

Prof. Dr. Christoph Busch, Maître en Droit

EFFEKTIVER VERBRAUCHER- SCHUTZ IM ONLINE-HANDEL: VERANTWORTUNG UND HAFTUNG VON INTERNETPLATTFORMEN

Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.

22. November 2019

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Recht und Handel

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

recht-und-handel@vzbv.de

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG UND RECHTSPOLITISCHE EMPFEHLUNGEN	4
II. EXECUTIVE SUMMARY AND POLICY RECOMMENDATIONS	9
III. EINLEITUNG	14
IV. GESCHÄFTSMODELLE IN DER PLATTFORMÖKONOMIE	15
1. Begriff der digitalen Plattform.....	15
2. Systematisierung von Plattform-Geschäftsmodellen.....	16
2.1 Informationsintermediäre	16
2.2 Vertrauensintermediäre	17
2.3 Transaktionsintermediäre	17
2.4 Hybride Geschäftsmodelle.....	18
V. ANALYSE DES GELTENDEN REGULIERUNGSRAHMENS	19
1. Vertragliche Rollenverteilung bei Plattformgeschäften.....	19
1.1 Plattform als Vermittler	20
1.2 Plattform als Anbieter	21
1.3 Intransparenz der Rollenverteilung	21
2. Plattformverträge im Vertragstypensystem	23
3. Haftung des Plattformbetreibers	24
3.1 Verletzung von Pflichten aus dem Plattformvertrag.....	24
3.2 Verbraucherrechtliche Pflichten, §§ 312 ff. BGB	27
3.3 Informationspflichten nach der Modernisierungsrichtlinie.....	30
3.4 Haftung der Plattform für vermittelte Transaktionen.....	32
3.5 Haftungsausschlüsse und Klauselkontrolle	36
3.6 Produkthaftungsrechtliche Verantwortung des Plattformbetreibers	37
4. Rankings	42
4.1 Hintergrund.....	42
4.2 Rechtliche Anforderungen an Rankings.....	42
5. Kundenbewertungen.....	48
5.1 Hintergrund.....	48
5.2 Rechtliche Anforderungen an Bewertungssysteme.....	49
6. Defizite im Bereich der Rechtsdurchsetzung	54
6.1 Ermittlungsdefizite	54
6.2 Personalisierung von Angeboten	54
VI. RECHTSPOLITISCHE HANDLUNGSOPTIONEN ZUR ERGÄNZUNG DES REGULIERUNGSRAHMENS	56
1. Stand der rechtspolitischen Diskussion und aktuelle Initiativen.....	56
2. Eckpunkte eines Rechtsrahmens für Plattformgeschäftsmodelle.....	58
2.1 Transparenz der vertraglichen Rollenverteilung.....	58

2.2	Transparenz über den Status des Vertragspartners.....	59
2.3	Haftung für eigene Handlungen des Plattformbetreibers.....	60
2.4	Haftung für Handlungen des vermittelten Vertragspartners.....	61
2.5	Produkthaftungsrechtliche Verantwortung	62
2.6	Rankings	65
2.7	Bewertungssysteme	66
3.	Auswahl der geeigneten Regulierungsinstrumente	68
3.1	Ergänzung vorhandener Richtlinien („Modernisierungsrichtlinie 2.0“)	68
3.2	Plattformrichtlinie oder P2C-Verordnung.....	68
3.3	Flankierung durch Co-Regulierung nach dem Modell des „New Approach“	69
4.	Stärkung der Rechtsdurchsetzung durch Einbindung der Plattformbetreiber als „Regulierungsintermediäre“	70
VII.	LITERATURVERZEICHNIS	71

I. ZUSAMMENFASSUNG UND RECHTSPOLITISCHE EMPFEHLUNGEN

Gegenstand dieses Gutachtens sind die vertragsrechtlichen und verbraucherrechtlichen Rahmenbedingungen für Online-Marktplätze sowie für Vergleichs- und Bewertungsplattformen.

Die wachsende Bedeutung plattformbasierter Geschäftsmodelle auf digitalen Märkten hat eine Debatte darüber ausgelöst, ob Änderungen des rechtlichen Regulierungsrahmens erforderlich sind, um den neuen Bedingungen der Plattformökonomie hinreichend Rechnung zu tragen. In Deutschland steht bislang vor allem das Kartellrecht im Mittelpunkt der Debatte um eine Neujustierung des rechtlichen Rahmens. Neben Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens macht die Veränderung der Vertriebsstrukturen durch Online-Plattformen aber auch Anpassungen im Vertrags- und Verbraucherrecht erforderlich, um einen angemessenen Verbraucherschutz zu gewährleisten.

Die Studie zeigt bestehende Schutzlücken im materiellen Recht und Defizite im Bereich der Rechtsdurchsetzung auf. Daran anknüpfend werden rechtspolitische Handlungsoptionen herausgearbeitet für die Anpassung des Regulierungsrahmens auf europäischer Ebene. Eine mögliche Inspirationsquelle bilden dabei der von einer europäischen Forschergruppe im Auftrag des European Law Institute (ELI) erarbeitete Entwurf der „ELI Model Rules on Online Platforms“ (Draft ELI Model Rules).¹ Insgesamt lassen sich die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung wie folgt zusammenfassen:

I. Plattformen im geltenden Regulierungsrahmen

1. Plattformen erfüllen auf digitalen Märkten unterschiedliche Funktionen. Im Mittelpunkt steht dabei die Rolle als Informations-, Vertrauens- und Transaktionsintermediäre. Häufig werden diese Funktionen miteinander verbunden („hybride Plattformen“).
2. Die Verbindung unterschiedlicher Intermediärsfunktionen hat Auswirkungen auf die vertrags- und haftungsrechtliche Stellung des Plattformbetreibers. Je umfassender die Beteiligung der Plattform an der Anbahnung, dem Abschluss und der Durchführung einer Transaktion, desto ausgeprägter sind die berechtigten Verbrauchererwartungen und dementsprechend auch die haftungsrechtliche Verantwortung der Plattform.
3. Das deutsche Vertrags- und Verbraucherrecht sieht bislang kaum spezifische Regelungen für die Geschäftsmodelle von Online-Plattformen vor. Einen eigenständigen

¹ Draft ELI Model Rules on Online Platforms (November 2019). Die Entwurfsfassung der Model Rules soll im Dezember 2019 den Gremien des ELI vorgelegt werden, die über die Annahme der ELI Model Rules entscheiden. Das Ergebnis der Abstimmung wird unter www.europeanlawinstitute.eu mitgeteilt.

„Plattformvertrag“ kennt das BGB nicht. Im Konfliktfall finden daher bei Plattformgeschäften die allgemeinen vertragsrechtlichen Vorschriften und Prinzipien Anwendung.

4. In den meisten Fällen sind Plattformgeschäfte durch drei ineinandergreifende Rechtsverhältnisse geprägt, die das sog. „Plattform-Dreieck“ bilden. Daneben finden sich aber auch Fallkonstellationen, in denen der Plattformbetreiber nicht nur als Vermittler tätig wird, sondern selbst als Anbieter auftritt. In vielen Fällen ist aus Sicht der Verbraucher nicht hinreichend klar, wer für die Erfüllung des über die Plattform geschlossenen Vertrages einzustehen hat.

5. Die Einordnung des Vertragsverhältnisses zwischen Plattformbetreibern und Verbrauchern in das Vertragstypensystem des BGB ist umstritten. Verbreitet wird eine Einordnung als Maklervertrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag angenommen. Da diese Vertragstypen im BGB nur sehr weitmaschig geregelt sind, fehlt es an einem hinreichend konkreten gesetzlichen Leitbild für Plattformverträge.

6. Wichtigster Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Plattformbetreibers gegenüber Verbrauchern ist der Plattformvertrag zwischen Verbraucher und Plattform. Mangels gesetzlicher Regelung ist der konkrete Inhalt des vertraglichen Pflichtenprogramms jedoch unklar. Dies gilt insbesondere für den Umfang von Aufklärungs- und Treuepflichten.

7. Umstritten ist, inwieweit den Plattformbetreiber die für Verbraucherverträge geltenden Informations- und Organisationspflichten aus §§ 312 ff. BGB treffen. Weitgehend ungeklärt ist insbesondere die Frage, ob der Plattformanbieter auch hinsichtlich der Verträge, die über die Plattform mit Dritten geschlossen werden, nach § 312 ff. BGB verpflichtet ist.

8. Besonders kontrovers wird die Frage diskutiert, ob der Plattformbetreiber für die von ihm vermittelten Transaktionen haftet, etwa bei Leistungsstörungen im Verhältnis zwischen Verbraucher und Anbieter. Einen möglichen Anknüpfungspunkt für eine solche Haftung bietet § 311 Abs. 3 S. 2 BGB, der eine Haftung von Dritten vorsieht, die in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflussen

9. Bisher kaum diskutiert wird die Frage, inwieweit Plattformbetreiber und Anbieter von Fulfillment-Dienstleistungen einer Haftung nach dem ProdHaftG unterliegen. In Betracht kommen dürfte sowohl eine Haftung als Importeur (§ 4 Abs. 2 ProdHaftG) als auch eine subsidiäre Haftung als Lieferant (§ 4 Abs. 3 ProdHaftG). Die Untersuchung zeigt allerdings, dass das geltende Produkthaftungsrecht die veränderten Vertriebsstrukturen der Plattformökonomie nicht hinreichend berücksichtigt.

10. Vorgaben für Rankingsysteme werden bislang in erster Linie aus den lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverboten abgeleitet. Dieser Ansatz hat den Nachteil, dass sich die Grenzen des rechtlich zulässigen Systemdesigns nur reaktiv und einzelfallabhängig aus Verbotsüberschreitungen ermittelt werden können. Allgemeingültige Anforderungen im Sinne von konkreten „Designpflichten“ für Rankingsysteme lassen sich so nur schwerlich herleiten. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und mindert den Verbraucherschutz.

11. Im deutschen und europäischen Recht fehlt es an konkreten Vorgaben für die Ausgestaltung von Bewertungssystemen. Rechtliche Vorgaben für das „Systemdesign“ lassen sich bislang nur aus den allgemeinen Vorgaben des Lauterkeitsrechts ableiten, insbesondere dem Irreführungsverbot (§§ 5, 5a UWG) und der Generalklausel (§ 3 UWG). Daher besteht in diesem Bereich erhebliche Rechtsunsicherheit.

12. Zu den genannten Schutzlücken im materiellen Recht treten Defizite im Bereich der Rechtsdurchsetzung hinzu. Durchsetzungsdefizite ergeben sich etwa bei algorithmensbasierten Rankings und Empfehlungssystemen durch Ermittlungsschwierigkeiten und die Beweislastverteilung im Zivilprozess.

II. Rechtspolitische Handlungsoptionen

1. Die identifizierten Schutzlücken sollten bevorzugt durch eine Anpassung des Regelungsrahmens auf europäischer Ebene beseitigt werden. Dadurch wird ein einheitliches Schutzniveau für alle Verbraucher in der Europäischen Union gewährleistet und die Entstehung neuer Binnenmarkthindernisse vermieden.

2. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es angebracht, eine ausdrückliche Verpflichtung des Plattformbetreibers zu statuieren, die Nutzer der Plattform darüber aufzuklären, dass sie einen Vertrag mit einer dritten Partei abschließen. Im Falle der Verletzung des Transparenzgebotes wäre eine gesamtschuldnerische Haftung des Plattformbetreibers neben dem Anbieter sinnvoll.

3. Die Informationspflicht über den Status des Vertragspartners in Art. 6a Abs. 1 lit. b VRR n.F. sollte dahingehend ergänzt werden, dass der Plattformbetreiber verpflichtet ist, die ihm verfügbaren Transaktionsdaten zu nutzen, um gegebenenfalls eine Korrektur der fehlerhaften (oder fehlerhaft gewordenen) Selbstklassifizierung herbeizuführen.

4. Das Pflichtenprogramm des Plattformbetreibers sollte schärfer konturiert werden, um die Haftung des Plattformbetreibers für Pflichtverletzungen zu konkretisieren. Dies gilt insbesondere für Aufklärungspflichten und den Umfang der vertraglichen Treuepflicht, aus der sich eine Pflicht zur präferenzkonformen Vermittlung ableiten lässt.

5. Die Haftung des Plattformbetreibers für die von ihm vermittelten Transaktionen könnte nach dem Modell von Art. 20 der Draft ELI Model Rules geregelt werden. Danach trifft den Plattformbetreiber eine gesamtschuldnerische Mithaftung, wenn der Verbraucher „vernünftigerweise darauf vertrauen kann, dass der Plattformbetreiber einen beherrschenden Einfluss auf den Anbieter hat“. Eine Konkretisierung dieses allgemeinen Haftungsmaßstabs könnte durch Leitlinien erfolgen, die im Wege der Co-Regulierung erarbeitet werden.

6. Klarstellungsbedarf besteht ferner hinsichtlich der produkthaftungsrechtlichen Verantwortung von Online-Plattformen. Sinnvoll erscheint eine Änderung dahingehend, dass Fulfillment-Anbieter nach Art. 3 Abs. 2 Produkthaftungs-RL haften. Zu erwägen ist ferner eine Ausdehnung der subsidiären Haftung nach Art. 3 Abs. 3 Produkthaftungs-RL auf Plattformbetreiber, die keine Fulfillment-Dienstleistungen anbieten.

7. Es bestehen Zweifel, ob die lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbote und daraus abgeleitete Transparenzpflichten ausreichend sind, um einen effektiven Verbraucherschutz bei Rankings zu gewährleisten. Zu erwägen ist daher die Formulierung konkreter Vorgaben für die Ausgestaltung von Rankings. Ein mögliches Vorbild liefern die europäischen Regeln über unabhängige „Vergleichswebsites“ für Zahlungskonten sowie den Telekommunikations- und Elektrizitätsmarkt. Diese Vorgaben könnten verallgemeinert und auf andere Vergleichsportale und Transaktionsplattformen ausgeweitet werden, die ebenfalls für sich in Anspruch nehmen, ihre Nutzer „neutral“ und „objektiv“ zu informieren.

8. Eine Konkretisierung der rechtlichen Anforderungen für Bewertungssysteme auf europäischer Ebene wäre wünschenswert. Als mögliches Vorbild bieten sich die Transparenzgebote und Designpflichten für Bewertungssysteme nach Art. L111-7-2 des französischen Code de la consommation an. Einen erwägenswerten Formulierungsvorschlag für eine europäische Regelung enthalten auch Art. 5 bis 6 der Draft ELI Model Rules.

9. Für die Auswahl des geeigneten Regelungsinstruments kommen verschiedene Optionen in Betracht. Vorzugswürdig gegenüber einer punktuellen Ergänzung vorhandener Richtlinien („Modernisierungsrichtlinie 2.0“) ist die Zusammenführung der Regelungen über Online-Plattformen in einem eigenständigen Rechtsakt, etwa einer „Plattformrichtlinie“ oder einer „P2C-Verordnung“.

10. Um der dynamischen Entwicklung der Plattformökonomie angemessen Rechnung zu tragen, bietet sich eine Flankierung der neuen Regelungen durch Leitlinien an, die im Wege der Co-Regulierung erarbeitet werden. Als Vorbild kann insoweit der „New Approach“ im Produktsicherheitsrecht dienen. Dabei sollten technikneutrale und allgemein gefasste Regelungen in einer Richtlinie oder Verordnung mit konkreten rechtlichen und technischen Vorgaben in Verhaltenskodizes oder Standards verbunden werden. Als Verknüpfung zwischen den beiden Ebenen kann eine Konformitätsvermutung dienen.

11. Angesichts der bestehenden Durchsetzungsdefizite im Bereich der Plattformökonomie ist zu erwägen, das vorhandene Rechtdurchsetzungssystem unter anderem dadurch zu ergänzen, dass Plattformbetreiber verstärkt als „Regulierungsintermediäre“ bei der Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorgaben eingebunden werden.

II. EXECUTIVE SUMMARY AND POLICY RECOMMENDATIONS

This study examines the existing framework of contract and consumer law rules applicable to comparison platforms, ratings platforms and trading platforms.

The growing importance of platform-based business models in digital markets has sparked a debate on whether there is a need for changes to the regulatory framework in order to sufficiently reflect the new conditions of the platform economy. In Germany, antitrust law has so far been at the centre of the debate on an adjustment of the legal framework. However, in addition to amendments in the field of competition law, the changing distribution structures brought about by online platforms also require adjustments in the field of contract and consumer law in order to ensure an adequate level of consumer protection.

The study identifies deficiencies both in substantive law and shortcomings regarding the enforcement of existing rules. Building on this analysis, legal policy options are elaborated for adjusting the regulatory framework at the European level. One possible source of inspiration for future reform is provided by the draft of the "ELI Model Rules on Online Platforms" (Draft ELI Model Rules), elaborated by a Working Group set up by the European Law Institute (ELI).² The main findings of the study can be summarised as follows:

I. Platforms in the current regulatory framework

1. Platforms perform different functions in digital markets. The main focus of their activity is on the role as intermediaries providing information, promoting trust and facilitating transactions. In many cases several of these functions are combined ("hybrid platforms").

2. The combination of different intermediary functions has consequences for the contractual and non-contractual liability of the platform operator. The more comprehensive the involvement of the platform operator in the initiation, conclusion and execution of a transaction, the more extensive are the legitimate consumer expectations and, accordingly, the legal responsibilities of the platform operator.

3. So far, there are hardly any specific regulations regarding online platforms in German contract and consumer law. The German Civil Code does not contain a specific

² Draft ELI Model Rules on Online Platforms (November 2019). The draft shall be submitted to the decision-making bodies of the ELI in December 2019 for a vote on the adoption of the Model Rules. The result of the vote will be made available at: www.europeanlawinstitute.eu.

set of rules for "platform contracts". Therefore, in case of a dispute it is necessary to apply the general rules and principles of contract law to platform transactions.

4. In most cases, platform transactions involve three interlocking legal relationships which form the so-called "platform triangle". However, there are also cases in which the platform operator is not only an intermediary but actually the provider of goods or services. In many cases, it is not sufficiently clear from the consumer's point of view who is responsible for fulfilling the contract concluded via the platform.

5. It is a matter of controversy how the contractual relationship between platform operators and consumers can be categorized within the system of contract types under the German Civil Code. According to a widely held view such contracts can be considered as brokerage contracts or agency agreements. As the German Civil Code does not provide very detailed rules for these contract types, there is no sufficiently concrete legal framework for platform contracts.

6. The platform contract between the consumer and the platform operator is the most important basis for establishing a liability of the platform operator towards consumers. However, as a result of the absence of statutory rules the concrete content of the platform operator's contractual obligations remains unclear. This is true in particular with regard to the scope of information duties and fiduciary duties.

7. It is a matter of dispute to what extent the information duties and organisational obligations regarding consumer contracts under Section 312 et seq. of the German Civil Code are applicable to platform operators. In particular, it is unclear whether platform operators are subject to these provisions also with regard to contracts that have been concluded between consumers and third parties via the platform.

8. One of the most controversial issues is the question of whether the platform operator can be held liable for a transaction concluded via the platform, e.g. in the case of a breach of contract by a third-party supplier. A possible basis for such liability could be Section 311(2) sentence 2 of the German Civil Code, under which a third party can be held liable if, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, the third party substantially influences the contract negotiations or the conclusion of the contract.

9. An issue which so far has received rather little attention is the question to which extent platform operators and providers of fulfillment services can be held liable under the German Product Liability Act. Both a liability as an importer (Section 4(2) Product Liability Act) and a subsidiary liability as a supplier (Section 4(3) Product Liability Act) could be envisaged. The study shows, however, that the Product Liability Act currently does not sufficiently take into account the changing distribution structures created by the rise of the platform economy.

10. Legal requirements for ranking systems have so far primarily been derived from the rules prohibiting misleading practices under unfair commercial practices law. This approach has the disadvantage that the legal limits of the system design can only be determined in reaction to specific infringements on a case-by-case basis. Based on this case-by-case approach it is hardly possible to elaborate general requirements in the sense of concrete "design duties" for ranking systems. This leads to legal uncertainty and reduces the level consumer protection.

11. Neither German nor European law define concrete legal requirements for the design of customer rating systems. So far, legal requirements for the "system design" can only be derived from the general requirements of unfair commercial practices law, in particular the prohibition of misleading practices (Sections 5 and 5a Act against Unfair Competition) and the general clause (Section 3 Act against Unfair Competition). This results in a considerable degree of legal uncertainty.

12. In addition to the aforementioned shortcomings in the field of substantive consumer law, there are also deficiencies concerning the enforcement of existing consumer law rules. Such deficiencies exist, for example, with regard to algorithm-based rankings and recommendation systems due to difficulties regarding the investigation of facts and the distribution of the burden of proof in civil proceedings.

II. Legal policy options

1. The deficiencies outlined above should preferably be addressed by adapting the regulatory framework at the European level. This will ensure a uniform level of protection for all consumers in the European Union and avoid the emergence of new barriers to the internal market.

