverband teilt diese Einschätzung. Der Transparenzanspruch aus § 5a Absatz 2 UWG zielt auf eine informierte Entscheidung in voller Sachkenntnis. Eine reduzierte Marktabdeckung dürfte grundsätzlich weder dem Interesse noch der Erwartung der Verbraucher entsprechen. Dabei mag die Verbrauchererwartung an den konkreten Grad der Marktabdeckung je nach Dienstleistungsbereich unterschiedlich zu beurteilen sein.<sup>18</sup> Für die Transparenzpflicht entscheidend dürfte aber bereits die Einschätzung sein, dass

- die Marktabdeckung regelmäßig als wesentliche Information im Sinne des Transparenzgebots einzustufen ist und
- der Grad der Marktabdeckung tatsächlich branchenbezogen variiert.

Bereits nach geltendem Recht müssen Versicherungsmakler, die bei ihrer Empfehlung eine eingeschränkte Auswahl an Versicherungen zu Grunde legen, gemäß § 60 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) auf die eingeschränkte Marktabdeckung hinweisen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie bestimmte Versicherer in ihrer Auswahl nicht berücksichtigen, weil sie von diesen keine Provisionszahlungen erwarten können.<sup>19</sup>

Nach den Feststellungen in der Sektoruntersuchung spricht einiges dafür, den Rechtsgedanken aus § 60 VVG zu verallgemeinern und als lauterkeitsrechtliche Informationspflicht gemäß § 5a Absatz 2 UWG über die Marktabdeckung beziehungsweise die Nichtberücksichtigung marktstarker Anbieter anzuerkennen. Das hieße zunächst, dass über die Marktabdeckung klar und unmissverständlich zu informieren ist. Sodann wäre durch richterliche Rechtsfortbildung zu klären, wie weitreichend und konkret diese Informationspflicht ausgestaltet werden muss. Eine solche gerichtliche Klärung kann im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung herbeigeführt werden.

Soweit im Einzelfall Informationen über die Marktabdeckung bereitgestellt werden, wird im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung überdies zu prüfen sein, ob die Informationen ausreichend sind. Ein allgemein gehaltener Negativhinweis – etwa in der Form, dass nicht alle am Markt tätigen Anbieter und Angebote auf seinem Vergleichsportal erfasst werden - könnte wegen mangelnder Konkretisierung weiterhin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot in § 5a Absatz 2 UWG begründen. Darüber hinaus bleibt zu prüfen, ob die Marktkommunikation den irreführenden Eindruck einer hinreichenden Marktabdeckung erweckt.

### **2.3 Vorauswahl (E 3, Seite 60 ff. und F 2.3, S. 113)**

Die Sektoruntersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass die Vergleichsportale insbesondere im Bereich Energie solche Angebote von der Darstellung im Erstranking ausschließen, deren Anbieter keine Provision an die Portale bezahlen. Insoweit hat bereits der BGH entschieden, dass die exklusive Berücksichtigung von Anbietern, die eine Provision zahlen, eine wesentliche Information im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG ist.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband geht deshalb davon aus, dass die unterlassene Information über eine von Provisionszahlungen abhängige Vorauswahl einen Verstoß gegen die Transparenzpflicht darstellt. Eine Abmahnung durch die private Rechts-

---

<sup>18</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier, zur Sektoruntersuchung Kapitel F 2.12 (Seite 111)

<sup>19</sup> Prölss/Martin/Dörner, 30. Aufl. 2018, VVG § 60 Rn. 3-6



durchsetzung ist hier aber nur möglich, wenn nachgewiesen werden kann, dass das jeweilige Vergleichsportal im Erstranking Angebote ausschließt, für die keine Provision durch den Anbieter gezahlt wird.