2. For reasons of legal certainty, it seems to be appropriate to stipulate an explicit obligation for the platform operator to inform platform users about the fact that they are concluding a contract with a third party. If this transparency requirement is violated, it would be reasonable to hold the platform operator jointly and severally liable with the third-party supplier.

3. Article 6a(1)(b) of the Consumer Rights Directive (as amended by the Modernisation Directive), which requires the platform operator to inform consumers about the legal status of the third-party supplier, should be amended. The platform operator should be obliged to use the transaction data available to him for correcting the self-classification of the third-party supplier if this turns out to be wrong (or has become wrong over time).

4. The platform operator's contractual obligations should be more clearly defined in order to specify the platform operator's contractual liability. This applies in particular to information duties and the scope of a fiduciary duty under the platform contract, which implies an obligation to provide intermediation services that are in conformity with the consumer's preferences.

5. A possible model for the liability of the platform operator regarding transactions concluded via the platform is provided by Article 20 of the Draft ELI Model Rules. According to this provision, the platform operator is jointly and severally liable "if the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier". This general standard of liability could be made more concrete with the help of guidelines elaborated by means of co-regulation.

6. There is also a need for clarification with regard to the liability of online platforms under product liability law. It would be reasonable to amend the Product Liability Directive to the effect that fulfillment service providers are liable under Article 3(2) of the Directive. It could also be considered to extend the subsidiary liability under Article 3(3) of the Directive to platform operators who do not provide fulfilment services.

7. It is doubtful whether the provisions of unfair commercial practices law which prohibit misleading practices and the transparency obligations that can be derived from such provisions are sufficient to ensure effective consumer protection with regard to ranking systems. Therefore, it should be considered to stipulate concrete requirements for the design of ranking systems. A possible model for such requirements is provided by the European rules on independent "comparison websites" for payment accounts and the telecommunications and electricity markets. These requirements could be generalised and extended to other comparison websites and transaction platforms which also claim to provide their users with "neutral" and "objective" information.

8. It would be desirable to introduce at the European level a more concrete definition of legal requirements regarding customer rating systems. A possible model could be the transparency requirements and design obligations for customer rating systems under Article L111-7-2 of the French Consumer Code. In addition, Articles 5 to 7 of the Draft ELI Model Rules also contains a proposal for European rules on customer rating systems which is worth considering.

9. With regard to the choice of the appropriate regulatory instrument for implementing the above proposals, several options can be considered. Preference should be given to an approach that brings the applicable rules for online platforms together in a specific legal act, e.g. a "Platform Directive" or a "P2C Regulation", rather than piecemeal amendments of various existing directives ("Modernisation Directive 2.0").

10. Considering the dynamic development of the platform economy, the new legal rules could be complemented by guidelines that are elaborated by means of co-regulation. In this respect, the "New Approach", which has been applied in the field of product safety law, can serve as a model. Technically neutral and generally formulated rules in a directive or regulation should be combined with more concrete legal and technical specifications in codes of conduct or standards. A presumption of conformity can serve as a link between the two levels of regulation.

11. In view of the existing shortcomings regarding the enforcement of consumer law in the platform economy, it should be considered among other options whether platform operators could be increasingly involved in the regulatory strategy as "regulatory intermediaries" that facilitate the enforcement of consumer law requirements.

III. EINLEITUNG

Der rasante Aufstieg von Online-Plattformen wie Amazon, Booking.com oder Airbnb ist eine der prägenden ökonomischen Entwicklungen der vergangenen Jahre. Aus Verbrauchersicht bietet der Aufstieg der Plattformökonomie sowohl Chancen als auch Risiken. Online-Handelsplattformen bieten Verbrauchern eine große Produktvielfalt und eine Auswahl zwischen unterschiedlichen Anbietern. Vergleichsplattformen tragen zu Produkt- und Preistransparenz bei. Bewertungsportale liefern Informationen über die Produktqualität und die Zuverlässigkeit einzelner Anbieter.

Den genannten Vorteilen steht jedoch eine Reihe neuer Risiken gegenüber. Häufig ist für die Verbraucher nicht erkennbar, ob sie einen Vertrag mit dem Plattformbetreiber oder einem Dritten schließen. Die Kriterien anhand derer Rankings auf Handels- oder Vergleichsplattformen gebildet werden, sind oft intransparent. Nicht selten werden die Rankings durch Faktoren beeinflusst, die sich eher am Provisionsinteresse der Plattformbetreiber orientieren als an den Präferenzen der Verbraucher. Noch weitgehend ungeklärt ist, ob der Plattformbetreiber für Schäden haftet, die dem Verbraucher durch fehlerhafte Produkte entstehen, die er von einem Dritten über die Plattform erworben hat.

Vor diesem Hintergrund geht die vorliegende Studie der Frage nach, wie Verbraucherinteressen in der Plattformökonomie wirksam geschützt werden können. Die Untersuchung orientiert sich dabei an zwei Leitfragen, anhand derer die Studie in zwei Teile strukturiert ist.

- Leitfrage 1: Welche Problemlagen bestehen aus Verbrauchersicht im Umgang mit Online-Plattformen und ist der vorhandene Regulierungsrahmen geeignet, um einen effektiven Verbraucherschutz in der Plattformökonomie zu gewährleisten?
- Leitfrage 2: Wie lässt sich der Verbraucherschutz in der Plattformökonomie auf EU-Ebene durch Erlass einer Verordnung oder Richtlinie stärken?

Frage 1 wird schwerpunktmäßig in Teil II und III der Studie behandelt. Dazu werden zunächst unterschiedliche Typen von Plattform-Geschäftsmodellen skizziert und anhand funktionaler Kriterien systematisiert (Teil II). Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt sodann auf einer Analyse des geltenden Regulierungsrahmens für Online-Plattformen (Teil III). Dabei werden verbraucherrechtliche Problemlagen im Umgang mit Plattformen untersucht und mögliche Schutzlücken im deutschen und europäischen Verbraucherrecht identifiziert.

Ausgehend von den im ersten Schritt identifizierten verbraucherrechtlichen Problemlagen und Schutzlücken im geltenden Recht wird sodann Leitfrage 2 in den Blick genommen (Teil IV). Dabei werden Handlungsoptionen für eine Ergänzung des Regulierungsrahmens auf EU-Ebene entwickelt, u.a. konkrete Vorschläge zur Plattformhaftung und Anforderungen für Kundenbewertungen. Flankierend werden Handlungsoptionen für eine Stärkung der Rechtsdurchsetzung aufgezeigt.

IV. GESCHÄFTSMODELLE IN DER PLATTFORMÖKONOMIE

1. BEGRIFF DER DIGITALEN PLATTFORM

Unter den Begriff der digitalen Plattform wird in der rechtspolitischen Diskussion ein breites Spektrum recht unterschiedlicher Geschäftsmodelle gefasst. Eine einheitliche Begriffsdefinition fehlt bislang.³ Das im März 2017 vorgelegte Weißbuch des BMWi definiert digitale Plattformen als „internetbasierte Foren für digitale Interaktion und Transaktion“.⁴ Geht man von einem solchen weitgefassten Begriffsverständnis aus, umfasst das Spektrum digitaler Plattformen u.a. Suchmaschinen, Vergleichs- und Bewertungsportale, Online-Marktplätze und Handelsplattformen, Mediendienste, Online-Spiele, soziale Netzwerke sowie Kommunikationsdienste.⁵

Ein so umfassender Plattformbegriff verstellt jedoch den Blick auf die spezifischen Verbraucherrechtsfragen, die mit den jeweiligen Geschäftsmodellen verbunden sind. Für die Zwecke dieser Untersuchung soll daher ein engeres Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden. Im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen stehen solche Plattformen, die es Verbrauchern ermöglichen, mit anderen Nutzern einen Vertrag über Waren, Dienstleistungen oder digitale Inhalte zu schließen. Je nach Konstellation können die Vertragspartner dabei Unternehmer („B2C“) oder andere Verbraucher („C2C“) sein. Mit in den Blick genommen werden darüber hinaus auch Vergleichs- und Bewertungsportale, die den Verbraucher wichtige Informationen für den Abschluss von Verträgen zur Verfügung stellen. Nicht selten werden unterschiedlichen Funktionen (Vergleich, Bewertung, Marktplatz) auch miteinander verknüpft und auf derselben Plattform angeboten.⁶

³ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2016, S. 24; siehe auch Busch, Verbraucherschutz in der Plattformökonomie, 2018, S. 6.

⁴ BMWi, Weißbuch digitale Plattformen, 2017, S. 21; siehe auch Srnicek, Plattform-Kapitalismus, 2018, S. 46 („digitale Infrastrukturen, die es zwei oder mehr Gruppen ermöglichen, zu interagieren“).

⁵ BMWi, Weißbuch digitale Plattformen, 2017, S. 21.

⁶ Siehe dazu unten IV.2.4.

Nicht näher betrachtet werden Plattformen ohne direkten Bezug zu Markttransaktionen, insbesondere soziale Netzwerke (z.B. Facebook, Instagram), sowie technische Plattformen (z.B. Betriebssysteme von Computern und Smartphones).⁷ Die Unterscheidung zwischen marktbezogenen und nicht marktbezogenen Plattformen wird jedoch zunehmend unschärfer. So übernehmen in jüngster Zeit soziale Netzwerke wie Facebook und Instagram in zunehmenden Maße auch Funktionen als Marktintermediäre im Bereich des E-Commerce. Beispielsweise bietet Facebook seit August 2017 in Deutschland den sog. „Facebook Marketplace“ an, über den Nutzer des sozialen Netzwerks ähnlich wie bei „Ebay Kleinanzeigen“ gebrauchte Waren anbieten können.

2. SYSTEMATISIERUNG VON PLATTFORM-GESCHÄFTSMODELLEN

Zur Systematisierung der unterschiedlichen Geschäftsmodelle in der Plattformökonomie bietet sich ein tätigkeitsbezogener Ansatz an, der an die unterschiedlichen ökonomischen Funktionen von Plattformen im Rahmen des Marktgeschehens anknüpft.⁸ Danach lässt sich in funktionaler Hinsicht zwischen drei Typen von Plattformen unterscheiden (Informations-, Vertrauens- und Transaktionsintermediäre), die in der Praxis allerdings nur selten in Reinform vorkommen.⁹

2.1 Informationsintermediäre

An erster Stelle ist die Funktion von digitalen Plattformen als Informationsintermediäre hervorzuheben, die Verbrauchern die Sichtung und Auswahl von passenden Produkten und Transaktionsaktionspartnern erleichtern. Der Aufstieg der Plattformen als „Matchmakers“,¹⁰ die Anbieter und Nachfrager zusammenführen, ist aus ökonomischer Sicht eng mit einer strukturellen Veränderung bei den Transaktionskosten in der Digitalwirtschaft verbunden.¹¹ Das Internet hat zu einer erheblichen Ausweitung der Informationsmöglichkeiten geführt und die Zahl der möglichen Angebote und Transaktionspartner enorm anwachsen lassen. Angesichts der Fülle neuer Angebote wird es für Verbraucher zunehmend schwieriger, sich auf digitalen Märkten zu orientieren. Hier kommen digitale Plattformen wie etwa Suchmaschinen, Handels- und Preisvergleichsplattformen sowie Buchungsportale ins Spiel, die bei der Auswahl der passenden Produkte und Transaktionspartner behilflich sind und die Suchkosten der Marktteilnehmer reduzieren.

⁷ Für eine ähnliche Unterscheidung siehe auch Engert, AcP 218 (2018) 304, 307.

⁸ Vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 15 ff.; siehe auch Engert, AcP 218 (2018) 304, 309 f., der zwischen „Vermittlungsplattformen“ und „Informationsplattformen“ unterscheidet.

⁹ Siehe auch Rott, FS Schwintowski, S. 478; Sénéchal, EuCML 2016, 39, 40 ff.

¹⁰ Evans/Schmalensee, Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms, Boston 2016.

¹¹ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 16.

Beispiele für Plattformen, bei denen die Rolle als Informationsintermediäre im Vordergrund steht, sind Suchmaschinen (z.B. google.de, bing.de), Inseratseiten für Immobilien oder Kraftfahrzeuge (z.B. mobile.de, autoscout24.de) sowie Vergleichsplattformen (z.B. idealo.de, trivago.de).

2.2 Vertrauensintermediäre

Voraussetzung für das Zustandekommen von Transaktionen zwischen Anbietern und Nachfragern ist, dass die Parteien über ein gewisses Maß an Vertrauen verfügen. Dieser Aspekt ist auf Online-Marktplätzen besonders wichtig, da sich dort die Nutzer in der Regel nicht persönlich kennen. Daher besteht die Gefahr, dass das Zustandekommen von Transaktionen am mangelnden Vertrauen der Marktteilnehmer scheitert. Bei der Lösung dieses strukturellen Problems digitaler Märkte, spielen die Plattformbetreiber eine zentrale Rolle. Viele Plattformen stellen Bewertungssysteme zur Verfügung, die es den Verbrauchern ermöglichen, Anbieter und deren Produkte zu bewerten. Bei Plattformen der sog. Sharing Economy besteht teilweise auch die Möglichkeit wechselseitiger Bewertungen. Aus dieser Perspektive betrachtet lassen sich Plattformen als „Vertrauensintermediäre“ bezeichnen. Durch den Einsatz von Bewertungssystemen werden die bestehenden Informationsasymmetrien reduziert.¹² Dadurch werden Vertragsschlüsse ermöglicht, die in der Vergangenheit an prohibitiv hohen Transaktionskosten gescheitert wären. Einige Plattformen schaffen auf diese Weise ganz neue Märkte, die es ohne die technologische Entwicklung nicht gäbe, etwa im Bereich der sog. Sharing Economy.¹³

Die Funktion als Vertrauensintermediäre spielt bei unterschiedlichen Plattformen eine wichtige Rolle. Neben Bewertungsplattformen (z.B. jameda.de, yelp.de), die sich ganz auf diese Funktion konzentrieren, zeigen heute auch Suchmaschinen (z.B. google.de) häufig Kundenbewertungen an. Auch auf Online-Marktplätzen (z.B. amazon.de, ebay.de) hat die Sammlung, Verarbeitung und Veröffentlichung von Bewertungen eine zentrale Bedeutung.

2.3 Transaktionsintermediäre

Manche Plattformbetreiber beschränken sich nicht auf die Rolle als Informations- oder Vertrauensintermediäre, sondern ermöglichen den Abschluss von Transaktionen auf der Plattform. Dabei geht es um solche Geschäftsmodelle, die unter den Begriff des „Online-Marktplatzes“ fallen, wie er künftig in Art. 2 Abs. 1 lit. n) VRRl n.F. definiert ist. Der Begriff des „Online-Marktplatzes“ bezeichnet danach einen „Dienst, der es Verbrauchern ermöglicht, unter Verwendung von Software, einschließlich einer Website, eines Teils einer Website oder einer Anwendung, die vom oder im Namen des Gewerbetreibenden betrieben wird, Fernabsatzverträge mit anderen Gewerbetreibenden oder

¹² Dazu näher Narciso, European Review of Private Law 2019, 557 ff.

¹³ Vgl. Haucap, DICE Ordnungspolitische Perspektiven 69 (2015), S. 3; siehe auch Busch, Der Mittelstand in der Plattformökonomie, 2019, S. 5.

Verbrauchern abzuschließen“.¹⁴ Häufig beschränkt sich die Rolle der Plattform nicht nur darauf, den Abschluss eines Vertrages zwischen Anbietern und Nachfragern zu ermöglichen, sondern umfasst noch weitere Leistungen, z.B. Zahlungsdienste, Fulfillment Services, Retourenabwicklung und Streitschlichtung.

2.4 Hybride Geschäftsmodelle

2.4.1 Verbindung unterschiedlicher Intermediärfunktionen

Wie bereits erwähnt kommen die oben genannten drei Typen von Plattformen in der Praxis nur selten in Reinform vor. Vielmehr verbinden zahlreiche Plattformen die unterschiedlichen Funktionen („hybride Plattformen“). Ein Beispiel ist etwa die Plattform Google, die nicht nur eine Suchmaschine betreibt (Google Search), sondern auch eine Vergleichs- und Buchungsplattform (Google Shopping, Google Flights). Umgekehrt können sich besonders erfolgreiche Transaktionsplattformen zu Suchmaschinen für Produkte entwickeln.¹⁵ Für viele Kunden ist Amazon inzwischen die erste Anlaufstelle bei der Suche nach bestimmten Warenkategorien (z.B. Bücher). Dies gilt insbesondere für solche Verbraucher, die Mitglied des Kundenbindungsprogramms „Amazon Prime“ sind.

Die Verbindung unterschiedlicher Intermediärfunktionen dürfte Auswirkungen auf die vertrags- und haftungsrechtliche Stellung des Plattformbetreibers haben. Je umfassender die Beteiligung der Plattform an der Anbahnung, dem Abschluss und der Durchführung einer Transaktion, desto ausgeprägter dürften die berechtigten Verbrauchererwartungen sein und desto weitreichender das Pflichtenprogramm und die haftungsrechtliche Verantwortung der Plattform.¹⁶

2.4.2 Vertikal integrierte Plattformen

Neben Plattformen, die unterschiedliche Intermediärfunktionen miteinander verbinden, finden sich auch sog. vertikal integrierte Plattformen, die nicht nur als Vermittler tätig sind, sondern daneben auch selbst oder mithilfe verbundener Unternehmen den gewerblichen Plattformnutzern als Händler Konkurrenz machen.

Ein prominentes Beispiel ist die Plattform Amazon. Auf der Website www.amazon.de können Verbraucher sowohl Produkte erwerben, die von Amazon Europe S.à r.l. als Händler verkauft werden, als auch solche, die von Drittunternehmen über den von Amazon Services Europe S.à r.l. betriebenen Amazon Marketplace angeboten werden. Aus Verbrauchersicht ist diese Doppelrolle von Amazon als Anbieter und Plattformbetreiber nicht auf den ersten Blick zu erkennen, da die Kombination aus Webshop und Onlinemarktplatz als einheitliche Website unter der Domain www.amazon.de erscheint. Dies dürfte aus Sicht des Plattformbetreibers durchaus beabsichtigt sein, um eine Kundenbindung an die Plattform zu stärken. Die ökonomische Bewertung der oben skizzierten Doppelrolle einiger Plattformbetreiber fällt ambivalent aus. Einerseits kann die

¹⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. n) VRRLE n.F. (in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie).

¹⁵ Rumscheidt, Dauerbrenner Digitalisierung – Der Handel im Umbruch, ifo-Schnelldienst 1/2018, 38, 40.

¹⁶ Näher dazu unter V.3.1 und VI.2.4.

vertikale Integration von Plattformen mit erheblichen Effizienzgewinnen und Vorteilen aus Sicht der Nutzer verbunden sein.¹⁷ Andererseits birgt die Doppelrolle der Plattformen jedoch die Gefahr von Interessenkonflikten.¹⁸

V. ANALYSE DES GELTENDEN REGULIERUNGSRAHMENS

Im Folgenden soll der geltende Regulierungsrahmen für digitale Plattformen daraufhin untersucht werden, inwieweit die vorhandenen Regelungen des deutschen und europäischen Vertrags- und Verbraucherrechts geeignet sind, einen effektiven Verbraucherschutz in der Plattformökonomie zu gewährleisten. Mitberücksichtigt werden auch die geplanten Änderungen verbraucherrechtlicher Richtlinien durch den im Rahmen des „New Deal for Consumers“ vorgelegten Vorschlag für eine „Modernisierungsrichtlinie“,¹⁹ die im April 2019 vom Europäischen Parlament beschlossen wurde.²⁰

In den Blick genommen wird dabei zunächst die vertragliche Rollenverteilung bei Plattformgeschäften (I.) und die Einordnung von Plattformverträgen in das Vertragstypensystem des BGB (II.). Näher betrachtet wird sodann die vertragliche und außervertragliche Haftung der Plattformbetreiber (III.). Genauer untersucht werden ferner die rechtlichen Vorgaben für Rankings (IV.) und Bewertungssysteme (V.). Abgerundet wird die Betrachtung mit einem kurzen Blick auf mögliche Defizite im Bereich der Rechtsdurchsetzung (VI.).

1. VERTRAGLICHE ROLLENVERTEILUNG BEI PLATTFORMGESCHÄFTEN

Das deutsche Vertrags- und Verbraucherrecht sieht bislang kaum spezifische Regelungen für Verträge vor, die über Online-Plattformen geschlossen werden. Einen eigenständigen „Plattformvertrag“ kennt das BGB nicht.²¹ Dementsprechend richtet sich die Konfliktbewältigung bei Plattformgeschäften nach den allgemeinen vertragsrechtlichen

¹⁷ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 24.

¹⁸ Dazu näher Busch, Der Mittelstand in der Plattformökonomie, 2019, S. 7 f.; siehe auch das im September 2018 von der EU-Kommission eingeleitete Verfahren gegen Amazon (Case AT.40462, Amazon Marketplace).

¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993, der Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185.

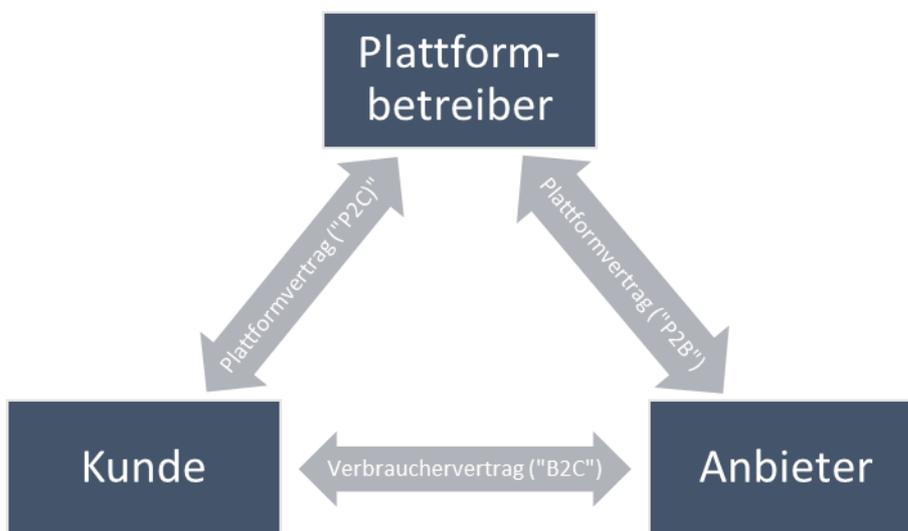
²⁰ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.4.2019, P8_TA-PROV(2019)0399.

²¹ Rott, FS Schwintowski, S. 484; siehe auch Adam/Micklitz: Verbraucher und Online-Plattformen, in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat (Hrsg.) Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S. 45 ff.

Vorschriften und Prinzipien.²² Erschwert wird die rechtliche Erfassung von Plattformgeschäften dadurch, dass die Geschäftsmodelle von Online-Plattformen in unterschiedlichen Varianten auftreten. Je nach Geschäftsmodell unterscheidet sich dabei die vertragliche Rollenverteilung.

1.1 Plattform als Vermittler

In den meisten Fällen sind Plattformgeschäfte durch drei ineinandergreifende Rechtsverhältnisse geprägt, die das sog. „Plattform-Dreieck“ bilden. Aus vertragsrechtlicher Perspektive sind dabei folgende Vertragsbeziehungen zu unterscheiden: (1) der Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Anbieter („P2B“), (2) der Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Kunde („P2C“) und (3) der Vertrag zwischen Anbieter und Kunde („B2C“).²³



Die beiden erstgenannten Vertragsbeziehungen, an denen der Plattformbetreiber unmittelbar beteiligt ist, werden im Folgenden als „Plattformvertrag“ bezeichnet. Bei dem hier beschriebenen Modell nimmt der Plattformbetreiber innerhalb des Plattform-Dreiecks lediglich eine Rolle als Vermittler zwischen Anbieter und Kunde ein. Dies entspricht auch zumeist der Selbstdarstellung in den AGB der Plattformen.²⁴

²² Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 223; siehe auch Domurath, Verbraucherrecht in der Plattformökonomie, in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat (Hrsg.) Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S. 103 ff.

²³ BeckOGK/Busch, 1.7.2019, BGB § 312i Rn. 7; Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425; siehe auch Dreyer/Hasckamp ZVertriebsR 2017, 359, die insgesamt sieben Modelle von Plattformgeschäften unterscheiden.

²⁴ Siehe etwa Ziff. 12 der AGB von Amazon Services Europe Sàrl: „Amazon erlaubt Drittanbietern, ihre Produkte auf der Webseite zu listen und zu verkaufen. Dies wird auf der jeweiligen Produktdetailseite ersichtlich. Auch wenn Amazon Transaktionen auf dem Amazon Marketplace ermöglicht, ist Amazon weder der Käufer noch der Verkäufer dieser Drittanbieter-Artikel.“

1.2 Plattform als Anbieter

Daneben finden sich aber auch Fallkonstellationen, in denen der Plattformbetreiber nicht nur als Vermittler tätig wird, sondern selbst als Anbieter (also etwa Verkäufer oder Vermieter) auftritt.



Ein Beispiel für dieses Modell ist etwa die Plattform Book-a-Tiger, über die haushaltsnahe Dienstleistungen bzw. Reinigungsdienstleistungen angeboten werden.²⁵ Die „vermittelten“ Dienstleister sind dabei lediglich Erfüllungsgehilfen des Plattformbetreibers, die in keiner direkten vertraglichen Beziehung zum Kunden stehen.²⁶

1.3 Intransparenz der Rollenverteilung

Problematisch sind die Fälle, in denen die vom Plattformbetreiber beabsichtigte Vertragsstruktur nicht hinreichend transparent gemacht wird. Dies ist beispielsweise bei einigen App-Stores der Fall. Für Verbraucher, die eine Mobiltelefon-Applikation herunterladen ist dabei nicht immer klar genug erkennbar, dass sie einen Vertrag mit einem Drittanbieter abschließen und nicht mit dem Betreiber des App Store.²⁷ Dies kann dazu führen, dass entgegen den geschäftlichen Vorstellungen des Plattformbetreibers er nicht nur als Vermittler, sondern aufgrund der intransparenten Gestaltung des Geschäftsmodells als Anbieter der über die Plattform angebotenen Leistung anzusehen ist.

Die Frage, ob der Plattformbetreiber nur Vermittler oder selbst Anbieter ist, beurteilt sich im deutschen Vertragsrecht nach dem objektiven Empfängerhorizont und nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB.²⁸ Danach kommt es darauf an, „ob die Plattformnutzer bei verständiger Würdigung und unter Berücksichtigung aller erkennbaren Umstände davon ausgehen durften, nicht mit einzelnen, über die Plattform kontrahierenden Personen, sondern mit dem Plattformbetreiber selbst einen Vertrag einzugehen.“²⁹

²⁵ Beispiel nach Rott, FS Schwintowski, S. 479.

²⁶ Siehe die Präambel der AGB von Book-a-Tiger (BAT): „Die Verträge kommen ausschließlich zwischen BAT und dem jeweiligen KUNDEN zustande. Die Reinigungskräfte werden bei der Erfüllung der vertraglichen Pflichten als Erfüllungsgehilfen von BAT tätig.“

²⁷ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucherecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2016, S. 27 f.; siehe auch Klein/Datta, CR 2016, 587 ff.

²⁸ Busch et al., EuCML 2016, 3, 5; Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 229.

²⁹ Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 228.

Dabei mag das häufig auf ein einheitliches Marketing ausgerichtete Erscheinungsbild der Plattform bei den Nutzern nicht selten die Vorstellung hervorrufen, es komme ein Hauptvertrag mit dem Plattformbetreiber selbst zustande.³⁰ Einerseits dürfte der so entstehende Eindruck durchaus im Interesse der Plattform sein, da auf diese Weise eine Kundenbindung zur Plattform entsteht. Andererseits kann dies dazu führen, dass die Plattform als Anbieter anzusehen ist und somit für eine ordnungsgemäße Erfüllung verantwortlich gemacht werden kann.

Führt die intransparente Gestaltung der Online-Plattform zu einer Zuordnungsverwirrung hinsichtlich der vertraglichen Rollenverteilung kann dies aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive auch einen Verstoß gegen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG darstellen, der irreführende Angaben über die Identität des Unternehmers untersagt.

Bei der hier beschriebenen Problematik handelt es sich bei genauer Betrachtung nicht um eine Besonderheit der Plattformökonomie, sondern um eine Auslegungsfrage, die sich auch im Offline-Handel stellen kann. Dies belegt etwa die Entscheidung des EuGH im Fall „Wathelet“ zur Haftung eines Gebrauchtwagenhändlers für einen von ihm „vermittelten“ Pkw.³¹ Da der Händler bei Vertragsschluss die von ihm intendierte Rolle als bloßer Vermittler nicht offengelegt hatte, bejahte der EuGH in diesem Fall eine Gewährleistungshaftung des Händlers gegenüber dem Käufer.³²

Eine Parallele lässt sich auch zur Transparenz der Rollenverteilung bei Franchisesystemen ziehen. Zwar führt nach der Rechtsprechung des BGH allein der Umstand, dass innerhalb eines Franchisesystems Marken oder sonstige Kennzeichen einheitlich verwendet werden, nicht zur Verpflichtung des Franchisegebers (oder anderer Franchisenehmer) nach Rechtscheingrundsätzen.³³ Treten jedoch weitere Umstände hinzu, so kommt eine Haftung des Franchisegebers in Betracht. Bejaht wurde dies etwa in einem Fall, in dem der Franchisegeber „durch sein Hinwirken auf ein einheitliches Auftreten innerhalb des Franchisesystems in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer Vollmacht im Rahmen der jeweiligen Geschäftstätigkeit gesetzt“³⁴ und es dabei unterlassen hat, die Selbstständigkeit der Franchisenehmer herauszustellen.

³⁰ Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 229.

³¹ EuGH, Urt. v. 9.11.2016, C-149/15, NJW 2017, 874 – Wathelet.

³² Bei genauer Betrachtung ging es im Fall „Wathelet“ allerdings nicht um die Frage, ob der Gebrauchtwagenhändler Vertragspartner des Käufers ist, sondern allein darum, ob ihn eine Haftung nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL) trifft. Die Rolle als Vertragspartner, die nicht nach der VGKRL, sondern nach dem anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht zu beurteilen ist, und die Haftung nach der VGKRL können dabei durchaus auseinanderfallen.

³³ BGH, Urt. v. 18.12.2007, Az. X ZR 137/04, NJW 2008, 1214 mit Anm. Witt.

³⁴ AG Wuppertal, Urt. v. 27.04.2012, Az. 94 C 28/11, BeckRS 2013, 777; ähnlich OLG Jena, Urt. v. 16.09.1998, Az. 4 U 953/97, BeckRS 1999, 07816; siehe auch Wolf/Ungeheuer, BB 1994, 1027, 1032; kritisch Ullmann, NJW 1994, 1255, 1256.

In einigen Fällen mag es sich bei der Selbstbezeichnung als Plattformbetreiber auch um eine bewusste Falschdeklaration handeln, mit dem Ziel einer sektorspezifischen Regulierung zu entgehen. Ein Beispiel ist der Anbieter „Uber“, der als „Fahrdienstvermittler“ auftritt, aus vertragsrechtlicher Sicht aber möglicherweise zutreffender als Anbieter von Beförderungsdienstleistungen zu qualifizieren ist. In diese Richtung weist auch die Entscheidung des EuGH im Fall „Uber Spain“.³⁵ Die Entscheidung betraf zwar primär die Frage, ob die Tätigkeiten von Uber als Verkehrsdienstleistung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 AEUV einzustufen ist und nicht lediglich als digitale Vermittlungsleistung. Für die Frage nach der vertragsrechtlichen Einordnung des Geschäftsmodells von Uber dürfte die Argumentation des EuGH jedoch weitgehend übertragbar sein.³⁶

2. PLATTFORMVERTRÄGE IM VERTRAGSTYPENSYSTEM

Ergibt die Auslegung, dass der Plattformbetreiber nicht Anbieter, sondern lediglich Vermittler ist, so schließt sich die Frage an, wie das Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Plattformbetreiber einzuordnen ist. Einen eigenständigen Vertragstyp des „Plattformvertrages“ kennt das BGB, wie bereits erläutert, nicht. Die Einordnung der Plattformverträge in das Vertragstypensystem wird daher unterschiedlich beurteilt und hängt von der konkreten Ausgestaltung des Geschäftsmodells ab.

Steht der Zugang zur Plattform und die Pflege von Nutzerdaten im Vordergrund (wie etwa bei Yelp oder Jameda), liegt eine Einordnung als Dienstleistung gem. § 611 BGB nahe.³⁷ Werden dem Kunden über die Plattform Mietmöglichkeiten angezeigt und gegen Zahlung einer Provision der Abschluss von Mietverträgen ermöglicht (wie etwa bei Airbnb) könnte ein Maklervertrag gem. § 652 ff. BGB vorliegen.³⁸ Nach anderer Ansicht soll es sich bei Plattformverträgen um besondere Geschäftsbesorgungsverträge gem. § 675 Abs. 1 BGB handeln mit – je nach geschuldeter Tätigkeit – dienst- oder werkvertraglichem Charakter oder um Aufträge (§ 662 BGB).³⁹

Die Frage der Einordnung von Plattformverträgen in das Vertragstypensystem ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern von Bedeutung für die Bestimmung des vertraglichen Pflichtenprogramms. So lassen sich aus einer maklervertraglichen Einord-

³⁵ EuGH, Urt. v. 20.12.2017, C-434/15, GRUR 2018, 308 – Uber Spain.

³⁶ Ebenso Rott, FS Schwintowski, S. 480.

³⁷ Rott, FS Schwintowski, S. 484.

³⁸ Specht-Riemenschneider, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge, Rn. 29. Unbeachtlich dürfte insoweit sein, dass Ziff. 1.2. AGB von Airbnb Ireland UC betonen, Airbnb sei nicht Immobilienmakler. Zur Einstufung von Airbnb als Immobilienmakler (nach französischem Recht) siehe auch die Schlussanträge von Generalanwalt beim EuGH Szpunar v. 30.4.2019, C-390/18 – Airbnb Ireland UC.

³⁹ Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1426; ähnlich Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 224; siehe auch Dreyer/Haskamp, ZVertriebsR 2017, 359 ff.

nung des Plattformvertrages Rückschlüsse auf den Umfang etwaiger Aufklärungspflichten sowie Treue- und Interessenwahrungspflichten ableiten.⁴⁰ Darüber hinaus wird mit der Einordnung des Plattformvertrages das gesetzliche Leitbild bestimmt, das den Maßstab für eine Inhaltskontrolle der AGB des Plattformbetreibers liefert.⁴¹ Die direkte oder analoge Anwendung maklerrechtlicher Vorschriften bietet dabei dem Rechtsanwender allerdings nur wenig Orientierung, da der vertragsrechtliche Regelungsrahmen des Maklervertrages sehr weitmaschig ausgestaltet ist. Teilweise wird daher sogar in Frage gestellt, ob die §§ 652 ff. BGB überhaupt Leitbildcharakter für die AGB-Kontrolle haben können.⁴²

3. HAFTUNG DES PLATTFORMBETREIBERS

Im Folgenden soll die haftungsrechtliche Stellung des Plattformbetreibers näher in den Blick genommen werden. Mit Blick auf die unterschiedlichen Vertragsbeziehungen im „Plattform-Dreieck“ ist dabei zwischen unterschiedlichen Fragestellungen zu differenzieren: Zunächst wird die Haftung des Plattformbetreibers für die Verletzung von Pflichten aus dem Plattformvertrag (3.1) sowie bei Verstößen gegen verbraucherrechtliche Vorschriften (3.2) erörtert. Dabei werden auch künftige Änderungen durch die Modernisierungsrichtlinie berücksichtigt (3.3). Weitergehend stellt sich die Frage, inwieweit der Plattformbetreiber für Leistungsstörungen im Rahmen des vermittelten Vertrages einstehen muss (3.4). Daran anschließend gilt es zu klären, welche Grenzen für vertragliche Haftungsausschlüsse seitens des Plattformbetreibers gelten (3.5). Von erheblicher praktischer Relevanz ist ferner die Frage, inwieweit den Plattformbetreiber eine produkthaftungsrechtliche Haftung für Schäden durch fehlerhafte Produkte treffen kann (3.6).

3.1 Verletzung von Pflichten aus dem Plattformvertrag

Primärer Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Plattformbetreibers gegenüber dem Verbraucher ist der zwischen den Parteien geschlossene Vermittlungsvertrag („Plattformvertrag“).⁴³ Vom Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Plattformbetreiber und den Verbrauchern, die als Nachfrager oder Anbieter die Plattform nutzen, wird man jedenfalls dann ausgehen können, wenn für die Nutzung der Plattform ein Entgelt anfällt, sei es in Form einer monatlich oder jährlich zu entrichtenden Benutzungsgebühr oder in Form einer Provision für die Vermittlung einzelner Transaktionen. Doch auch bei unentgeltlicher Nutzung einer Plattform wird in aller Regel ein hinreichender Rechtsbindungswille seitens der Beteiligten vorliegen, so dass auch hier von

⁴⁰ Zum Umfang der Informations- und Treuepflichten eines Maklers siehe MüKoBGB/Roth, 7. Aufl. 2017, BGB § 654 ff.; zur Übertragbarkeit auf Online-Plattformen vgl. Rehr, Grundlinien des Rechts der Plattformverträge, 2019, S. 82 ff, 117 ff.

⁴¹ Dazu näher unter V.3.5.

⁴² Dafür MüKo/Roth, 7. Aufl. 2017, § 652 Rn. 6; dagegen Thomale, JZ 2012, 716, 722; zweifelnd auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 44 Rn. 5.

⁴³ Specht-Riemenschneider, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge, Rn. 53.

einem Vertragsschluss auszugehen ist.⁴⁴ Dies wird man jedenfalls dann bejahen können, wenn eine Registrierung der Nutzer erforderlich ist. Geht man also vom Vorliegen einer vertraglichen Beziehung zwischen Verbraucher und Plattformbetreiber aus, so kommt in erster Linie eine vertragliche Haftung wegen Verletzung von Leistungspflichten (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB) bzw. eine Verletzung von Schutzpflichten (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) in Betracht.⁴⁵

3.1.1 Vertragliche Hauptpflichten

Aus dem Plattformvertrag schuldet der Plattformbetreiber als Hauptleistungspflicht zunächst die Bereitstellung des Zugangs zur Plattform mit den in ihr eingebetteten Such-, Vergleichs- und Vermittlungsleistungen.⁴⁶ Ein Vertrag hinsichtlich der Nutzung dieser Leistungen wird jedenfalls konkludent durch die Bereitstellung der entsprechenden Funktionen und deren freiwillige Nutzung geschlossen.⁴⁷ Je nach Geschäftsmodell können darüber hinaus weitere Leistungspflichten hinzutreten, etwa die Abwicklung von Zahlungen, Versicherungen oder der Versand der bestellten Waren.

3.1.2 Aufklärungspflichten

Daneben ergeben sich aus dem Plattformvertrag eine Reihe von Nebenpflichten, insbesondere Warn- und Aufklärungspflichten. Als Vorbild kann dabei umfangreiche Judikatur zum Maklerrecht dienen.⁴⁸ Den Ausgangspunkt bildet dabei die Feststellung, dass der Makler als Interessenvertreter seines Auftraggebers zu diesem in einem besonderen Treueverhältnis steht.⁴⁹ Eine sachgemäße Interessenwahrnehmung gebietet es, den Auftraggeber nicht nur über dasjenige aufzuklären, was unerlässlich ist, um ihn vor Schaden zu bewahren, sondern auch über alle dem Makler bekannten Umstände, die für die Entschließung des Auftraggebers von Bedeutung sein können.⁵⁰ Dies gilt auch dann, wenn er nicht nur einseitiger Interessenvertreter einer Vertragsseite ist, sondern – wie dies typischerweise auch bei Online-Plattformen der Fall ist – zu beiden Seiten in einer vertraglichen Beziehung steht. Wie weit die Unterrichtungspflicht des Maklers im Einzelnen reicht, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Die Rechtsprechung geht insoweit nur von einer eingeschränkten Aufklärungs- und Beratungspflicht des Maklers aus. Insbesondere trifft ihn grundsätzlich keine Erkundigungs- und

⁴⁴ Rott, FS Schwintowski, S. 483 mit Verweis auf LG München I, CR 2007, 264. Näher zur Frage, ob der Plattformvertrag bereits durch Nutzung der Plattform oder erst durch Erwerb eines Produkts über die Plattform zustande kommt, Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1426 f.

⁴⁵ Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1427; ebenso Omlor, jM 2017, 134, 137 (zu Airbnb).

⁴⁶ Rott, FS Schwintowski, S. 487; siehe auch MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl 2019, BGB § 312i Rn. 34; Specht-Riemenschneider, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17, 19.

⁴⁷ MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl 2019, BGB § 312i Rn. 34; näher zum Vertragsschluss auf Plattformen Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1426 ff.

⁴⁸ Siehe dazu MüKoBGB/Roth, 7. Aufl 2017, BGB § 652 Rn. 258-265.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 12.7.2018, I ZR 152/17, NJW 2019, 1223 Rn. 12; BGH, Urt. v. 18. 1. 2007, III ZR 146/06, NJW-RR 2007, 711, 712 Rn. 11.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 12.7.2018, I ZR 152/17, NJW 2019, 1223 Rn. 12.