Dies zeigt ein Verfahren eines Wettbewerbsverbands gegen ein Vergleichsportal über Bestattungsdienstleistungen: Das Portal hatte Verbraucher nicht darauf hingewiesen, dass der Preisvergleich nur solche Anbieter erfasst, die sich für den Fall eines erfolgreich vermittelten Vertragsabschlusses zu einer Provisionszahlung gegenüber dem Portal verpflichteten. Dieser Hinweis ließ sich aber nur dem Geschäftskundenbereich des Portals entnehmen. Verbraucherverbände können solche Verfahren nur führen, wenn ihnen die erforderlichen Informationen ebenfalls zugänglich sind oder anderen Quellen entnommen werden können. Der Bundesgerichtshof<sup>20</sup> hat in dem entschiedenen Fall einen Verstoß gegen das Transparenzgebot in § 5a Absatz 2 UWG angenommen.

#### **2.4 Position 0 (E 4, Seite 64 ff. und F.2.4, S. 113 ff.)**

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Sektoruntersuchung festgestellt, dass Angebote im Erstranking unter anderem dann auf die Position 0 gestellt werden, wenn der Anbieter eine zusätzliche Zahlung an das Portal leistet. In diesem Fall geht das Bundeskartellamt von einem Verstoß gegen das allgemeine Verschleierungsverbot gemäß § 5a Absatz 6 UWG aus, wenn keine oder keine hinreichende Kennzeichnung des kommerziellen Charakters des Angebots erfolgt.

Ob für die Position 0 eine Vergütung zwischen den Anbietern und dem Portal vereinbart wurde, ist durch die private Rechtsdurchsetzung nicht feststellbar. Ergeben sich jedoch Hinweise aus den Informationen auf der Webseite des Portals, könnte auch die private Rechtsdurchsetzung wegen fehlender Kennzeichnung des kommerziellen Charakters gegen den jeweiligen Anbieter vorgehen.

Als Beispiel lässt sich hier das Urteil des Landgerichts München I<sup>21</sup> zu einem Bewertungsportal für Ärzte anführen: Danach ist von einer Irreführung auszugehen, wenn nicht kenntlich gemacht wird, dass für eine Platzierung ein Entgelt gezahlt wurde. Hier lieferte die vom Portal verwendete Kennzeichnung der Angebote durch den Begriff „Premium-Partner“ und entsprechende Erläuterungen den erforderlichen Hinweis auf die bezahlte Topplatzierung.

Für die Position 0 vergebene Bezeichnungen („Unser Tipp“, „Bester Öko-Tarif“) können auf ihren Aussagegehalt hin mit den Instrumenten der privaten Rechtsdurchsetzung überprüft werden. Denn nach § 5a Absatz 2 Satz 2 Nr. 2 UWG stellt die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise ein Vorenthalten von Informationen und damit eine unlautere Handlung dar.

#### **2.5 Ranking (E 5, Seite 71 ff. und F.2.5., S. 115 ff.)**

Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass das Erstranking durch zusätzliche Vergütungen der Anbieter an die Portale beeinflusst werden kann. Wenn dann durch die Bewerbung des Erstrankings bei Verbrauchern der Eindruck eines am Bedarf des Nutzers

---

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 27.04.2017 (Az. I ZR 55/16); siehe insoweit auch die Konsultation zur Sektoruntersuchung zur rechtlichen Einordnung der Marktabdeckung, Seite 112 f., mit Verweis auf das hier zitierte Urteil in Fußnote 74.

<sup>21</sup> LG München I, Urteil vom 18.03.2015 (Az. 37 O 19570/14)

orientierten Rankings erweckt wird, erkennt das Bundeskartellamt darin einen möglichen Verstoß gegen § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 UWG.<sup>22</sup>