Nachforschungspflicht.⁵¹ Die Angaben seines Kunden kann er daher in aller Regel ungeprüft übernehmen, sofern sie nicht nach seinen Kenntnissen unrichtig, unplausibel oder bedenklich sind.⁵² Eine Warnpflicht des Maklers nimmt die Rechtsprechung allerdings an, wenn dem Makler Umstände bekannt sind, die geeignet sind, den Vertragszweck des Auftraggebers zu vereiteln. Dies ist etwa der Fall, wenn der Makler Kenntnis von gravierenden finanziellen Schwierigkeiten des Vertragspartners hat⁵³ oder ihm bekannt ist, dass die Lage einer Immobilie als sozialer Brennpunkt bekannt ist.⁵⁴

Anknüpfend an diese Rechtsprechung zum Maklerrecht wird von Teilen der Literatur in Bezug auf Online-Plattformen eine Warnpflicht des Plattformbetreibers angenommen, wenn dieser Kenntnis davon hat, dass der Anbieter in der Vergangenheit Leistungen minderer Qualität erbracht hat oder die Selbstklassifizierung als Verbraucher unzutreffend ist.⁵⁵ Noch weitergehend werden teilweise auch de lege lata Überprüfungsspflichten des Plattformbetreibers angenommen, „wenn dieser erkennbar bzw. nach dem objektiven Empfängerhorizont des Nutzers Einfluss auf den Anbieter nimmt, wie dies bei Uber der Fall ist (falls Uber nicht ohnehin als Vertragspartner anzusehen ist)“.⁵⁶ Derartige Ermittlungspflichten werden für den Maklervertrag allerdings in der Literatur überwiegend verneint.⁵⁷ Auch im Hinblick auf den Plattformbetreiber ist es daher zweifelhaft ob sich de lege lata allein aus der faktischen Möglichkeit zur Überprüfung der Anbieter eine allgemeine rechtliche Pflicht zu einer solchen Überprüfung herleiten können. Zu erwägen wäre jedoch, dass dem Plattformbetreiber Informationen über das Verhalten der Anbieter, die auf datenschutzkonforme Weise automatisiert und ohne erheblichen Aufwand erhoben werden können, als Wissen zugerechnet werden.⁵⁸

3.1.3 Pflicht zur präferenzkonformen Vermittlung

Es stellt sich die Frage, ob den Betreiber einer Online-Plattformen über die im Einzelfall bestehenden Aufklärungspflichten hinaus eine allgemeine Pflicht zur präferenzkonformen Vermittlung trifft. In dogmatischer Hinsicht ließe sich eine solche Pflicht als Ausprägung einer vertraglichen Treuepflicht einordnen. Auch hier bietet sich erneut eine Parallele zum Maklerrecht an. Nach Auffassung des BGH ist die rechtliche Beziehung

⁵¹ BGH, Urt. v. 12.7.2018, I ZR 152/17, NJW 2019, 1223 Rn. 22; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.07.2017, I-7 U 118/16

⁵² BGH, Urt. v. 18. 1. 2007, III ZR 146/06, NJW-RR 2007, 711, 712 Rn. 13.

⁵³ OLG Dresden, Urt. v. 22. 3. 2007, 8 U 1994/06, NJOZ 2007, 2145.

⁵⁴ LG Heidelberg, Urt. v. 14.2.2006, 2 S 46/05, MDR 2006, 859.

⁵⁵ Rott, FS Schwintowski, S. 488 f.

⁵⁶ Rott, FS Schwintowski, S. 489.

⁵⁷ Siehe etwa LG Duisburg, Beschl. v. 26.08.2009, 7 S 91/09, BeckRS 2010, 8900; BeckOGK/Meier, 1.8.2019, BGB § 652 Rn. 380.1.

⁵⁸ Vgl. Spindler/Seidel, NJW 2018, 2153 ff.

zwischen Makler und Auftraggeber durch ein besonderes Treueverhältnis geprägt, aufgrund dessen der Kunde eine umfassende Wahrnehmung seiner Interessen in Bezug auf den Abschluss des Hauptvertrags erwarten kann.⁵⁹

Überträgt man diesen Gedanken auf das Vertragsverhältnis zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher, könnte dies etwa für die Ausgestaltung von Rankings auf Online-Plattformen relevant sein.⁶⁰ Wie die im April 2019 veröffentlichten Ergebnisse der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zeigen, ist es insbesondere bei Hotelbuchungsportalen eine weitverbreitete Praxis, dass die Höhe der gezahlten Provision Auswirkungen auf die Platzierung der Angebote im Ranking hat. Aus lauterkeitsrechtlicher Sicht kann dies eine unzulässige Irreführung darstellen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG).⁶¹ Aus vertragsrechtlicher Perspektive könnte dabei zugleich ein Verstoß gegen die dem Plattformbetreiber obliegende Treuepflicht vorliegen. So ließe sich argumentieren, dass der Plattformbetreiber im Rahmen seiner besonderen Treuepflicht gegenüber dem Verbraucher klar und deutlich offenlegen muss, ob das Ranking durch Provisionsinteressen der Plattform beeinflusst wird. Dafür dürfte es wohl nicht ausreichen, wenn ein entsprechender Hinweis lediglich durch einen „Mouseover-Effekt“ angezeigt wird.⁶²

Besondere Bedeutung dürfte die vertragliche Pflicht zur präferenzkonformen Vermittlung bei „Smart Assistants“ (z.B. Amazon Echo, Google Home) haben. Dort wird als Ergebnis der sprachgesteuerten Produktsuche in der Regel kein Ranking ausgegeben, sondern eine einzelne Produktempfehlung ausgesprochen. Im Fall von Amazon Echo wird dabei zumeist ein Produkt empfohlen, das als „Amazon’s Choice“ bezeichnet wird. Anhand welcher Kriterien diese Auswahl erfolgt, bleibt unklar.⁶³ Bei vielen Verbrauchern dürfte die Erwartung bestehen, dass es sich dabei um eine „neutrale“ Empfehlung handelt, die nicht durch Interessen der Plattform verzerrt wird. Im Rahmen seiner vertraglichen Treuepflicht könnte der Plattformbetreiber daher verpflichtet sein, die wesentlichen Faktoren, die bei der Auswahl der Empfehlung einfließen, offenzulegen.

3.2 Verbraucherrechtliche Pflichten, §§ 312 ff. BGB

Zu den aus dem Plattformvertrag abgeleiteten Pflichten des Plattformbetreibers treten die gesetzlich geregelten verbraucherrechtlichen Pflichten hinzu, insbesondere die Vorgaben der §§ 312 ff. BGB. Dabei ist wiederum zwischen den unterschiedlichen Vertragsbeziehungen innerhalb des „Plattform-Dreiecks“ zu differenzieren. Pflichten aus §§

⁵⁹ BGH, Urt. v. 18. 1. 2007, III ZR 146/06, NJW-RR 2007, 711, 712 Rn. 11; BGH, Urt. v. 28.9.2000, III ZR 43/99, NJW 2000, 3642; kritisch dazu BeckOGK/Meier, 1.8.2019, BGB § 652 Rn. 375; MüKoBGB/Roth, 7. Aufl. 2017, BGB § 652 Rn. 260a.

⁶⁰ Dazu näher unter V.4.

⁶¹ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 25.8.2011, Az. 16 O 418/11, MMR 2012, 683; BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 134; siehe auch Europäische Kommission, Leitlinien zur UGP-RL v. 25.5.2017, S. 155 f.; näher dazu unter III.4.2.1.

⁶² Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 90, 127.

⁶³ Hollister, There is no reason to trust Amazon’s Choice, theverge.com, 14.6.2019.

312 ff. können den Plattformbetreiber zunächst in Bezug auf den mit den Plattformnutzern geschlossenen Plattformvertrag treffen. Darüber hinaus kommen auch Pflichten des Plattformbetreibers in Bezug auf die von ihm vermittelten Verträge zwischen (Dritt-)Anbietern und Kunden in Betracht.

3.2.1 Plattformvertrag

Da der Plattformvertrag in aller Regel im Wege des Fernabsatzes (§ 312c BGB) geschlossen wird, können den Plattformbetreiber fernabsatzrechtliche Pflichten nach §§ 312c ff. BGB insoweit treffen, als sie seine eigene Such-, Vergleichs- oder Vermittlungsleistung betreffen.⁶⁴ Relevant könnte insofern insbesondere die Pflicht aus § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGBGB zur Angabe der „wesentlichen Eigenschaften“ der Vermittlungsdienstleistung sein. Denkbar wäre es etwa, gestützt auf diese Vorschriften eine Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Aspekte des „Matching-Systems“ anzunehmen. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt, soweit ersichtlich, bislang nicht vor.

Darüber hinaus treffen den Plattformbetreiber die Informations-, Organisations- und Designpflichten aus § 312i BGB.⁶⁵ Der Plattformbetreiber ist hinsichtlich der von ihm im Rahmen des Plattformvertrages erbrachten Such-, Vergleichs- und Vermittlungsleistungen als „Diensteanbieter“ i.S.d. E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG anzusehen.⁶⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Nutzer keine Geldleistung für die Nutzung der Plattform erbringen muss, sondern diese sich aus Einnahmen aus der auf ihrer Website verbreiteten Werbung finanziert.⁶⁷ Der Plattformbetreiber ist beispielsweise verpflichtet, technische Vorkehrungen zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung zu stellen (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) und die Plattform-AGB in speicherbarer und wiedergabefähiger Form zum Abruf bereit zu halten (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB).

Hinsichtlich der Pflichten aus § 312j BGB ist zu differenzieren. Angaben zu „Lieferbeschränkungen“ (hier vielleicht besser: „Zugangsbeschränkungen“⁶⁸) und zu den akzeptierten Zahlungsmitteln treffen den Plattformbetreiber gem. § 312j Abs. 1 BGB unabhängig davon, ob der Zugang zur Plattform nur gegen ein Entgelt gewährt wird. Die weitergehenden Pflichten aus § 312j Abs. 2 bis 5 BGB gelten dagegen nur für Verbraucherverträge im elektronischen Geschäftsverkehr, die eine „entgeltliche Leistung“ des Unternehmers zum Gegenstand haben. Daher ist zweifelhaft, ob diese Pflichten auch Plattformen betreffen, bei denen der Verbraucher für die erbrachten Such-, Vergleichs-

⁶⁴ Rott, FS Schwintowski, S. 486; weitergehend Mozina, EuCML 2016, 25 ff., der darüber hinaus Informationspflichten in Bezug auf die über die Plattform angebotenen Waren und Dienstleistungen annimmt.

⁶⁵ BeckOGK/Busch, 1.7.2019, BGB § 312i Rn. 9.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 12.7.2011, C-374/09, EuZW 2011, 754 – L'Oréal; MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl 2019, BGB § 312i Rn. 35; siehe auch Wendehorst, EuCML 2016, 30 ff.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 11.9.2014, C-291/13, MMR 2016, 63 – Papasavvas; MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl 2019, BGB § 312i Rn. 34.

⁶⁸ Rott, FS Schwintowski, S. 486.

und Vermittlungsleistungen kein Entgelt zu leisten hat.⁶⁹ Künftig dürfte diese Einschränkung allerdings entfallen, da die die Modernisierungsrichtlinie eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbraucherrechterichtlinie auf Verträge vorsieht, bei denen der Verbraucher keine monetäre Gegenleistung erbringt, sondern dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt.⁷⁰

3.2.2 Vermittelte Transaktionen

Bisher weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob der Plattformanbieter auch hinsichtlich der Verträge, die über die Plattform mit Dritten geschlossen werden (z.B. Kauf- oder Mietverträge) nach § 312i BGB verpflichtet ist.⁷¹ Nach dem Wortlaut von § 312i BGB dürfte dies wohl zu verneinen sein, da der Plattformbetreiber als bloßer Vermittler insofern nicht Vertragspartner des Verbrauchers wird.

3.2.2.1 B2C-Verträge

Handelt es sich bei der vermittelten Transaktion um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer als Anbieter und einem Verbraucher als Nachfrager (B2C-Vertrag), hätte eine enge Auslegung des § 312i BGB zur Konsequenz, dass allein der Anbieter nach § 312i BGB verpflichtet wäre. Auf der Plattform könnte der Anbieter jedoch die ihm auferlegten Organisations- und Designpflichten nicht ohne eine Mitwirkung des Plattformbetreibers erfüllen. Beispielsweise könnte der Anbieter allein nicht angemessene technische Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) zur Verfügung stellen, da die technische Ausgestaltung der Plattform und die Art und Weise des Vertragsschlusses in der Regel durch den Plattformbetreiber vorgegeben wird. Daraus wird man eine „Designverantwortung“ des Plattformbetreibers ableiten können, dem Anbieter die technischen Möglichkeiten zur Erfüllung seiner Verpflichtungen nach § 312i BGB zur Verfügung zu stellen. Gleiches dürfte für die Erfüllung verbraucherrechtlicher Informationspflichten gem. § 312d BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB und § 312j BGB gelten.

Eine Stütze findet diese Ansicht in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Mitverantwortung eines Plattformbetreibers für die Beachtung der Impressumspflicht nach § 5 TMG seitens der gewerblichen Plattformnutzer.⁷² Danach ist der Betreiber einer Online-Handelsplattform zwar nicht verpflichtet, sämtliche Angebote auf der Plattform vorab darauf zu überprüfen, ob sie die nach § 5 TMG erforderlichen Angaben beinhalten. Vom Betreiber der Plattform kann allerdings verlangt werden, dass die Angebotsmaske

⁶⁹ BeckOGK/Busch, 1.7.2019, BGB § 312j Rn. 16.1; Rott, FS Schwintowski, S. 486.

⁷⁰ Siehe Art. 3 Abs. 1a VRRRL n.F. (in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie).

⁷¹ Zum Folgenden siehe BeckOGK/Busch, 1.7.2019, BGB § 312i Rn. 8; siehe auch Wendehorst, EuCML 2016, 30 ff.; siehe auch Specht-Riemenschneider, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge, Rn. 35, die eine Verpflichtung des Plattformbetreibers nach § 312 ff. hinsichtlich der vermittelten Verträge ablehnt.

⁷² OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.06.2013, I-20 U 145/12, VuR 2013, 344.

so gestaltet wird, dass die genaue Bezeichnung der gesetzmäßigen Firmierung und Angaben zum Handelsregister im Einzelnen abgefragt werden und im Falle des Freibleibens der Felder eine mit einer Belehrung über die Impressumspflicht versehene Aufforderung zur Überprüfung erscheint.⁷³ Zwar bleibt der Anbieter selbst für die Erfüllung der Informationspflicht aus § 5 TMG verantwortlich. Den Plattformbetreiber trifft jedoch eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht, die Realisierung der Informationspflicht seitens des Anbieters zu ermöglichen.⁷⁴

3.2.2.2 C2C-Verträge

Noch problematischer sind Fälle, in denen es sich bei der vermittelten Transaktion um einen Vertrag zwischen zwei Verbrauchern (C2C-Vertrag) handelt, etwa einen Privatverkauf im Rahmen einer Online-Auktion. Da § 312i BGB in persönlicher Hinsicht voraussetzt, dass auf Anbieterseite ein Unternehmer (§ 14 BGB) agiert, wäre § 312i BGB in derartigen Fällen nicht anwendbar.⁷⁵ Der durch § 312i BGB vorgesehene Schutz würde damit entfallen.

Der Schutzzweck von § 312i spricht jedoch dafür, dass dem Plattformbetreiber jedenfalls die in § 312i genannten Organisations- und Designpflichten aufzuerlegen sind, welche die elektronische Infrastruktur betreffen, insbesondere die Pflicht zur Bereitstellung angemessener Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) und zum Versand einer Eingangsbestätigung (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB). Dafür spricht, dass der Vertragsschluss – auch wenn es sich um einen C2C-Vertrag handelt – auf einer „professionellen“ Plattform stattfindet. In derartigen Konstellationen hat der Verbraucher eine berechtigte Erwartung gegenüber dem Plattformbetreiber, dass dieser für einen formal fairen Vertragsschlussmechanismus sorgt, der den Anforderungen des § 312i BGB genügt. Eine entsprechende Verpflichtung des Plattformbetreibers ließe sich durch eine erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung von § 312i BGB⁷⁶ begründen.

3.3 Informationspflichten nach der Modernisierungsrichtlinie

Eine Reihe expliziter Informationspflichten für Betreiber von Online-Plattformen findet sich in dem von der Europäischen Kommission im Rahmen des „New Deal for Consumers“ vorgelegten Vorschlag für eine Modernisierungsrichtlinie, der im April 2019 vom Europäischen Parlament angenommen wurde.⁷⁷

⁷³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.06.2013, I-20 U 145/12, VuR 344, 345.

⁷⁴ Ebenso Brönneke in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 10 Rn. 68.

⁷⁵ So etwa BeckOK BGB/Maume, 51. Ed. 1.8.2019, BGB § 312i Rn. 5; Schmittmann K&R 2009, 529, 533.

⁷⁶ BeckOGK/Busch BGB § 312i Rn. 8; ebenso, aber mit anderer Begründung MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312i Rn. 36 (analog § 311 Abs. 3, § 241 Abs. 2 BGB).

⁷⁷ Siehe Art. 6a Abs. 1 VRRRL n.F. (in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie). Wie Art. 6a Abs. 2 VRRRL n.F. betont, steht es den Mitgliedstaaten frei, zusätzliche Informationspflichten für Online-Marktplätze vorzusehen, sofern diese verhältnismäßig, nicht diskriminierend und aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sind.

Nach Art. 6a Abs. 1 lit. a) VRRL n.F. muss der Anbieter des Online-Marktplatzes den Verbraucher über die „Hauptparameter für das Ranking der Angebote“ informieren. Dabei ist auch das „relative Gewicht dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern“ anzugeben. Der Anwendungsbereich dieses Informationsgebotes überschneidet sich teilweise mit Art. 7 Abs. 4a UGP-RL n.F., der ebenfalls eine Aufklärung über die wesentlichen Rankingparameter verlangt. Eine weitere Regelung, die ebenfalls auf die Transparenz von Rankings zielt, findet sich in Art. 5 Abs. 1 P2B-VO, der allerdings keine Offenlegung gegenüber Verbrauchern verlangt, sondern das Verhältnis zwischen dem Plattformbetreiber und den gewerblichen Plattformnutzern betrifft.⁷⁸

Gemäß Art. 6a Abs. 1 lit. b) VRRL n.F. hat der Betreiber eines Online-Marktplatzes die Verbraucher darüber zu informieren, „ob es sich bei dem Dritten, der die Waren und Dienstleistungen oder digitalen Inhalte anbietet, um einen Verbraucher handelt oder nicht“. Diese Information soll der Plattformbetreiber „auf der Grundlage der Erklärung dieses Dritten zum Online-Marktplatz“ geben.⁷⁹ Bei näherer Betrachtung handelt es sich dabei weniger um eine eigenständige Informationspflicht als vielmehr um eine „Plattform-Design-Pflicht“.⁸⁰ In praktischer Hinsicht verlangt Art. 6a Abs. 1 lit. b) VRRL n.F. in einem ersten Schritt, dass der Plattformbetreiber den Online-Marktplatz so gestaltet, dass jeder Nutzer, der sich als Anbieter auf der Plattform registriert, angibt, ob er die Plattform als Unternehmer oder als Privatperson („Prosumer“) nutzt. In einem zweiten Schritt muss der Plattformbetreiber sicherstellen, dass vor jedem Vertragsabschluss auf der Plattform hinreichend deutlich angezeigt wird, ob es sich bei dem Anbieter um einen Unternehmer handelt oder nicht. Ist der Dritte, mit dem der Verbraucher einen Vertrag schließt, kein Unternehmer, so verlangt Art. 6a Abs. 1 lit. c) VRRL n.F. zusätzlich, dass der Marktplatzbetreiber den Verbraucher darüber aufklärt, dass die unionsrechtlichen Verbraucherrechte keine Anwendung finden.

Art. 6a Abs. 1 lit. c) VRRL n.F. sieht ferner vor, dass der Marktplatzbetreiber den Verbraucher darüber informiert, „wie sich die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zwischen dem Dritten [...] und dem Anbieter des Online-Marktplatzes aufteilen.“ Die Vorschrift verpflichtet zur Aufklärung darüber, inwieweit eine (Mit-)Haftung des Plattformbetreibers besteht, lässt die Haftungsverteilung selbst aber unberührt. Dementsprechend hängt die zu erteilende Information von den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Online-Marktplatz und den betreffenden Drittunternehmern ab. Der Betreiber des Online-Marktplatzes kann darauf verweisen, dass ausschließlich der Drittunternehmer für die Gewährleistung der Verbraucherrechte verantwortlich ist.⁸¹

⁷⁸ Dazu näher Busch, GRUR 2019, 788, 792 f.

⁷⁹ Zur Kritik an dieser Regelung und einem Alternativvorschlag siehe unter VI.2.2.

⁸⁰ Vgl. Busch, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 150, 159; siehe auch Sylvain, *Intermediary Design Duties*, 50 *Connecticut Law Review*, 1 (2017).