Ob Provisionen *tatsächlich* vereinbart und in welcher Höhe gegebenenfalls Provisionen geleistet wurden, lässt sich im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung schwerlich ermitteln. Macht ein Portal auf seiner Internetseite Angaben hierzu, könnte durch die private Rechtsdurchsetzung überprüft werden, ob diese Informationen ausreichend sind oder hinter der Transparenzpflicht zurückbleiben (§ 5a Absatz 2 UWG) oder ob die Werbung einen irreführenden Eindruck erweckt (§ 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 UWG). Falls es dann darauf ankommt, welchen Einfluss Provisionszahlungen tatsächlich auf das Ranking haben, könnte ein offenkundig unklarer Hinweis des Anbieters hinreichende Anhaltspunkte für eine sekundäre Darlegungslast des Beklagten liefern. So ergeben sich aus der Sektoruntersuchung bereits konkrete Hinweise auf sogenannte „Ranking Booster, mit denen Hotels bei bestimmten namentlich genannten Portalen ihre Platzierung durch Provisionszahlungen verbessern können.“<sup>23</sup> In diesen Fällen spricht einiges dafür, dass die Anbieter selbst darlegungs- und beweispflichtig in Bezug auf ihr jeweiliges Provisionsmodell sind.

Im Einzelfall können sich Hinweise auf eine Provisionszahlung auch im laufenden Verfahren ergeben. So konnte einem Beschluss des Landgerichts Berlin in einem einstweiligen Verfügungsverfahren<sup>24</sup> offenbar entnommen werden, dass sich aus vom Verfügungskläger vorgelegten Unterlagen eine Beeinflussung des Rankings durch Provisionszahlungen ergab.<sup>25</sup>

## 2.6 Sonstige Beeinflussungsfaktoren (E 6, Seite 90 ff., F.2.6., Seite 117 ff.)

Weist ein Portal fälschlich auf die Knappheit oder eine besonders große Nachfrage eines Angebots hin, so könnte nach Ansicht des Bundeskartellamts ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot vorliegen (Irreführung über die Verfügbarkeit). Auch sei laut Bundeskartellamt unklar, auf was sich die Hinweise konkret beziehen, beispielsweise auf das Angebot des Portals oder auf alle Unterkünfte des Hotels. Hier spricht das Bundeskartellamt aber nur von „Anhaltspunkten, dass derartige Verfügbarkeitshinweise häufig nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen“.<sup>26</sup>

Auch die private Rechtsdurchsetzung kann den Wahrheitsgehalt solcher Beeinflussungsfaktoren nicht ermitteln. Hier ließe sich aber möglicherweise der Informationsgehalt solcher Mitteilungen neben den vom Bundeskartellamt in Erwägung gezogenen Rechtsverstößen<sup>27</sup> auch anhand des Transparenzgebots gemäß § 5a Absatz 2 UWG überprüfen.

## 2.7 Nutzerbewertungen (E 7, Seite 119 ff., F.2.7., Seite 119 ff.)

Die vom Bundeskartellamt festgestellten Mängel liegen weniger im Bereich gefälschter Bewertungen als vielmehr in der Berücksichtigung nur jener Bewertungen von Kunden,

---

<sup>22</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung, Seite 116 f.

<sup>23</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung, Seite 82 f.

<sup>24</sup> LG Berlin, Beschluss vom 25.08.2011 (Az. 16 O 418/11)

<sup>25</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung, Kapitel F.2.5, Seite 116 f. mit Hinweis auf die dort zitierte Entscheidung des LG Berlin (Fußnote 88 der Sektoruntersuchung).

<sup>26</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier, zur Sektoruntersuchung, Seite 118

<sup>27</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier, zur Sektoruntersuchung, Seite 118 f.

die auch einen Vertrag abgeschlossen haben. Die Beanstandungen des Bundeskartellamts betreffen daher vor allem die konkrete Ausgestaltung des Bewertungssystems.

Macht ein Vergleichsportal Angaben zum Bewertungssystem, so können diese Informationen durch die private Rechtsdurchsetzung am Maßstab des Transparenzgebots (§ 5a Absatz 2 UWG) überprüft werden. Der durch die konkrete Werbung unter Verwendung von Nutzerbewertung hervorgerufene Eindruck gegenüber Verbrauchern ist am Maßstab des Irreführungsverbots zu messen (§ 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 UWG).

### 3. FAZIT

Dieser kursorische Abgleich der Möglichkeiten privater Rechtsdurchsetzung zeigt, dass zahlreiche festgestellte Mängel voraussichtlich mit Hilfe der privaten Rechtsdurchsetzung abgestellt werden können. Die Sektoruntersuchung liefert insoweit wertvolle Hinweise für künftige Unterlassungsverfahren.

Dort wo private Rechtsdurchsetzung heute noch auf Schwierigkeiten stößt, kann sie möglicherweise künftig auf Grundlage behördlicher Untersuchungen neue Wege gehen und von behördlichen Untersuchungsergebnissen – wie vorliegend der Sektoruntersuchung – profitieren, ohne dass die jeweils festgestellten oder vermuteten Rechtsverstöße zwingend behördlich geahndet werden müssten.

Der Ansatz, dass der Staat nur dann – unmittelbar, also behördlich – in das Wirtschaftsleben eingreifen sollte, wenn die privaten Akteure einschließlich der Verbände hierzu nicht in der Lage sind, gilt damit weiterhin.<sup>28</sup> Wie auch schon in der vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebenen Studie zu einer möglichen behördlichen Durchsetzung des Verbraucherrechts festgehalten wurde, gibt es keinen Anlass, den grundsätzlichen Vorrang der privaten Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht in Deutschland in Frage zu stellen. Etwaige zusätzliche Befugnisse des Bundeskartellamtes sollten nur in Reaktion auf konkret festgestellte Defizite der privaten Rechtsdurchsetzung eingeführt werden<sup>29</sup>.

Sollte der Gesetzgeber in dieser Weise die Durchsetzungsbefugnisse des Bundeskartellamtes punktuell erweitern wollen, so muss dies unter dem Vorbehalt stehen, dass dies erforderlich ist und dass die erfolgreiche Verbraucherrechtsdurchsetzung durch Wettbewerbs- und Verbraucherverbände nicht beeinträchtigt wird.

Wenn hiernach die Grenzen der Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung konkret definiert sind, so wären diese gesetzgeberisch zu fassen und korrespondierend dazu konkrete Aufgreifkriterien zur Konturierung des behördlichen Aufgreifermessens festzulegen. Außerdem wären die private und die behördliche Rechtsdurchsetzung durch eine institutionalisierte Kooperation und durch eine rechtlich geregelte Abschichtung und Bindungswirkung der Verfahren miteinander zu verzahnen.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Vgl. hierzu Podszun, Busch, Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung von Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Februar 2018, im Internet unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoeerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.html>, S. 23 f.

<sup>29</sup> Podszun, Busch, Henning-Bodewig, a.a.O. (Fn. 28), S. 297.

<sup>30</sup> Podszun, Busch, Henning-Bodewig, a.a.O. (Fn. 28), S. 274 ff. (288).

## IV. KONSEQUENZEN FÜR DIE PLATTFORM-REGULIERUNG

### 1. KONKRETE GESETZGEBERISCHE DEFINITION DER VERANTWORTUNG VON VERGLEICHSPLATTFORMEN

Die Untersuchung des Bundeskartellamtes ist nicht nur für die Durchsetzung des geltenden Rechts von Bedeutung, sondern sie steuert auch für die Diskussion über Regulierungsanforderungen im Bereich der Internetplattformen wichtige Erkenntnisse bei.

Das Bundeskartellamt führt im Konsultationspapier aus, dass die bisherigen legislativen Vorschläge für mehr Transparenz im Bereich der Plattformen nicht ausreichen würden, um die hier festgestellten Verstöße abzustellen, unter anderem weil solche Transparenzpflichten leicht umgangen werden könnten<sup>31</sup>. Dem ist zuzustimmen.

Allerdings sollte sich aus Sicht des vzbv das Tätigwerden des Gesetzgebers auch nicht auf Informationspflichten beschränken. Stattdessen sollte der Gesetzgeber die Verantwortung der Plattformen gegenüber Verbrauchern und Anbietern umfassend und konkret definieren.