⁸¹ Erwgr. 27 Modernisierungsrichtlinie.

3.4 Haftung der Plattform für vermittelte Transaktionen

Neben der oben erörterten Frage, inwieweit der Plattformbetreiber für die Verletzung von Pflichten aus dem Plattformvertrag in Anspruch genommen werden kann und in welchem Umfang ihn die Pflichten aus §§ 312 ff. BGB treffen, stellt sich die weitergehende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Plattformbetreiber für ein Fehlverhalten des vermittelten Vertragspartners einzustehen hat. Konkret gesprochen: Haftet Airbnb auf Schadensersatz, wenn der Gast durch ein Fehlverhalten des Gastgebers zu Schaden kommt? Kann ein Käufer Amazon auf Nacherfüllung in Anspruch nehmen, wenn der Drittanbieter eine mangelhafte Ware liefert?

Als Vorfrage ist zunächst zu klären, ob der Plattformbetreiber allein als Vermittler innerhalb eines „Plattform-Dreiecks“ auftritt oder ob sich im Wege der Auslegung ergibt, dass der Plattformbetreiber selbst als Anbieter zu qualifizieren ist.⁸² Dabei ist selbstverständlich nicht allein auf die „Selbstklassifizierung“ des Plattformbetreibers (etwa in seinen AGB) abzustellen. Maßgeblich ist vielmehr das Gesamtbild.

Hat der Plattformbetreiber im Vorfeld des Vertragsschlusses hinreichend deutlich gemacht, dass er lediglich eine Vermittlerrolle einnehmen will, so scheidet in den oben genannten Beispielen eine Haftung als Vertragspartner eines Miet- oder Kaufvertrages aus. Einer Mithaftung des Plattformbetreibers, dessen Rolle sich auf eine Vermittlungstätigkeit beschränkt, stehen grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit und der Grundsatz der Relativität schuldrechtlicher Verbindungen entgegen.⁸³ Das BGB kennt jedoch eine Reihe von Durchbrechungen des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse. Mit Blick auf Plattformgeschäfte ist vor allem § 311 Abs. 3 BGB relevant. Weitere Anknüpfungspunkte könnten die Vorschriften über verbundene Verträge (§§ 358 ff. BGB) sowie die Dogmatik der Vertragsnetze liefern.

3.4.1 Haftung als Dritter, § 311 Abs. 3 BGB

Als ein möglicher Anknüpfungspunkt für eine Inanspruchnahme des Plattformbetreibers wird in der Literatur eine Haftung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB diskutiert.⁸⁴ Danach kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch zu Personen entstehen, „die nicht selbst Vertragspartei werden sollen“. Auf Plattformgeschäfte ist diese Vorschrift insoweit anwendbar, als der Plattformbetreiber gerade nicht Vertragspartei des vermittelten Vertrages (also etwa des Kauf-, Miet- oder Transportvertrages) werden soll.⁸⁵ Eine auf § 311 Abs. 3 BGB gestützte Eigenhaftung eines am Vertrag nicht selbst beteiligten Dritten nimmt die Rechtsprechung insbesondere in zwei Fallgruppen an:

⁸² Zur Transparenz der vertraglichen Rollenverteilung siehe oben V.1.3.

⁸³ Den Gedanken der Relativität schuldrechtlicher Bindungen betont auch Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 241.

⁸⁴ Siehe etwa Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1428 ff.

⁸⁵ Nach Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1428 ff. ist ein Rückgriff auf § 311 Abs. 3 BGB nur erforderlich, wenn es an einem Vertrag zwischen Verbraucher und Plattformbetreiber fehlt.

Zum einen wird eine Eigenhaftung von Vertretern oder Verhandlungsgehilfen bejaht, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichsam in eigener Sache tätig wird und als wirtschaftlicher „Herr des Geschäfts“, als „Quasi-Partei“⁸⁶ oder als eigentlicher wirtschaftlicher Interessenträger anzusehen ist.⁸⁷ Ein lediglich mittelbares wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss, etwa die Aussicht auf eine Provision, genügt dagegen nicht.⁸⁸ Die Übertragung dieser Überlegungen auf Online-Plattformen führt nicht zu eindeutigen Ergebnissen. Einerseits ist das Geschäftsmodell zahlreicher Plattformen auf die Erwirtschaftung von Provisionen für die vermittelten Transaktionen ausgerichtet. Andererseits könnte man angesichts der starken Einflussnahme einiger Plattformen (z.B. Uber) auf den Abschluss und die Durchführung der Transaktionen durchaus davon sprechen, dass sie wirtschaftlicher „Herr des Geschäfts“ sind.

Eine Eigenhaftung von Dritten wird darüber hinaus in Fällen bejaht, in denen der Dritte im Rahmen der Vertragsanbahnung „in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst“ (§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB).⁸⁹ Diese Fallkonstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Vertragspartner in dem Dritten „geradezu den „Garanten der Vertragsdurchführung“ selbst für den Fall sieht, dass der eigentliche Vertragspartner sich nicht als vertrauenswürdig erweist“.⁹⁰ Es handelt sich somit um Fälle, die gewissermaßen im Vorfeld einer „echten“, d.h. vertraglichen Garantie des Dritten liegen.⁹¹

Letzteres wird man wohl bei einigen Plattformen bejahen können. Als Anknüpfungspunkt für ein „besonderes Vertrauen“ im Sinne der Sachwalterhaftung könnte etwa das vom Plattformbetreiber verwendete Bewertungssystem dienen.⁹² Empirische Untersuchungen zu Online-Plattformen deuten darauf hin, dass positive Kundenbewertungen die Entscheidung über den Vertragsschluss maßgeblich beeinflussen.⁹³ Als weiterer Anknüpfungspunkt für ein besonderes Vertrauen kommt auch der vom Plattformbetreiber verwendete Rankingalgorithmus in Betracht. So dürften die Verbraucher darauf vertrauen, dass ihnen durch die automatisch generierten Rankings tatsächlich die „besten“ Produkte empfohlen werden.⁹⁴ Zu dieser Erwartung dürfte nicht zuletzt der Umstand

⁸⁶ MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 190.

⁸⁷ BGH, Urt. v. 23.10.1985, VIII ZR 2010/84, NJW 1986, 586, 587; BGH, Urt. v. 17.6.1991, II ZR 171/90, NJW-RR 1991, 1241, 1242; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 311 Rn. 61.

⁸⁸ BGH, Urt. v. 17.10.1989, XI ZR 173/88, NJW 1990, 506; BGH, Urt. v. 17.6.1991, II ZR 171/90, NJW-RR 1991, 1241, 1242; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 311 Rn. 61.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 5.4.1971, VII ZR 163/69, NJW 1971, 1309; BGH, Urt. v. 20.3.1987, V ZR 27/86, NJW 1987, 2512; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 311 Rn. 63.

⁹⁰ MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 193.

⁹¹ MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 193.

⁹² Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1429.

⁹³ Siehe etwa Ursu, 37 Marketing Science 530 (2018); siehe auch BKArtA, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 79.

⁹⁴ Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1429.

beitragen, dass die Rankings auf vielen Plattformen mit Angaben wie „Beste Ergebnisse“ oder „Unsere Top-Tipps“ versehen werden.⁹⁵

In diesem Zusammenhang kann auch auf die Parallele zu sog. Agenturgeschäften im Kfz-Handel verwiesen werden, bei denen ein Händler einen Gebrauchtwagen nicht im eigenen Namen, sondern im Namen und für Rechnung eines Neuwagenkäufers weiterverkauft.⁹⁶ Die rechtliche Einordnung dieser Konstellationen ist umstritten.⁹⁷ Teilweise wird der Kaufvertrag zwischen den beiden Verbrauchern als Scheingeschäft qualifiziert, mit der Folge dass nur ein Vertrag zwischen dem Verbraucher-Käufer und dem Händler besteht.⁹⁸ Aus Sicht des Verbraucher-Käufers könnte es jedoch vorteilhafter sein, wenn man in derartigen Konstellationen an einem Kaufvertrag zwischen Neuwagenkäufer und Gebrauchtwagenkäufer festhält, letzterem aber zusätzlich Gewährleistungsrechte gegen den Händler einräumt, so als sei dieser der Verkäufer.⁹⁹ Gestützt wird dieser Lösungsansatz auf den Rechtsgedanken aus § 311 Abs. 3 BGB.¹⁰⁰ Überträgt man diesen Ansatz auf Plattformgeschäfte,¹⁰¹ würde der Plattformbetreiber neben dem Anbieter (und in gleicher Weise wie dieser) im Falle von Leistungsstörungen im Anbieter-Kunden-Vertrag haften.

3.4.2 Verbundene Verträge, §§ 358 ff. BGB

Eine weitere Durchbrechung des Prinzips der Relativität der Schuldverhältnisse. findet sich in §§ 358 ff. BGB. Dort werden „verbundene Verträge“, die eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden, miteinander verklammert. Dadurch soll die Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts auf zwei rechtlich unabhängige Verträge rückgängig gemacht und dem Verbraucher die Belastungen und Risiken des Dreipersonenverhältnisses abgenommen werden.¹⁰² Dieser Rechtsgedanke ließe sich durchaus auf Plattformgeschäfte übertragen. Auch hier können sich für den Verbraucher „Aufspaltungsrisiken“ durch die Trennung zwischen Vermittlung und Ausführung einer Leistung ergeben, die aus Sicht des Verbrauchers – wie etwa im Fall von „Uber“ – als wirtschaftliche Einheit erscheinen. Trotz dieser wertungsmäßigen Parallelen bilden die §§ 358 ff. BGB keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Plattformbetreibers, da sich die dort geregelten Rechtsfolgen auf einen Widerrufsdurchgriff (§§ 358, 360) und Einwendungsdurchgriff (§ 359) beschränken und keine umfassende Mithaftung vorsehen.

⁹⁵ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 127.

⁹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 26.1.2005, VIII ZR 175/04, NJW 2005, 1039.

⁹⁷ Siehe den Überblick bei BeckOK BGB/Faust, 51. Ed. 1.8.2019, BGB § 476 Rn. 13 f.; MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 195 f.

⁹⁸ Müller, NJW 2003, 1975, 1980.

⁹⁹ BeckOK BGB/Faust, 51. Ed. 1.8.2019, BGB § 476 Rn. 14

¹⁰⁰ MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 195.

¹⁰¹ Dafür Rehr, Grundlinien des Rechts der Plattformverträge, 2019, 240 f.

¹⁰² BeckOGK/Rosenkranz, 1.10.2019, BGB § 358 Rn. 24.

3.4.3 Dogmatik der Vertragsnetze

Einen weiteren denkbaren dogmatischen Anknüpfungspunkt für eine (Mit-)Haftung des Plattformbetreibers bei Leistungsstörungen im Vertragsverhältnis zwischen Anbieter und Verbraucher könnte die maßgeblich von *Teubner* entwickelte „Dogmatik der Vertragsnetze“ bieten.¹⁰³ Dieser Ansatz wurde insbesondere dazu herangezogen, um die Relativität der Schuldverhältnisse bei komplexen wirtschaftlichen Verbundstrukturen (etwa im Bereich des Franchising) in Frage zu stellen.¹⁰⁴ Der Topos des „Vertragsnetzes“ erfüllt dabei die Funktion, die formale Trennung der einzelnen Vertragsbeziehungen zu überwinden und einen Durchgriff auf den wirtschaftlich dominierenden Akteur zu ermöglichen.¹⁰⁵ Dieser Ansatz hat sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur jedoch nicht durchsetzen können.¹⁰⁶ Auch die Rechtsprechung hat die „Dogmatik der Vertragsnetze“, soweit ersichtlich, nicht aufgegriffen. Als Kritik wird u.a. vorgebracht, dass die durch den Topos des Vertragsnetzes bewirkte Ausdehnung der Haftung, der Entlastungs-, Risikobegrenzungs- und Differenzierungsfunktion getrennter Vertragsbeziehungen zuwiderläuft und keine Grundlage im geltenden Recht findet.¹⁰⁷

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang mitunter auf die Parallele zum Franchising verwiesen.¹⁰⁸ Auch dort nimmt der Franchisegeber in der Regel Einfluss auf die Bedingungen, unter denen die Verträge zwischen Franchisenehmern und ihren Kunden abgeschlossen werden, etwa hinsichtlich der Preise, zu denen die Leistungen des Franchisenehmers erbracht werden. Ferner ist das Vertriebs- und Marketingmodell durch ein einheitliches Erscheinungsbild geprägt, beispielsweise durch die Verwendung von Marken und Geschäftsbezeichnungen des Franchisegebers.¹⁰⁹ Hinzu kommt, dass der Franchisegeber nicht selten auch wichtige materielle und immaterielle Grundlagen für die Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers zur Verfügung stellt. Auch hier drängt sich eine Parallele zu Plattformgeschäften auf. Die überwiegende Auffassung in der Literatur verneint allerdings einen vertraglichen Durchgriff auf den Franchisegeber bei Nicht- oder Schlechterfüllung der zwischen dem Franchisenehmer und seinen Kunden geschlossenen Verträge.¹¹⁰ Mit einem Rückgriff auf Wertungen aus dem Recht des

¹⁰³ Siehe etwa Busch, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 162 f.; kritisch dazu Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 242.

¹⁰⁴ Teubner, KritV 1993, 367; ders. Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; kritisch dazu Grundmann, AcP 207 (2007) 718, 724 ff.; siehe auch Grundmann/Möslein, ZfPW 2015, 435, 449, die davon sprechen, dass bei Plattformgeschäften die Rechtsbeziehungen „im Dreieck eines Vertragsnetzes“ entstehen. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt Wielsch, RW 2019, 84, 108, der sich für eine „Funktionshaftung“ von Intermediären in Netzwerken ausspricht, die sich „nicht aus der Relation gegenüber einem anderen Unternehmen“ ergibt, „sondern mit Blick auf die Funktion der Kontrolle des Marktzugangs“.

¹⁰⁵ Teubner, KritV 1993, 367, 370 ff.; 381 ff; ders., Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, S. 109 ff.

¹⁰⁶ Siehe etwa die Kritik bei Grundmann, Die Dogmatik der Vertragsnetze, AcP 207 (2007) 718, 724 ff; siehe ferner Maultzsch/Czarnecki, ZEuP 2016, 832, 840 ff.

¹⁰⁷ Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 243.

¹⁰⁸ Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 241 f.

¹⁰⁹ Vgl. Ullmann, NJW 1994, 1255.

¹¹⁰ Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl. 2019, Einführung vor § 581 Rn. 27; siehe auch Maultzsch, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen, 2018, S. 241 m.w.N.

Franchising lässt sich die ein Durchgriff auf den Plattformbetreiber daher wohl nicht rechtfertigen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich im geltenden Vertragsrecht zwar einige mögliche Ansatzpunkte für eine (Mit-)Haftung von Plattformbetreibern für Pflichtverletzungen im Anbieter-Kunden-Verhältnis finden. Näher in Betracht zu ziehen ist insbesondere die Sachwalterhaftung nach § 311 Abs. 3 BGB. Das dogmatische Fundament für eine (Mit-)Haftung von Plattformbetreibern ist de lege lata jedoch recht unsicher. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre daher wünschenswert.

3.5 Haftungsausschlüsse und Klauselkontrolle

Die Plattformbetreiber schließen in Ihren AGB üblicherweise jegliche Haftung für die von den Anbietern gemachten Angaben sowie für deren Verhalten aus. Als Beispiel kann etwa auf Ziff. 11 der AGB von Amazon.de verwiesen werden. Dort heißt es in Bezug auf die Angebote von Drittanbietern, die ihre Produkte über den Amazon Marketplace verkaufen: „Wir sind nicht für eine Untersuchung und Bewertung dieser Angebote oder Seiten verantwortlich und wir leisten keine Gewähr für die Angebote dieser Unternehmen oder Einzelpersonen oder die Inhalte auf deren Webseiten. Amazon übernimmt keine Verantwortung oder Haftung für Handlungen, Produkte und Inhalte all dieser oder jeglicher dritter Personen.“¹¹¹

Die Wirksamkeit eines solchen Haftungsausschlusses ist selbstverständlich an den §§ 307 ff. BGB zu messen. Die umfassende Freizeichnungsklausel könnte gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Dies setzt voraus, dass sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Für diese Vermittlungstätigkeit von Online-Plattformen fehlt es jedoch an einer expliziten gesetzlichen Regelung. Dementsprechend gibt es kein gesetzlich verankertes Leitbild des Plattformvertrages, das als Maßstab für die AGB-Kontrolle herangezogen werden kann.

Das Fehlen eines gesetzlich vertypten Leitbildes impliziert jedoch nicht per se die Kontrollfreiheit der Klausel. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH unterliegen auch Vertragstypen, die im Gesetz ungeregelt geblieben sind, der AGB-Kontrolle.¹¹² Unklar ist allerdings, wie in derartigen Fällen der Maßstab für die Inhaltskontrolle zu ermitteln ist. In der Literatur heißt es dazu, dass „der in den „neuen“ Vertragstypen zum Ausdruck kommende spezifische Gerechtigkeitsgehalt aus den wirtschaftlichen, rechtlichen

¹¹¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen von Amazon.de in der Fassung vom 26.6.2019 (abgerufen am 12.10.2019).

¹¹² BGH NJW 1988, 1726, 1728 (Garantievertrag); BGH NJW 2001, 2635, 2636 (Telefonkartenvertrag).

und sozialen Zusammenhängen und den auch auf diese Verträge anwendbaren allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Rechtsvorschriften entwickelt werden“ müsse.¹¹³ Diese Herangehensweise dürfte jedoch zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

Auch ein Rückgriff auf die Vorschriften über den Maklervertrag bieten nur wenig Orientierung, da die gesetzliche Regelung des Maklervertrages sehr weitmaschig ist. Daher ist in der Literatur umstritten, ob die §§ 652 ff. BGB überhaupt Leitbildcharakter für die AGB-Kontrolle haben.¹¹⁴ Vor diesem Hintergrund wird man den Parteien des Plattformvertrages einen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung des vertraglichen Pflichtenprogramms zubilligen müssen. Die Grenzen der Vertragsfreiheit dürften jedenfalls dann überschritten sein, wenn die Freizeichnung auch für Umstände gelten soll, die dem Plattformbetreiber positiv bekannt sind.¹¹⁵

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Fehlen eines klaren gesetzlichen Rahmens in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Plattformverträgen zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.¹¹⁶

3.6 Produkthaftungsrechtliche Verantwortung des Plattformbetreibers

3.6.1 Veränderung der Marktstruktur

Im Bereich des Produktsicherheitsrechts wird die Notwendigkeit einer Anpassung an die veränderten Strukturen des Online-Handels in der Literatur bereits seit längerem diskutiert.¹¹⁷ Mit der am 25.6.2019 im Amtsblatt der EU veröffentlichten neuen Marktüberwachungsverordnung (EU) 2019/1020 hat nunmehr auch der europäische Gesetzgeber das europäische Recht der Marktüberwachung an die Bedingungen der Digitalwirtschaft angepasst.¹¹⁸ Demgegenüber hat die produkthaftungsrechtliche Verantwortung von Plattformbetreibern bislang nur wenig Beachtung in der Literatur gefunden.¹¹⁹

Konkret geht es um die Haftung für Schäden, die durch fehlerhafte Produkte verursacht werden, die von außerhalb der EU ansässigen Händlern über Online-Marktplätze verkauft werden. Diese Thematik dürfte angesichts der wachsenden Zahl insbesondere chinesischer Händler auf dem Amazon Marketplace in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Nach einer aktuellen Analyse von „Marketplace Pulse“ stieg von 2016 bis 2018

¹¹³ BeckOGK/Eckelt, 1.11.2018, BGB § 307 Rn. 144.

¹¹⁴ Dafür MüKoBGB/Roth, 7. Aufl. 2017, § 652 Rn. 6; dagegen Thomale, JZ 2012, 716, 722; zweifelnd auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 44 Rn. 5.

¹¹⁵ Rott, FS Schwintowski, S. 491.

¹¹⁶ Ebenso Rott, FS Schwintowski, S. 491.

¹¹⁷ Siehe etwa Schucht, BB 2019, 135; ders. InTeR 2017, 135; Wiebe, NJOZ 2017, 1178.

¹¹⁸ Dazu Geiß/Felz, NJW 2019, 2961.