Eine konkrete Technologieregulierung ist in Infrastrukturmärkten seit langem selbstverständlich. Plattformen bilden in einer digitalen Wirtschaft die Infrastruktur des Handels. Je weiter Verbraucher ihre Konsumententscheidungen an Plattformen delegieren, desto größer wird die Bedeutung der Plattformen nicht nur für die Entscheidungsautonomie der einzelnen Verbraucher, sondern auch für die Funktionsfähigkeit einer Marktwirtschaft, die auf dem Wechselspiel von Angebot und Nachfrage aufbaut. Ziel einer gesetzgeberischen Regulierung von Plattformen sollte es daher sein, dass die Plattformen ihre „Vermittlungsmacht“<sup>32</sup> nicht missbrauchen, sondern „dazu beitragen, die Suchkosten der Verbraucher zu reduzieren und die Entscheidungsfindung der Verbraucher zu verbessern“<sup>33</sup>.

Ein entsprechender Prüfmaßstab würde über den des UWG hinausgehen. Denn das UWG verbietet nur bestimmte unlautere Werbemethoden, verpflichtet aber nicht vorab zur Einhaltung bestimmter Standards.

Der Unterschied soll beispielhaft anhand der Berücksichtigung von Provisionszahlungen beim Ranking verdeutlicht werden: Nach dem Maßstab des UWG ist eine erkaufte Empfehlung dann irreführend und unzulässig, wenn Verbraucher eine Empfehlung auf der Basis von rein qualitativen Kriterien erwarten. Die Irreführungsfahr kann aber möglicherweise durch Disclaimer oder durch eine Hervorhebung des Werbecharakters ausgeschlossen werden. Das alleine führt aber noch nicht dazu, dass die entsprechende Empfehlung für den Verbraucher einen Mehrwert für seine Konsumententscheidung bietet.

---

<sup>31</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung, S. 126 f.

<sup>32</sup> Schweitzer, Haucap, Kerber, Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht im Auftrag des BMWi, 29.08.2018, im Internet unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15), S. 92; dort wird auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, diese Intermediationsmacht mit den Mitteln des Wettbewerbs zu kontrollieren.

<sup>33</sup> Bundeskartellamt, Konsultationspapier zur Sektoruntersuchung, S. 6.

Ausgehend von der Funktion der Vergleichsportale, Transparenz im Markt zu schaffen, sollte demgegenüber generell klargestellt werden, dass unabhängig vom Nachweis einer konkreten Irreführung Zahlungen von Anbietern an Vergleichsportale generell nicht für das „Erkaufen“ von Rankings oder Bestenplätzen in der Ergebnisanzeige verwendet werden dürfen<sup>34</sup>.

Ein interessanter erster Ansatzpunkt für derartige klare Vorgaben für Vergleichsportale sind die Regelungen für „unabhängige Vergleichsportale“, die derzeit für verschiedene Sektoren auf europäischer Ebene beschlossen worden sind. Für Zahlungskonten ist die entsprechende Regelung in Deutschland rechtlich schon umgesetzt<sup>35</sup>, wenn auch bislang noch kein entsprechendes zertifiziertes Vergleichsportal existiert<sup>36</sup>. Für den Sektor Telekommunikation gibt es mit dem Kodex für die elektronische Kommunikation inzwischen ebenfalls von EU-Seite die Verpflichtung, ein unabhängiges Vergleichsportal einzuführen<sup>37</sup>, und ebenso wird dies im Energiebereich nach der vor der Verabschiedung stehenden 4. Strommarktrichtlinie sein<sup>38</sup>.

Beispielhaft verlangt die für Zahlungskonten geltende Vergleichswebsite-Verordnung (VglWebV) vom Betreiber eines „unabhängigen Vergleichsportals“ unter anderem, dass

- Provisionen keine Auswirkungen auf das Vergleichsergebnis haben (§ 6 Nr. 4 VglWebV)
- Werbeanzeigen vom Auswahl- und Vergleichsprozess deutlich abgegrenzt sind und weder in der Ergebnisaufstellung noch in der Auswahlmaske zur Einstellung der Vergleichskriterien Werbeanzeigen enthalten sind (§ 6 Nr. 7 VglWebV)
- eine hinreichende Marktabdeckung gegeben ist oder über lückenhafte Marktabdeckung eindeutig informiert wird (§ 9 VglWebV)
- ein wirksames Verfahren für die Meldung und Berichtigung unrichtiger Informationen über Entgelte, Kosten und Vertragsstrafen eingerichtet ist (§ 10 VglWebV)
- der vollständige Programmcode der Konformitätsbewertungsstelle zur Verfügung gestellt wird, der sowohl für die Berechnung der Inhalte der Vergleichsergebnisse als auch für deren Anzeige eingesetzt wird (§ 14 VglWebV).