¹¹⁹ Vgl. Schucht, BB 2019, 135, 141, der lediglich anmerkt, dass Verkaufsplattformen und Fulfillment Center nicht vom ProdHaftG erfasst seien.

der Marktanteil von Verkäufern mit Sitz in China bei Amazon in Großbritannien (Amazon.co.uk) von 28 auf 34 Prozent, in Deutschland (Amazon.de) von 26 auf 28 Prozent, in Frankreich (Amazon.fr) von 41 auf 47 Prozent, in Italien (Amazon.it) von 41 auf 45 Prozent und in Spanien (Amazon.es) sogar von 48 auf 52 Prozent.¹²⁰ In den USA zeigt sich ein ähnliches Bild. Dort haben in China ansässige Händler einen Anteil von 38 Prozent unter den 10.000 umsatzstärksten Händler auf Amazon.com.¹²¹

3.6.2 Oberdorf v. Amazon

Zugleich häufen sich Berichte über Schäden, die durch defekte Produkte verursacht werden, die über Online-Marktplätze verkauft werden. In den USA haben derartige Fallkonstellationen in den letzten Monaten bereits mehrfach die Gerichte beschäftigt. In der Mehrzahl der Fälle, wurde dabei eine produkthaftungsrechtliche Verantwortung der Plattformbetreiber verneint.¹²²

In Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungslinie hat allerdings im Juli 2019 der US Court of Appeals for the Third Circuit in Philadelphia im Fall *Oberdorf v. Amazon* die Haftung eines Online-Marktplatzbetreibers bejaht.¹²³ Der dem Fall zugrunde liegende Sachverhalt veranschaulicht recht eindrücklich die Haftungsfragen, die sich im Zusammenhang mit Online-Handelsplattformen stellen. Die Klägerin Heather Oberdorf hatte im Dezember 2014 ein Hundehalsband und eine aufrollbare Hundeleine auf der Webseite Amazon.com erworben. Verkäufer war ein Dritthändler, der unter dem Namen „The Furry Gang“ auftrat. Als die Klägerin im Januar 2015 mit ihrem Hund spazieren ging, brach ein Ring am Hundehalsband. Die Leine rollte sich daraufhin auf und schlug gegen die Brille von Frau Oberdorf, die zersplitterte. Infolgedessen erlitt die Klägerin eine schwere Augenverletzung und erblindete auf dem linken Auge. Der Versuch, den Händler auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen scheiterte, da dieser nicht mehr auf dem Online-Marktplatz registriert war und auch Amazon keine Kontaktdaten verfügbar machen konnte. Die daraufhin gegen Amazon gerichtete Klage war vor dem US Court of Appeals for the Third Circuit erfolgreich.¹²⁴

3.6.3 Haftung der Plattformbetreiber nach ProdHaftG

¹²⁰ Marketplace Pulse, 40% of Merchants on Amazon Marketplace based in China (10.5.2019), <<https://www.marketplacepulse.com/articles/40-of-merchants-on-amazon-based-in-china>>.

¹²¹ Marketplace Pulse, 47% of Top Amazon Sellers Based in US, 38% Based in China (3.10.2019), <<https://www.marketplacepulse.com/articles/47-of-top-amazon-sellers-based-in-us-38-based-in-china>>.

¹²² Vgl. *Fox v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 415, 425 (6th Cir. 2019); *Erie Ins. Co. v. Amazon.com, Inc.*, 925 F.3d 135, 139 (4th Cir. 2019); *Garber v. Amazon.com, Inc.*, 380 F. Supp. 3d 766, 778 (N.D. Ill. 2019); *Carpenter v. Amazon.com, Inc.*, No. 17-03221-JST, 2019 WL 1259158, at *4 (N.D. Cal. Mar. 19, 2019); *Eberhart v. Amazon.com, Inc.*, 325 F. Supp. 3d 393, 398–99 (S.D.N.Y. 2018); *Allstate N.J. Ins. Co., v. Amazon.com, Inc.*, No. 17-2738, 2018 WL 3546197, at *7–10 (D.N.J. July 24, 2018); kritisch dazu Shehan, 53 Georgia Law Review 1215 (2019); Bullard, 20 North Carolina Journal of Law & Technology 181 (2019).

¹²³ *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 136, 151 (3d Cir. 2019), CRi 2019, 120; dazu Busch, EuCML 2019, 173 f. Das Gericht hat auf Antrag der Beklagten am 23.8.2019 eine Überprüfung der Entscheidung im Rahmen eines „en banc hearing“ angeordnet.

¹²⁴ Näher zur Argumentation des US Court of Appeals for the Third Circuit unter VI.2.5.

Fraglich ist, wie eine vergleichbare Konstellation nach deutschem Produkthaftungsrecht zu beurteilen wäre. Nach dem Produkthaftungsgesetz haftet primär der Hersteller des Endprodukts, gegebenenfalls aber auch der Hersteller eines darin enthaltenen Teilprodukts auf Schadensersatz (§ 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG). Für einen Händler kommt daneben eine Haftung als „Quasi-Hersteller“ in Betracht, wenn er mit einer auf ihn hinweisenden Kennzeichnung des Produkts den Eindruck erweckt, er sei der tatsächliche Hersteller (§ 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG). Beide Haftungsgründe dürften für Plattformbetreiber, die lediglich einen Online-Marktplatz betreiben, in aller Regel ausscheiden.

3.6.3.1 Haftung als Importeur, § 4 Abs. 2 ProdHaftG

Zu erwägen wäre, ob der Plattformbetreiber als Importeur i.S.v. § 4 Abs. 2 ProdHaftG in Anspruch genommen werden kann. Danach trifft die Herstellerhaftung auch denjenigen, der „ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer anderen Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in den Geltungsbereich des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einführt oder verbringt“.

Die Erweiterung der Haftung auf Importeure stärkt den Verbraucherschutz und soll in erster Linie die tatsächliche Durchsetzung produkthaftungsrechtlicher Ansprüche im Kontext des internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs sicherstellen.¹²⁵ Es soll vermieden werden, dass ein im Inland geschädigter Verbraucher seine Rechte gegenüber dem im EU-Ausland ansässigen Hersteller geltend machen muss.¹²⁶ Wie *Wagner* treffend formuliert, ist der Importeur nach der Konzeption des ProdHaftG aus haftungsrechtlicher Sicht ein „Scharnier zwischen den Sicherheitsstandards des Herkunftsstaates und den (berechtigten) Sicherheitserwartungen im Marktstaat“.¹²⁷

Diesem Ansatz des ProdHaftG liegt erkennbar das Modell einer Lieferkette zugrunde, die vom Hersteller über Importeur, Großhändler und Einzelhändler zum Verbraucher führt. Dies entspricht jedoch nicht mehr den heutigen Strukturen des Online-Handels. Der Aufstieg der Online-Plattformen ermöglicht es vielmehr Verbrauchern die von ihnen gewünschten Produkte – ohne Einschaltung von Importeuren und Zwischenhändlern – direkt von Herstellern und Händlern außerhalb der EU zu beziehen. An die Stelle der Lieferkette („pipeline“) tritt der Online-Marktplatz („platform“).¹²⁸ Funktional betrachtet übernimmt dabei der Plattformbetreiber die „Scharnierfunktion“, die in der Vergangenheit dem Importeur zukam. Ob dies auch haftungsrechtlich zur Konsequenz hat, dass

¹²⁵ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 35.

¹²⁶ Zwar stünde für die Klage gegen den Hersteller nach Art. 7 Nr. 3 Brüssel Ia-VO, § 32 ZPO ein inländischer Gerichtsstand zur Verfügung. Die Anerkennung und Vollstreckung des auf diese Weise erstrittenen Urteils am Sitz des Herstellers ist jedoch mit ggf. mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, vgl. MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 35.

¹²⁷ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 35.

¹²⁸ Vgl. van Alstyne/Parker/Choudary, Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy: Scale Now Trumps Differentiation, Harvard Business Review 2016, 54 ff.

der Plattformbetreiber der Importeurhaftung gem. § 4 Abs. 2 ProdHaftG unterliegt, ist de lege lata jedoch zweifelhaft. Nach wohl überwiegender Ansicht kommt es für die Haftung nach § 4 Abs. 2 ProdHaftG darauf an, „wer den Import kontrolliert, nicht darauf wer ihn durchführt – der Importeur ist nicht der Transporteur, sondern der erste Vertriebsunternehmer mit Sitz im Inland.“¹²⁹

Wird die vom Verbraucher auf einem Online-Marktplatz bestellte Ware auf direktem Wege aus dem EU-Ausland versandt, wird man den Plattformbetreiber kaum als Importeur i.S.v. § 4 Abs. 2 ProdHaftG ansehen können. In diesen Fällen kontrolliert die Plattform lediglich den Vertragsschluss und ggf. die Zahlungsabwicklung, nicht aber den Versand und damit auch nicht den Import der Ware. Anders könnte möglicherweise der Fall zu beurteilen sein, wenn der Plattformbetreiber zusätzlich einen „Fulfillment Service“ anbietet. In diesen Fällen werden die Waren in einem ersten Schritt aus dem EU-Ausland in ein vom Online-Marktplatz betriebenes Warenlager im Europäischen Wirtschaftsraum versandt und dort zwischengelagert. Von dort aus werden die einzelnen Warensendungen an die jeweiligen Besteller weitergeleitet. Ob in derartigen Fällen der Betreiber des „Fulfillment Service“ als Importeur i.S.v. § 4 Abs. 2 ProdHaftG angesehen werden kann, ist weitgehend ungeklärt. Einschlägige Rechtsprechung liegt dazu – soweit ersichtlich – nicht vor. Auch in der Literatur wird diese Frage bislang kaum erörtert.¹³⁰

3.6.3.1 Subsidiäre Haftung als Lieferant, § 4 Abs. 3 ProdHaftG

In Betracht kommt ferner eine Haftung des Plattformbetreibers gem. § 4 Abs. 3 ProdHaftG. Danach haftet der „Lieferant“ eines fehlerhaften Produkts, wenn die primären Haftungsadressaten, also Hersteller oder Quasi-Hersteller i.S.v. § 4 Abs. 1 ProdHaftG, nicht festgestellt werden können und der Lieferant dem Geschädigten den wahren Hersteller oder seinen Vorlieferanten nicht binnen eines Monats nach Aufforderung mitteilt. Wie der BGH betont, soll der Lieferant „dadurch angehalten werden, die Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse zu fördern, womit insbesondere einer Verschleierung der Identität des tatsächlichen Herstellers entgegengewirkt und der Verbraucher zugleich davor geschützt werden soll, dass die Produzentenhaftung durch die Verwendung anonymer Produkte ausgehöhlt wird.“¹³¹ Ein Ausgleich des Schadens solle „nicht daran scheitern, dass dem Geschädigten für eine Verfolgung seiner Ansprüche gegenüber dem (Quasi-)Hersteller die erforderlichen Informationen über dessen Person und die Erkenntnismittel fehlen, die zum erfolgreichen Nachweis dieser Eigenschaft erforderlich sind.“¹³²

¹²⁹ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 38 m.w.N.

¹³⁰ Vgl. Busch, EuCML 2019, 173 f.

¹³¹ BGH, Urt. v. 21.6.2005, VI ZR 238/03, NJW 2005, 2695, 2697; siehe auch BT-Drs. 11/2447, S. 20.

¹³² BGH a.a.O.

Ähnlich wie die Importeurhaftung nach § 4 Abs. 2 ProdHaftG dient auch die Ausfallhaftung des Lieferanten dazu, die tatsächliche Durchsetzung produkthaftungsrechtlicher Ansprüche sicherzustellen. Treffend erläutert dazu *Wagner*: „Dem Hersteller soll die Möglichkeit verbaut werden, sich durch anonyme Gestaltung des Produkts seiner Verantwortung zu entziehen. Da Sanktionen gegenüber einem nicht identifizierbaren Hersteller naturgemäß ausscheiden, wird der Händler der Haftungsdrohung ausgesetzt und ihm auf diese Weise der Anreiz vermittelt, sich der Herkunft der von ihm vertriebenen Produkte zu vergewissern und diese dem Geschädigten gegenüber offenzulegen. In ähnlicher Weise wie bei der Importeurhaftung macht sich das Haftungsrecht die Scharnierfunktion des Handels zwischen Hersteller und Verbraucher zunutze.“¹³³

Mit Blick auf die „Scharnierfunktion“ digitaler Plattformen im heutigen Online-Handel ließe sich argumentieren, dass die Plattformbetreiber als „Lieferanten“ i.S.v. § 4 Abs. 3 ProdHaftG qualifiziert werden können. Dafür spricht, dass sowohl das ProdHaftG als auch die zugrundeliegende Produkthaftungsrichtlinie nicht den Begriff „Verkäufer“ verwendet, sondern mit dem Begriff des „Lieferanten“ bewusst einen Terminus verwendet, der nicht auf eine bestimmte vertragliche Rolle verweist, sondern vielmehr auf eine tatsächliche Funktion innerhalb des Vertriebsprozesses abstellt. Lieferant i.S.v. § 4 Abs. 3 ist danach „jeder, der das Produkt vertreibt, ohne selbst nach Abs. 1 oder Abs. 2 Hersteller zu sein bzw. als solcher zu gelten.“¹³⁴ Erfasst wird daher nicht nur der Verkäufer, sondern auch Vermieter und Leasinggeber. Auch ein Werkunternehmer kann in Bezug auf die von ihm ausgewechselten oder ergänzten Einzelteile als Lieferant angesehen werden.¹³⁵ Die in der Literatur genannten Beispiele gehen dabei offenbar wieder vom Bild einer traditionellen „Vertriebskette“¹³⁶ aus. Bei Handelsvertretern soll es für die Frage nach einer Haftung gem. § 4 Abs. 3 BGB darauf ankommen, wie sie auftreten und welche Funktion sie im Vertriebsprozess übernehmen. Wirkt der Handelsvertreter nicht nur beim Vertragsschluss mit, sondern nimmt er selbst auch die Auslieferung vor, ist eine Haftung als Lieferant zu bejahen.¹³⁷ Überträgt man diesen Gedanken auf Online-Plattformen, so dürfte eine Lieferantenhaftung jedenfalls bei solchen Plattformen in Betracht kommen, die als „Fulfillment Service Provider“ die Auslieferung der Waren übernehmen, wenn man diese nicht bereits als Importeure i.S.v. § 4 Abs. 2 ProdHaftG qualifiziert.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Frage nach einer produkthaftungsrechtlichen Verantwortung von Online-Plattformen weitgehend ungeklärt ist. Zwar bietet das geltende deutsche Produkthaftungsrecht mit § 4 Abs. 2 und 3 ProdHaftG mögliche

¹³³ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 41.

¹³⁴ MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 42.

¹³⁵ Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 49 Rn. 78.

¹³⁶ So explizit MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 42: „Erfasst wird im Übrigen „jeder Lieferant“, also die gesamte Vertriebskette, über sämtliche Stufen von Groß- und Einzelhändlern [...]“

¹³⁷ Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 49 Rn. 78; zustimmend MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 42; Flohr/Feldmann, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage 2016, § 19 Rn. 67.

Anknüpfungspunkte für eine Plattformhaftung. Die hier vertretene Einschätzung ist allerdings mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit behaftet. Einschlägige Rechtsprechung zu diesen Fragen fehlt bislang.

4. RANKINGS

4.1 Hintergrund

Das Sortieren von Angeboten in Form von Rankings ist „Herzstück und Kerngeschäft“¹³⁸ von Vergleichsportalen und anderen Plattformen. Angesichts der großen Fülle an Waren und Dienstleistungen, die auf digitalen Märkten angeboten werden, ist es für Verbraucher praktisch unmöglich, die verfügbaren Angebote selbst zu sichten und auszuwerten. Vergleichsportale und Handelsplattformen erleichtern den Verbrauchern die Orientierung durch „Rankings“ von Anbietern und Angeboten. Empirische Studien zeigen, dass das Ranking die Kaufentscheidung der Verbraucher erheblich beeinflusst. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Eintrag angeklickt hängt stark von der Position im Ranking ab. Angesichts der großen Bedeutung der Rankingposition für die Verbraucherentscheidung kann aus Sicht der Plattformbetreiber ein Anreiz bestehen, bei der Ausgestaltung von Rankings Aspekte einfließen zu lassen, die sich nicht an den Präferenzen der Verbraucher, sondern an den Interessen des Plattformbetreibers orientieren (z.B. Höhe der Provisionszahlung des Anbieters). Dies kann zu einer Irreführung der Verbraucher und einer Manipulation der Verbraucherentscheidung führen.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt von Oktober 2017 bis April 2019 eine Sektoruntersuchung zu Vergleichsportalen durchgeführt und eine Reihe von problematischen Praktiken identifiziert. Neben den empirischen Befunden der Sektoruntersuchung, die hier nicht im Einzelnen referiert werden sollen,¹³⁹ skizziert der Abschlussbericht des Bundeskartellamts auch die wichtigsten lauterkeitsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung von Rankings und gelangt dabei zu der Schlussfolgerung, dass der gegenwärtige Rechtsdurchsetzungsrahmen unzureichend ist.¹⁴⁰ Kritisiert wird insbesondere, dass es bei komplexen algorithmenbasierten Rankingsystemen schwierig ist nachzuvollziehen, welchen Einfluss etwa die Provisionshöhe auf das Ranking hat.¹⁴¹

4.2 Rechtliche Anforderungen an Rankings

Bei der Ausgestaltung von Rankings haben die Plattformbetreiber sowohl vertrags- als auch lauterkeitsrechtliche Anforderungen zu berücksichtigen. Bislang finden sich weder

¹³⁸ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 79.

¹³⁹ Siehe dazu BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung, Vergleichsportale, April 2019, S. 37 ff.

¹⁴⁰ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 135 f.

¹⁴¹ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 136; siehe auch Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, Februar 2018, S. 113, 115, 130 f.

im Vertragsrecht noch im Lauterkeitsrecht spezifische Vorgaben für Rankings auf Online-Plattformen. Daher ist auf allgemeine Regelungen zurückgreifen, aus denen sich Anforderungen für Rankings ableiten lassen.

In vertragsrechtlicher Hinsicht ist insoweit die Pflicht zur präferenzkonformen Vermittlung zu beachten, die sich aus der dem Plattformbetreiber obliegenden vertraglichen Treuepflicht ableiten lässt.¹⁴² Einiges spricht dafür, dass diese Treuepflicht verletzt wird, wenn die vom Anbieter gezahlte Provisionshöhe bei der Bestimmung der Rankingposition einfließt, ohne dass dies eindeutig gekennzeichnet wird. Rechtsprechung zur Frage, welche konkreten vertragsrechtlichen Pflichten den Plattformbetreiber in Bezug auf die Ausgestaltung von Rankings treffen, liegt allerdings – soweit ersichtlich – bislang noch nicht vor. Im Fokus von Rechtsprechung und Literatur stehen vielmehr die lauterkeitsrechtlichen Anforderungen an Rankings auf Vergleichs- und Transaktionsplattformen.¹⁴³ Die wichtigsten Eckpunkte des lauterkeitsrechtlichen Regelungsrahmens werden im Folgenden knapp skizziert.

4.2.1 Irreführungsverbot

Einschlägig sind in Bezug auf Rankings in erster Linie die Irreführungsverbote in § 5 Abs. 1 UWG (Verbot irreführender geschäftlicher Handlungen), § 5a Abs. 2 UWG (Verbot der Vorenthaltung wesentlicher Informationen) und § 5a Abs. 6 UWG (Verbot verdeckter Werbung).¹⁴⁴

4.2.1.1 Marktabdeckung und Vorauswahl

Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 2 UWG kann etwa vorliegen, wenn bei der angezeigten Rankingliste Angaben zur tatsächlichen Marktabdeckung fehlen. Für die Frage, ob eine Irreführung durch Unterlassen vorliegt, kommt es allerdings auf die jeweilige Verbraucherwartung an, die sich je nach Branche (z.B. Energie, Telekommunikation, Versicherung) und je nach Geschäftsmodell der Plattform (Vergleichs- oder Transaktionsplattform) unterscheiden kann. Für Bestattungspreisportale hat der BGH entschieden, dass ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 UWG vorliegt, wenn die Verbraucher nicht darüber informiert werden, dass beim Vergleich Anbieter ausgeschlossen werden, die mit dem Portalbetreiber keine Provisionsabrede getroffen haben.¹⁴⁵ Für Versicherungsvergleiche hat der Gesetzgeber in § 60 Abs. 2 VVG ausdrücklich geregelt, dass ein Versicherungsmakler, der seinem Kunden nur eine eingeschränkte Auswahl präsentiert, mitzuteilen hat, auf welcher Markt- und Informationsgrundlage er seine Leistung erbringt. Die

¹⁴² Siehe dazu bereits unter V.3.1.3.

¹⁴³ Siehe etwa Alexander, WRP 2018, 765 ff.; Franz, WRP 2018, 20 ff.

¹⁴⁴ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 119.

¹⁴⁵ BGH, Urt. v. 27.04.2017, I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265 – Preisportal.

in § 60 Abs. 2 VVG zum Ausdruck kommende Wertung dürfte grundsätzlich auf andere Fälle übertragbar sein.¹⁴⁶

4.2.1.2 Abgrenzung von Werbeanzeigen („Position 0“)

In einigen Branchen ist die Praxis verbreitet, dem (voreingestellten) Erstranking ein oder zwei Angebote in besonders hervorgehobener Weise voranzustellen (sog. „Position 0“), für die der Anbieter eine zusätzliche Zahlung an den Plattformbetreiber leistet.¹⁴⁷ Wird der kommerzieller Charakter dieser Angebote nicht hinreichend klar gekennzeichnet, liegt in diesen Fällen ein Verstoß gegen das Verbot verdeckter Werbung (§ 5a Abs. 6 UWG) vor.¹⁴⁸ Fraglich ist dabei, ob die bloße Kennzeichnung (etwa mit dem Hinweis „Werbung“) ausreicht, um die Irreführungsgefahr in derartigen Fällen zu beseitigen. Im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes sollte eine klare räumliche Trennung zwischen Rankingliste und Werbeanzeigen erfolgen, wie sie etwa § 6 Nr. 7 VglWebV vorsieht.

4.2.1.3 Provisionshöhe als Rankingkriterium

Wie die im April 2019 veröffentlichten Ergebnisse der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zeigen, wird das Ranking von Angeboten auf Online-Plattformen in vielen Fällen durch Faktoren beeinflusst, die weniger den Interessen der Verbraucher als denjenigen des Plattformbetreibers entsprechen. So ist es etwa im Bereich der Hotelbuchungsplattformen verbreitet, dass die Höhe der von einem Anbieter gezahlten Provision als Ranking-Parameter, im Rahmen eines Partner-Programms oder über einen sog. „Ranking-Booster“ bei der Bestimmung des Listenplatzes berücksichtigt wird.¹⁴⁹ Problematisch ist dies insbesondere bei „Erstrankings“, d.h. der von der Plattform voreingestellten Darstellung der Vergleichsergebnisse. Häufig wird der Empfehlungscharakter der Rankings mit Angaben wie „Beste Ergebnisse“ oder „Unsere Top-Tipps“ betont.¹⁵⁰ Wird dabei nicht offengelegt, dass die Höhe der Provision bei der Berechnung des Rankings einfließt, kann dies aus wettbewerbsrechtlicher Sicht eine unzulässige Irreführung darstellen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG).¹⁵¹ Wie das Bundeskartellamt im Abschlussbericht seiner Sektoruntersuchung zu Vergleichsportalen zutreffend betont,

¹⁴⁶ Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 123 (zur Übertragung des Rechtsgedankens aus § 60 Abs. 2 VVG auf Stromvergleichsportale).

¹⁴⁷ Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 71 ff., 124 f.

¹⁴⁸ Vgl. LG München I, Urt. v. 18.03.2015, 37 O 19570/14, WRP 2015, 781, 784 f. – Premium Partner (zu § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG).

¹⁴⁹ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 3, 90 ff.

¹⁵⁰ Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 127.

¹⁵¹ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 25.8.2011, Az. 16 O 418/11, MMR 2012, 683; BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 134; siehe auch Europäische Kommission, Leitlinien zur UGP-RL v. 25.5.2017, S. 155 f.

wird die Irreführungsgefahr in derartigen Fällen nicht dadurch beseitigt, dass der Plattformbetreiber auf die Einbeziehung der Provisionshöhe durch einen anklickbaren Link oder mittels einen „Mouseover-Effekts“ hinweist.¹⁵²

4.2.2 Rankings als vergleichende Werbung?

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob bei Rankings auf Vergleichs- und Transaktionsportalen auch die Vorgaben des § 6 UWG für vergleichende Werbung zu beachten sind.¹⁵³ Problematisch ist dabei, ob § 6 UWG überhaupt Fallkonstellationen erfasst, in denen ein Gewerbetreibender nicht seine eigenen Leistungen mit den Angeboten von Mitbewerbern vergleicht („vergleichende Eigenwerbung“), sondern andere Unternehmen und ihre Leistungen miteinander vergleicht („vergleichende Fremdwerbung“). Der BGH hat bereits im Jahr 1998 die Erstellung und Versendung von Preisvergleichslisten durch einen Gewerbetreibenden an den Maßstäben für vergleichenden Werbung gemessen.¹⁵⁴ In der Literatur gehen die Meinungen auseinander. Überwiegend wird eine Anwendbarkeit von § 6 UWG auf Fälle der vergleichenden Fremdwerbung bejaht.¹⁵⁵ Wegen der vollharmonisierenden Vorgabe durch Art. 4 Richtlinie 2006/114/EG ist diese Frage letztlich durch den EuGH zu klären.¹⁵⁶

Bejaht man eine Anwendbarkeit von § 6 UWG auf Plattformbetreiber,¹⁵⁷ muss sich der durch das Ranking vorgenommene Vergleich „objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis“ beziehen (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG).¹⁵⁸ Das Kriterium der Objektivität verlangt dabei, dass die im Ranking zum Ausdruck kommende Wertung zumindest vertretbar oder nachvollziehbar sein muss.¹⁵⁹ Dies ist regelmäßig erfüllt bei Preisvergleichen und Vergleichen, die auf zähl- oder messbaren Angaben beruhen.¹⁶⁰ Die für das Ranking herangezogenen Kriterien müssen darüber hinaus „wesentlich“, „relevant“, „nachprüfbar“ und „typisch“ sein. Daraus ergeben sich aber nur sehr weitmaschige Vorgaben für Rankings. Für die „Wesentlichkeit“ des Vergleichskriteriums reicht es etwa aus, dass das Kriterium aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise für die Verwendung des Produkts nicht völlig unerheblich ist.¹⁶¹

¹⁵² BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 127.

¹⁵³ Dazu näher Alexander, WRP 2018, 765, 770 f.

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 23.04.1998, I ZR 2/96, GRUR 1999, 69 – Preisvergleichsliste II.

¹⁵⁵ Grundsätzlich bejahend Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 37. Aufl. 2019, § 6 UWG, Rn. 64 ff.; Koos, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 57 f.; Sack, in: Harte/Henning, UWG, 4. Aufl. 2016, UWG § 6 Rn. 60; verneinend Menke, in: MüKoUWG, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 83 f.

¹⁵⁶ Alexander, WRP 2018, 765, 771.

¹⁵⁷ Bejahend Engert, AcP 218 (2018) 304, 337 f.; Alexander, WRP 2018, 765, 771.

¹⁵⁸ Die weiteren Anforderungen in § 6 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3-6 UWG werfen für Rankings auf Online-Plattformen keine spezifischen Probleme auf, vgl. Engert, AcP 218 (2018) 304, 338.

¹⁵⁹ Engert, AcP 218 (2018) 304, 338.

¹⁶⁰ Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, 7. Aufl. 2016, § 6 UWG, Rn. 50.

¹⁶¹ Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, 7. Aufl. 2016, § 6 UWG, Rn. 54.

4.2.3 Modernisierungsrichtlinie

Der Rahmen des „New Deal for Consumers“ vorgelegten Vorschlag für eine Modernisierungsrichtlinie, der im April 2019 vom Europäischen Parlament angenommen wurde,¹⁶² sieht künftig ein zusätzliche Transparenzgebote für Rankings vor. Zugleich wird der Begriff des Rankings legaldefiniert.¹⁶³

4.2.3.1 Transparenz von Rankingkriterien

Artikel 6a Abs. 1 lit. a) VRRL n.F. verlangt, dass der Anbieter eines Online-Marktplatzes¹⁶⁴ gegenüber den Verbrauchern die „Hauptparameter für das Ranking der Angebote“ offenlegt. Anzugeben ist dabei auch das „relative Gewicht dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern“. Der Anwendungsbereich dieses Informationsgebotes überschneidet sich teilweise mit Art. 7 Abs. 4a UGP-RL n.F., der ebenfalls eine Aufklärung über die wesentlichen Rankingparameter verlangt. Im Unterschied zur neuen Regelung in der VRRL gilt Art. 7 Abs. 4a UGP-RL n.F. jedoch nicht nur für Online-Marktplätze, sondern für alle Unternehmer, die (z.B. auf einer Website oder in einer App) Verbrauchern eine Suchfunktion zur Verfügung stellen.¹⁶⁵ Ergänzt werden diese Regelungen durch Art. 5 Abs. 1 P2B-VO. Diese Vorschrift verlangt allerdings keine Offenlegung der Rankingkriterien gegenüber Verbrauchern, sondern betrifft das Verhältnis zwischen dem Plattformbetreiber und den gewerblichen Plattformnutzern.¹⁶⁶

Da in den genannten Transparenzvorschriften nur von „Hauptparametern“ die Rede ist, erstreckt sich die Offenlegungspflicht nicht auf sämtliche Rankingkriterien. Dies erscheint sachgerecht, da die Rankingalgorithmen teilweise eine Vielzahl von Faktoren berücksichtigen.¹⁶⁷ Unklar bleibt allerdings, welche Rankingkriterien als „Hauptparameter“ zu qualifizieren sind. Ebenfalls unklar ist, wie die Verpflichtung zu verstehen ist, „das relative Gewicht dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern“ anzugeben. Denkbar wäre etwa ein Hinweis, dass die fünf wichtigsten Parameter mit insgesamt 70 % in das Ranking einfließen, während die restlichen fünfzehn Parameter nur

¹⁶² Siehe Art. 6a Abs. 1 VRRL n.F. (in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie). Wie Art. 6a Abs. 2 VRRL n.F. betont, steht es den Mitgliedstaaten frei, zusätzliche Informationspflichten für Online-Marktplätze vorzusehen, sofern diese verhältnismäßig, nicht diskriminierend und aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sind.

¹⁶³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. m) UGP-RL n.F. Danach bedeutet „Ranking“ die relative Hervorhebung von Produkten, wie sie vom Gewerbetreibenden dargeboten, organisiert oder kommuniziert wird, unabhängig von den technischen Mitteln, die für die Darbietung, Organisation oder Kommunikation verwendet werden.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. n) UGP-RL n.F. und Art. 2 Nr. 17 VRRL n.F.

¹⁶⁵ Alexander, WRP 2019, 1235, 1238.

¹⁶⁶ Dazu näher Busch, GRUR 2019, 788, 792 f.

¹⁶⁷ Beispielsweise teilt Airbnb auf seiner Website mit, dass bei jedem Suchvorgang „fast 100 verschiedene Faktoren für jede Unterkunft“ berücksichtigt werden, vgl. <https://www.airbnb.de/help/article/39/what-factors-determine-how-my-listing-appears-in-search-results> (aufgerufen am 12.10.2019)

mit 30 % gewichtet werden.¹⁶⁸ Eine gewisse Orientierung könnten insoweit die Leitlinien bieten, die von der Europäischen Kommission zur Konkretisierung der Transparenzpflichten nach Art. 5 P2B-VO erstellt werden sollen.¹⁶⁹ Die dort niedergelegten Auslegungsgrundsätze dürften weitgehend auf Art. 7 Abs. 4a UGP-RL n.F. und Art. 6a Abs. 1 lit. a) VRRL n.F. übertragbar sein.

4.2.3.2 Offenlegung „gekaufter“ Suchergebnisse und Rankingpositionen

Flankiert wird das Transparenzgebot in Art. 7 Abs. 4a UGP-RL n.F. durch ein neues per-se-Verbot in Nr. 11a Annex I UGP-RL n.F. Stets unzulässig ist danach die „Anzeige von Suchergebnissen nach einer Online-Suchanfrage des Verbrauchers ohne eindeutig offenzulegen, inwieweit es sich dabei um bezahlte Werbung handelt oder ob eigene Zahlungen geleistet wurden, damit die jeweiligen Produkte im Rahmen der Suchergebnisse ein höheres Ranking erhalten.“ Der Verbotstatbestand betrifft zwei Varianten unlauterer Geschäftspraktiken. Zum einen richtet er sich zum einen gegen „gekaufte“ Suchergebnisse, die etwa auf einer sog. „Position 0“ erscheinen. Diese Form der Werbung wird durch Nr. 11a Annex I UGP-RL n.F. nicht untersagt, sie muss allerdings eindeutig gekennzeichnet werden. Insoweit handelt es sich lediglich um einen besonderen Anwendungsfall des Verbots verdeckter Werbung (Art. 7 Abs. 2 UGP-RL).¹⁷⁰ Zum anderen betrifft Nr. 11a Annex die in einigen Branchen verbreitete Praxis, dass Rankings gegen Entgelt eine bessere Platzierung im Ranking erhalten. Auch dies wird nicht untersagt. Der Verbraucher muss lediglich auf diesen Umstand hingewiesen werden. Im Vergleich zum geltenden Recht bedeutet dies nur einen geringfügigen Fortschritt, da in diesen Fällen auch bisher bereits regelmäßig eine Irreführung gem. § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 UWG vorliegen dürfte.¹⁷¹ Durch das neue per-se-Verbot dürfte allerdings ein gewisser Gewinn an Rechtssicherheit eintreten, da künftig bei fehlender Kennzeichnung der „gekauften“ Rankingposition stets ein Lauterkeitsverstoß vorliegt, ohne dass es auf eine Beurteilung des Einzelfalls kommt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das geltende Lauterkeitsrecht nur einige recht weitmaschige Vorgaben für die Ausgestaltung von Rankingsystemen enthält. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um unterschiedliche Ausprägungen des allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbots. Dies hat den Nachteil, dass die Grenzen des rechtlich zulässigen Systemdesigns stets einzelfallabhängig und in Bezug auf die angesprochenen Verkehrskreise ermittelt werden müssen. Allgemeingültige Anforderungen im Sinne von „Designpflichten“ lassen sich auf diese Weise nur schwerlich herleiten. Hinzu kommt, dass die praktische Durchsetzung der verbraucherrechtlichen Anforderungen bei komplexen Rankingalgorithmen an Grenzen stößt.

¹⁶⁸ Vgl. Busch, GRUR 2019, 788, 793 (zu Art. 5 P2B-VO).

¹⁶⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 7 P2B-VO.

¹⁷⁰ Alexander, WRP 2019, 1235, 1239.

¹⁷¹ Siehe dazu unter V.4.2.1.3.

5. KUNDENBEWERTUNGEN

5.1 Hintergrund

Bewertungssysteme, d.h. technische Systeme zur Sammlung, Verarbeitung und Veröffentlichung von Kundenbewertungen bilden heute einen wesentlichen Bestandteil im Geschäftsmodell zahlreicher Online-Plattformen.¹⁷² Kundenbewertungen sind neben dem Preis eines der wichtigsten Entscheidungskriterien für Verbraucher beim Einkauf im Internet. Bewertungssysteme tragen maßgeblich dazu bei, dass zwischen den Plattformnutzern das für die Eingehung von Verträgen erforderliche Vertrauen entsteht. Durch das Instrument der Kundenbewertungen werden Regelverstöße auf der Plattform sanktioniert. Im Wiederholungsfall droht sogar der Ausschluss von der Plattform. Umgekehrt sammeln vertrauenswürdige Nutzer, die positive Bewertungen erhalten, „Reputationskapital“, das ihnen den Abschluss künftiger Transaktionen erleichtert.¹⁷³

Die vertrauensfördernde und marktstabilisierende Funktion von Kundenbewertungen setzt allerdings voraus, dass das Bewertungssystem zuverlässig und weitgehend frei von Manipulationen funktioniert.¹⁷⁴ Zahlreiche Berichte über gefälschte und manipulierte Bewertungen deuten darauf hin, dass dies in der Praxis nicht immer der Fall ist. Teilweise wird der Anteil gefälschter Bewertungen auf bis zu 25% geschätzt.¹⁷⁵ Die Manipulationsanfälligkeit hängt dabei stark von der Ausgestaltung des Bewertungssystems ab. „Geschlossene“ Systeme, die eine Bewertung nur nach einer verifizierten Transaktion ermöglichen (z.B. Airbnb, Uber), sind weniger manipulationsanfällig als „offene“ Systeme (z.B. Tripadvisor, Yelp), in denen eine Bewertung auch ohne Transaktion möglich ist. Hinzu kommt, dass die Online-Plattformen Prüfmechanismen von unterschiedlicher Effektivität verwenden.¹⁷⁶

Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt im Mai 2019 eine Sektoruntersuchung zu Nutzerbewertungen im Internet eingeleitet.¹⁷⁷ Vorrangiges Ziel der Untersuchung ist herauszufinden, welche Bewertungssysteme besonders anfällig für Manipulationen sind und inwieweit dabei gegebenenfalls Verbraucherrechtsverstöße vorliegen. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung lagen im Zeitpunkt der Erstellung dieser Studie noch nicht vor.

¹⁷² Siehe dazu oben IV.2.2.; siehe auch Busch, Verbraucherschutz in der Plattformökonomie, 2018, S. 11 f.

¹⁷³ Luca, Reviews, Reputation and Revenue: The Case of Yelp.com, 2016.

¹⁷⁴ Vgl. Busch, Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy, in: De Franceschi (Hrsg.) European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, S. 223 ff.

¹⁷⁵ Marktwächter Digitale Welt, Fälschungen bei Bewertungen, 2018, S. 8.

¹⁷⁶ Marktwächter Digitale Welt, Fälschungen bei Bewertungen, 2018, S. 25.

¹⁷⁷ Pressemitteilung des BKartA v. 23.5.2019.

5.2 Rechtliche Anforderungen an Bewertungssysteme

Die Rechtsprechung hat sich bereits mehrfach mit Kundenbewertungen im Internet befasst.¹⁷⁸ Im Mittelpunkt stand dabei zumeist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Plattformbetreiber für einzelne (negative) Bewertungen haften. In prozessualer Hinsicht ging es dabei zumeist um Unterlassungsklagen im Rahmen von § 4 Nr. 2 UWG (Herabsetzung von Mitbewerbern) und § 823 Abs. 1 BGB (Verletzung von Persönlichkeitsrechten).¹⁷⁹ Die auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen gestützten Entscheidungen zur Verantwortung des Plattformbetreibers für rechtswidrige Äußerungen Dritter lassen eine zunehmende Verschärfung der dem Plattformbetreiber obliegenden Sorgfaltspflichten erkennen.¹⁸⁰ Die Rechtsprechung befindet sich insoweit in einem noch nicht abgeschlossenen Entwicklungsprozess.¹⁸¹

Wichtiger als die Frage nach individuellen Ansprüchen zur Abwehr negativer Bewertungen ist aus Verbrauchersicht jedoch die Frage, welche Anforderungen die Rechtsordnung an die Ausgestaltung von Bewertungssystem stellt, um deren Zuverlässigkeit zu erhöhen und eine Irreführung von Verbrauchern zu vermeiden.¹⁸² Dabei geht es letztlich um das „Systemdesign“ der Bewertungssysteme, also um die Frage nach „Designpflichten“ des Plattformbetreibers. Bislang findet sich weder im deutschen Recht noch auf europäischer Ebene ein umfassender Katalog an Vorgaben für die Ausgestaltung von Bewertungssystemen.¹⁸³ Auch die Modernisierungsrichtlinie enthält nur punktuelle Regelungen für Bewertungssysteme.¹⁸⁴ Rechtliche Vorgaben für das „Systemdesign“ von Bewertungssystemen lassen sich de lege lata daher zumeist nur aus den allgemein gefassten Vorgaben des Lauterkeitsrechts ableiten, insbesondere den Irreführungsverboten in §§ 5, 5a UWG und der Generalklausel in § 3 UWG.

5.2.1 Irreführungsverbot

Bei der Ausgestaltung von Bewertungssystemen ist zunächst das Irreführungsverbot aus § 5 UWG zu beachten. Ein Plattformbetreiber, der für sein Bewertungssystem „die Rolle eines ausgewogenen, an den Interessen aller Anbieter und Nachfrager orientierten Intermediärs“ beansprucht, muss sich an der von ihm hervorgerufenen Erwartung festhalten lassen (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 3 UWG).¹⁸⁵ Wirbt der Plattformbetreiber

¹⁷⁸ Vgl. den Überblick bei Büscher, GRUR 2017, 433 ff. und Franz, WRP 2016, 1195 ff.; siehe auch Janal, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, 2018, S. 171 ff.; Specht, in: Rott/Tonner, 2018, 81 ff.

¹⁷⁹ Siehe etwa BGH, 19.3.2015, I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal; BGH, 1.3.2016, VI ZR 35/15, GRUR Prax. 2016, 199 – Ärztebewertung III; BGH, 4.4.2017, VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de.

¹⁸⁰ Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 127.

¹⁸¹ Franz, WRP 2016, 1195, 1200 Rn. 21.

¹⁸² Ebenso Engert, AcP 218 (2018) 304, 364.