Die genannten EU-Bestimmungen verlangen jeweils nur ein unabhängiges Vergleichsportal in jedem Mitgliedstaat. Die Logik der Regelungen lässt sich aber ausweiten auf Vergleichsportale in ihrer Gesamtheit, die ja ebenfalls für sich in Anspruch nehmen, den Verbraucher „neutral“ und „objektiv“ zu informieren.

---

<sup>34</sup> vzbv, Positionspapier Vergleichs- und Buchungsportale, Juni 2017, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/06/23/17-06-23\\_vzbv\\_positionspapier\\_vergleichsportale.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/06/23/17-06-23_vzbv_positionspapier_vergleichsportale.pdf)

<sup>35</sup> Vgl. Art. 7 der Zahlungskontenrichtlinie 2014/92/EU, die in Deutschland vom Zahlungskontengesetz umgesetzt wird und für den hier interessierenden Bereich von der Vergleichswebsite-Verordnung - VglWebV vom 16.07.2018.

<sup>36</sup> Vgl. Handelsblatt, Aufbau von unabhängigem Vergleichsportals für Girokonten verzögert sich weiter, Artikel vom 18.01.2019, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/verbraucherschutz-aufbau-von-unabhaengigem-girokonten-vergleichsportal-verzoegert-sich-weiter/23881746.html>

<sup>37</sup> Art. 103 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

<sup>38</sup> Vgl. Art. 14 und Anhang I des Vorschlags COM(2016)864 der EU-Kommission für eine Richtlinie mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt

Ein Vorbild für eine solche marktweit geltende Regelung könnte der Kodex für Computerreservierungssysteme aus dem Reisebereich sein<sup>39</sup>. Dieser bezieht sich auf den vorgelagerten Bereich der „Systemverkäufer“, von denen die Vergleichsportale ihre Daten beziehen, aber die Regelungen lassen sich zu einem guten Teil auch auf Informationsangebote übertragen, die sich direkt an Verbraucher richten.

Zu klären wären im Rahmen einer solchen Plattformregulierung die Durchsetzungs- und Sanktionswege. Im Falle des Kodex für Computerreservierungssysteme ist die EU-Kommission Durchsetzungsbehörde mit den entsprechenden Ermittlungs- und Sanktionsbefugnissen. Für verbraucherorientierte Plattformen wären Durchsetzungsbefugnisse bei den jeweiligen sektoralen Behörden der Mitgliedstaaten sachgerecht.

## 2. KONKRETISIERUNG DES LAUTERKEITSRECHTS

Bis eine generelle Regulierung von Vergleichsportalen nach dem skizzierten Muster gesetzgeberisch verabschiedet ist, wird allerdings noch einige Zeit ins Land gehen. Bis dahin ist es von großer Bedeutung, dass die Bestimmungen des Lauterkeitsrechts für den rechtlich noch wenig konturierten Fall der Vergleichsplattformen konkretisiert werden.

Insoweit könnte die Konkretisierung des Lauterkeitsrechts durch die Beteiligung des Bundeskartellamtes und im Zusammenspiel mit der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung an Zugkraft gewinnen, was in einem dynamischen Marktumfeld wie dem der Vergleichsplattformen von großer Bedeutung ist. Zugleich könnten aus einer solchen allmählichen Konkretisierung des Lauterkeitsrechts weitere Impulse für ein Tätigwerden des Gesetzgebers entstehen.

---

<sup>39</sup> Verordnung (EG) Nr. 80/2009 über einen Verhaltenskodex in Bezug auf Computerreservierungssysteme und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2299/89 des Rates