¹⁸³ Detailliertere Regelungen zu Bewertungssystemen finden sich im französischen Recht, vgl. Art. L111-7-2 Code de la consommation und Dekret N° 2017-436 vom 9.9.2017; dazu näher unter D.II.6.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. und Annex I Nr. 23b, 23c UGP-RL n.F. (jeweils in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie)

¹⁸⁵ Engert, AcP 218 (2018), 304, 306.

etwa damit, dass es sich bei den angezeigten Kundenbewertungen um „garantiert echte Meinungen“ handelt, so erweckt dies bei den Kunden den Eindruck, dass sowohl positive als auch negative Bewertungen grundsätzlich ungefiltert veröffentlicht werden und in die Ermittlung der Durchschnittsnote eingehen. Führt jedoch ein zwischen Unternehmen und Kunden vorgesehene Schlichtungsverfahren dazu, dass die Berücksichtigung negativer und neutraler Anbieterbewertungen eingeschränkt werden kann, so muss zur Vermeidung einer Irreführung über das Schlichtungsverfahren deutlich aufgeklärt werden.¹⁸⁶

In eine ähnliche Richtung weist künftig Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. Die Vorschrift, die durch die Modernisierungsrichtlinie in die UGP-RL eingefügt wird, konkretisiert das Merkmal der „wesentlichen Informationen“ (Art. 7 Abs. 1 UGP-RL), die dem Verbraucher nicht vorenthalten werden dürfen. Als wesentlich gelten nach Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. „Informationen darüber, ob und wie der Gewerbetreibende sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von Verbrauchern stammen, die die Produkte erworben oder verwendet haben, als wesentlich zu betrachten.“

Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. enthält lediglich ein Transparenzgebot, verpflichtet den Plattformbetreiber jedoch nicht dazu, eine entsprechende (automatische oder manuelle) Prüfung der Kundenbewertungen vorzunehmen.¹⁸⁷ Es ist offenzulegen, ob eine solche Prüfung stattfindet und bejahendenfalls wie dies geschieht. Unklar bleibt, wie detailliert die Angaben ausfallen müssen. Ähnlich wie bei den Regelungen zur Transparenz für Rankings (Art. 5 Abs. 6 P2B-VO) dürfte das Transparenzgebot begrenzt werden durch den Schutz von Geschäftsgeheimnissen und die Notwendigkeit, das System vor Manipulationen zu schützen.¹⁸⁸

Flankiert wird Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. durch ein neues per-se-Verbot in Nr. 23b Annex I UGP-RL n.F. Stets unzulässig ist danach die „Erklärung, dass Bewertungen eines Produkts von Verbrauchern stammen, die das Produkt tatsächlich verwendet oder erworben haben, ohne dass sinnvolle und angemessene Schritte unternommen wurden, um zu prüfen, ob die Bewertungen wirklich von Verbrauchern stammen“.¹⁸⁹ Ein weiteres per-se-Verbot, das sich explizit gegen falsche Bewertungen („fake reviews“) richtet, enthält Nr. 23c Annex I UGP-RL.¹⁹⁰

¹⁸⁶ BGH, Urt. v. 21.1.2016, I ZR 252/14, GRUR 2016, 828 – Kundenbewertung im Internet;

¹⁸⁷ Alexander, WRP 2019, 1235, 1238.

¹⁸⁸ Vgl. Busch, GRUR 2019, 788, 793 (zu Art. 5 Abs. 6 P2B-VO).

¹⁸⁹ „Sinnvolle und angemessene Schritte“ i.S.v. Nr. 23b Annex I UGP-RL n.F. sind laut Erwgr. 47 UGP-RL n.F. etwa „technische Mittel zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit einer Person, die eine Bewertung veröffentlicht, oder die Anforderung von Informationen zur Überprüfung, ob ein Verbraucher das Produkt tatsächlich erworben oder verwendet hat“.

¹⁹⁰ Stets unzulässig ist nach Nr. 23c UGP-RL n.F. die Veröffentlichung falscher Bewertungen und die Beauftragung Dritter mit der Veröffentlichung falscher Bewertungen. Dieses Verbot richtet sich nicht in erster Linie Betreiber von Bewertungssystemen, sondern verbietet es gewerblichen Plattformnutzern „fake reviews“ zu veröffentlichen oder in Auftrag zu geben. Vgl. dazu Alexander, WRP 2019, 1235, 1240.

5.2.2 Sicherungsmaßnahmen gegen Manipulationsversuche

Umstritten ist, ob die Betreiber von Bewertungssystemen verpflichtet sind, Sicherungsmaßnahmen einzusetzen, um Manipulationsversuche abzuwehren. Aus Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. lässt sich, wie oben erläutert, eine solche Verpflichtung nicht ableiten. Unter Verweis auf die Warentest-Rechtsprechung des BGH¹⁹¹ vertritt ein Teil der Literatur die Ansicht, dass Betreiber von Bewertungssystemen zur Einhaltung eines „neutralen, objektiven und sachkundigen“ Verfahrens verpflichtet sind.¹⁹² Daher sei ein Sorgfaltsverstoß anzunehmen, wenn eine Plattform eine „verbreitete und erprobte Methode“¹⁹³ zur Abwehr von Manipulationsversuchen nicht einsetzt.

Einzelne Stimmen in der Literatur formulieren noch konkretere Vorgaben: „Der Portalbetreiber muss sicherstellen, dass nur wirkliche Kunden eine Bewertung abgeben indem diese durch einen Haken bestätigen, Kunde oder Patient des Bewerteten (gewesen) zu sein. Bewertungen von Nichtkunden sind ohne Prüfung nach noch zulässigem Inhalt zu unterlassen. Auch Mehrfachbewertungen müssen im Rahmen der technischen Möglichkeiten erkannt und eliminiert werden. Hat der Portalbetreiber Kenntnis von einer hohen Missbrauchsquote, was insbesondere bei Produkt- und Hotelbewertungsportalen der Fall ist, wird er im Rahmen des Zumutbaren eine Filtersoftware installieren und Personal einstellen müssen, das sich mit dem Auffinden und Löschen derartiger gefälschter Bewertungen beschäftigt.“¹⁹⁴

Andere Teile der Literatur sind dagegen zurückhaltender und betonen, dass Betreiber von Bewertungssystemen zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet sind, (technische) Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von Eigen- und Gefälligkeitsbewertungen einzusehen.¹⁹⁵ Im Kern geht es um die Frage, welche Prüfungspflichten und Sicherungsmaßnahmen dem Plattformbetreiber „zumutbar“ sind.¹⁹⁶ Dies erfordert eine Interessenabwägung, bei der auch der jeweilige Stand der technischen Entwicklung zu berücksichtigen ist.¹⁹⁷

¹⁹¹ BGH, Urt. v. 9.12.1975, VI ZR 157/73, NJW 1976, 620, 622 – Warentest II; BGH, Urt. v. 10.03.1987, VI ZR 144/86, NJW 1987, 2222, 2223 ff. – Warentest IV.

¹⁹² So etwa Franz, WRP 2016, 1195, 1200; Engert, AcP 218 (2018) 304, 366; kritisch Janal, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, 2018, S. 171, 189.

¹⁹³ Engert, AcP 218 (2018) 304, 368.

¹⁹⁴ Franz, WRP 2016, 1195, 1202 f.

¹⁹⁵ Büscher GRUR 2017, 433, 441.

¹⁹⁶ Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 125 f.

¹⁹⁷ Vgl. Heermann, WRP 2014, 509, 516, der die Ansicht vertritt, dass in Bezug auf manipulierte Produktbewertungen „sowohl Erfolg versprechende als auch zumutbare Kontrollmaßnahmen derzeit nicht ersichtlich“ sind.

Entschließt sich der Plattformbetreiber für den Einsatz eines Filtersystems, so räumt ihm die Rechtsprechung einen weiten Spielraum ein.¹⁹⁸ Allerdings müssen die dabei eingesetzten Kriterien nachvollziehbar sein.¹⁹⁹ Nach Ansicht des OLG München ist es etwa zulässig, wenn das Bewertungsportal „Yelp“ Bewertungen aussortiert, die von der IP-Adresse des bewerteten Unternehmens abgegeben wurden.²⁰⁰ Gleiches gilt für Bewertungen mehrerer Nutzer, die von derselben IP-Adresse abgegeben wurden. Unzulässig sei es dagegen, wenn der Umstand, dass die bewertenden Nutzer nicht auf der Plattform vernetzt sind und nur eine einzelne Bewertung abgegeben haben, dazu führt, dass die Bewertung als „momentan nicht empfohlen“ gekennzeichnet wird und bei der Bildung der Gesamtnote unberücksichtigt bleibt.

5.2.3 Berechnungsmethode für Gesamtnoten

Die einzelnen Kundenbewertungen werden auf den meisten Plattformen zu einer Gesamtnote zusammengerechnet. Dabei wird nicht immer das arithmetische Mittel gebildet. Häufig werden bei der Berechnung der Gesamtnote bestimmte Gewichtungsfaktoren berücksichtigt, um die Aussagekraft der Gesamtnote zu erhöhen. Denkbar ist etwa, dass neuere Bewertungen stärker gewichtet werden als ältere Bewertungen. Die so gebildete Gesamtnote ist dem Plattformbetreiber als eigene Aussage zuzurechnen.²⁰¹ Insofern geht es also nicht um die Haftung für fremde Inhalte (wie im Falle der einzelnen Kundenbewertungen), sondern um die eigene Verantwortung der Plattform.

Unter Verweis auf die Warentest-Rechtsprechung des BGH²⁰² wird in der Literatur teilweise gefordert, dass die aus den Einzelbewertungen gebildete Gesamtnote unter Einhaltung eines neutralen, objektiven und sachkundigen Verfahrens berechnet werden muss.²⁰³ Von der Rechtsprechung ist dieser Gedanke jedoch bislang nicht aufgegriffen worden.

In Bezug auf die aus den einzelnen Bewertungen gebildeten Gesamtnoten stellt sich ferner die Frage, inwieweit der Plattformbetreiber verpflichtet ist, die Berechnungsfaktoren offenzulegen. Ein entsprechendes Transparenzgebot könnte möglicherweise auf §

¹⁹⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 10.11.2015, Az. 7 U 18/15, MMR 2016, 355 – Yelp; KG, Urt. v. 10.12.2015, Az. 10 U 26/15, MMR 206, 352 – Yelp.

¹⁹⁹ Weitergehend Franz, WRP 2016, 1195, 1202, der verlangt, dass die Auswahlkriterien „Sachkunde erkennen lassen“.

²⁰⁰ OLG München, Urt. v. 13.11.2018, Az. 18 U 1280/16 Pre, AfP 2019, 61 – Yelp (mit Anm. Franz).

²⁰¹ Engert, AcP 218 (2018) 304, 364; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.5.2013, Az. VI ZR 269/12, GRUR 2013, 751, Rn. 17 – Autocomplete (zur Zurechenbarkeit des Ergebnisses eines Algorithmus auf Grundlage von Nutzerverhalten).

²⁰² BGH, Urt. v. 9.12.1975, VI ZR 157/73, NJW 1976, 620, 622 – Warentest II; BGH, Urt. v. 10.03.1987, VI ZR 144/86, NJW 1987, 2222, 2223 ff. – Warentest IV.

²⁰³ Franz, WRP 2016, 1195, 1200 f.; kritisch dazu Janal, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, 2018, S. 171, 189.

5a Abs. 2 UWG gestützt werden, der die Offenlegung „wesentlicher Informationen“ verlangt.²⁰⁴ Wie weit das Transparenzgebot reicht, ist indes umstritten. Teilweise wird verlangt, dass die „maßgeblichen Kriterien“ offengelegt werden.²⁰⁵ Nach anderer Ansicht, ist lediglich die Angabe der Gesamtzahl der Bewertungen erforderlich sowie ein Hinweis, sofern die Gesamtnote keinen reinen Durchschnittswert darstellt.²⁰⁶

5.2.4 Weitergehende Designpflichten?

Unter Rückgriff auf die Warentest-Rechtsprechung des BGH²⁰⁷ und die daraus abgeleiteten Gebote der Objektivität, Neutralität und Sachkunde, formulieren einzelne Stimmen in der Literatur weitere Anforderungen an das „Systemdesign“ von Bewertungssystemen. Erforderlich sei danach etwa eine Mindestanzahl von Bewertungen, um Verzerrungen vorzubeugen.²⁰⁸ Ferner müsse der Plattformbetreiber zur Wahrung des „Aktualitätsgrundsatzes“ ältere Bewertungen nach Ablauf eines gewissen Zeitraums löschen.²⁰⁹ Als Alternative komme in Betracht, ältere Bewertungen bei der Bildung der Gesamtnote geringer zu gewichten oder unberücksichtigt zu lassen. Darüber hinaus sei jede Einzelbewertung mit einem Datum zu versehen.²¹⁰

Bei den hier wiedergegebenen Vorschlägen aus der Literatur handelt es sich durchaus um erwägenswerte Ansätze für ein verantwortungsvolles Plattformdesign. Teilweise spiegeln die Vorschläge auch Empfehlungen der im Jahr 2018 veröffentlichten ISO-Norm über Online-Kundenbewertungen (DIN ISO 20488:2018) wider.²¹¹ Von der Rechtsprechung sind die konkreten Vorgaben bislang jedoch nicht aufgegriffen worden. Insgesamt fällt auf, dass die Rechtsprechung die Sorgfaltspflichten der Plattformbetreiber stets nur punktuell und im Rahmen unterschiedlicher Rechtsgrundlagen (je nach Vorwurf der Irreführung, Herabsetzung von Mitbewerbern oder der Verletzung von Persönlichkeitsrechten) erörtert. Zwar mag sich daraus langfristig – „sozusagen mosaikförmig“²¹² – ein Katalog an Designpflichten entwickeln. Bis sich die Einzelfallentscheidungen zu einem solchen Katalog verdichtet haben, bleibt es jedoch bei erheblicher Rechtsunsicherheit.

²⁰⁴ Dafür Janal, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, 2018, S. 171, 191 f.

²⁰⁵ Büscher, GRUR 2017, 433, 441; zustimmend Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 37. Aufl. 2019, UWG § 5a Rn. 3.21a.

²⁰⁶ Janal, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, 2018, S. 171, 192.

²⁰⁷ BGH, Urt. v. 9.12.1975, VI ZR 157/73, NJW 1976, 620, 622 – Warentest II; BGH, Urt. v. 10.03.1987, VI ZR 144/86, NJW 1987, 2222, 2223 ff. – Warentest IV.

²⁰⁸ So etwa Franz, WRP 2016, 1195, 1202; siehe auch Kaiser, K&R, Beihefter 2/2015 zu Heft 6, 9 ff.

²⁰⁹ Franz, WRP 2016, 1195, 1202.

²¹⁰ Franz, WRP 2016, 1195, 1202.

²¹¹ Online consumer reviews - Principles and requirements for their collection, moderation and publication (ISO/DIS 20488:2018).

²¹² Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 130.

6. DEFIZITE IM BEREICH DER RECHTSDURCHSETZUNG

6.1 Ermittlungsdefizite

Zu den oben beschriebenen Schutzlücken im materiellen Recht treten Defizite im Bereich der Rechtsdurchsetzung hinzu. Durchsetzungsdefizite ergeben sich hier in erster Linie durch Ermittlungsschwierigkeiten und die Beweislastverteilung im Zivilprozess.²¹³

Dabei ist allerdings zu differenzieren: Während die Sachverhaltsermittlung bei der Verwendung unzulässiger AGB auf keine besonderen tatsächlichen Schwierigkeiten stößt, gestaltet sich die Ermittlung und der Nachweis von Verbraucherrechtsverstößen in anderen Bereichen deutlich schwieriger. Ermittlungsschwierigkeiten ergeben sich etwa in Bezug auf die mangelnde Neutralität von Rankings- und Empfehlungsalgorithmen oder bei gefälschten Kundenbewertungen.²¹⁴ Hier stößt das Instrument der Unterlassungsklage durch Verbände und Wettbewerber als klassisches Mittel der dezentralen Verbraucherrechtsdurchsetzung an seine Grenzen.

Diese Problematik dürfte sich mit der wachsenden Bedeutung von algorithmenbasierten Entscheidungsprozessen (Algorithmic Decision Making, im Folgenden ADM-Prozesse), im Bereich des Online-Handels weiter verschärfen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Such-, Empfehlungs- und Rankingalgorithmen, die einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftsmodells von Online-Plattformen und digitalen Assistenten bilden. Anhand welcher Kriterien etwa ein sprachgesteuerter Assistent eine Produktempfehlung ausspricht und wie die Kriterien im Einzelnen gewichtet werden, bleibt in der „black box“ des Systems verborgen.

6.2 Personalisierung von Angeboten

Die Rechtsdurchsetzung wird auch durch die zunehmende Personalisierung von Werbung und Produktangeboten durch ADM-Prozesse erschwert, die zu einer „Atomisierung“ der Geschäftspraktiken führt.²¹⁵ Dadurch wird die Überwachung des Marktverhaltens zunehmend schwieriger.

Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel von Empfehlungssystemen, die gerade auf Online-Plattformen eine wichtige Rolle spielen. Die algorithmenbasierten Empfehlungssysteme präsentieren den einzelnen Kunden aus der großen Auswahl, die auf der Online-Plattform verfügbar ist, diejenigen Anbieter und Produkte, für die das System eine hohe Kaufwahrscheinlichkeit berechnet hat. Der Einsatz von Empfehlungssystemen führt dazu, dass das Einkaufserlebnis für die einzelnen Kunden personalisiert

²¹³ Vgl. Weber, VuR 2013, 323, 327 ff.; Podszun/Busch/Henning-Bodewig, GRUR 2018, 1004 ff.

²¹⁴ Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 170.

²¹⁵ Dazu Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 55, abrufbar unter: <https://perma.cc/5CXG-2Y59>.

wird.²¹⁶ Zugleich wird die Kaufentscheidung des Verbrauchers in eine bestimmte Richtung gelenkt, wodurch sich die Gefahr einer Manipulation der Verbraucherentscheidung ergibt.

Erhält jeder Verbraucher eine individualisierte Produktempfehlung, so wird es schwieriger, Fälle irreführender Werbung oder andere Verstöße gegen Vorgaben des Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrechts aufzuspüren. Auch die Verwendung von algorithmensbasierten Prozessen für die Berechnung dynamischer und personalisierter Preise, die ebenfalls in naher Zukunft weiter zunehmen dürfte, erschwert eine Marktkontrolle.²¹⁷ Je komplexer derartige Systeme werden, desto schwieriger dürfte es nicht nur für Verbraucherverbände, sondern auch für Wettbewerbsverbände werden, derartige Systeme zu überprüfen. Erschwerend kommt hinzu, dass sich eine wirksame Überprüfung von algorithmensbasierten Prozessen auf Online-Plattformen nicht auf die Prüfung des Programmcodes beschränken kann. So dürfte etwa die Überprüfung von Systemen, die auf Methoden maschinellen Lernens basieren, möglicherweise auch den Zugriff auf die entsprechenden Trainingsdaten erfordern.

Die hier knapp umrissenen Probleme hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung bei algorithmensbasierten Systemen treten natürlich nicht ausschließlich bei Online-Plattformen auf, sondern sind inzwischen in vielen Bereichen der Digitalwirtschaft verbreitet.²¹⁸ Im Bereich des Handels übernehmen Online-Plattformen jedoch eine Vorreiterrolle, was den Einsatz von algorithmensbasierten Systemen angeht.²¹⁹ Durch ihre zentrale Stellung als Gatekeeper haben die Plattformbetreiber einen privilegierten Zugang zu den großen Datensets, die bei den Vermittlungsdiensten der Plattformen anfallen (z.B. Zahlungsdaten, Kaufhistorie der Kunden). Dies ermöglicht es der Plattform, ihre Empfehlungsalgorithmen weiter zu optimieren und den Kunden ein personalisiertes Einkaufserlebnis zu bieten. Aus den genannten Gründen dürfte die hier skizzierte Problematik im Bereich von Online-Plattformen besonders ausgeprägt sein.

²¹⁶ Die technische Grundlage für die personalisierten Angebote bildet dabei ein Empfehlungssystem, das im Wesentlichen auf einem patentierten, kollaborativen Filteralgorithmus basiert, der Produkte mit „verwandten“ Produkten verknüpft (*item-based collaborative filtering algorithm*), vgl. Linden et al., Collaborative Recommendations Using Item-to-Item Similarity Mappings, US Patent 6,266,649, to Amazon.com, Patent and Trademark Office, 2001 (led 1998); siehe auch Linden/Smith, Amazon.com Recommendations: Item-to-Item Collaborative Filtering, 7 IEEE Internet Computing 76–80 (2003); Smith/Linden, Two decades of recommender systems at Amazon.com, 21 IEEE Internet Computing 12-18 (2017).

²¹⁷ Siehe dazu Hofmann, WRP 2016, 1074; Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, 403; Tietjen/Flöter, GRUR-Prax 2017, 546.

²¹⁸ Vgl. Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 170 f.

²¹⁹ Siehe dazu Smith/Linden, Two decades of recommender systems at Amazon.com, 21 IEEE Internet Computing 12-18 (2017).

VI. RECHTSPOLITISCHE HANDLUNGSOPTIONEN ZUR ERGÄNZUNG DES REGULIERUNGSRAHMENS

1. STAND DER RECHTSPOLITISCHEN DISKUSSION UND AKTUELLE INITIATIVEN

Angeichts der bislang nur fragmentarischen Regelung der Geschäftstätigkeit von Online-Plattformen im deutschen und europäischen Recht wird in jüngster Zeit von verschiedenen Seiten die Forderung nach einer Anpassung des geltenden Regulierungsrahmens erhoben, um den veränderten Marktstrukturen in der Plattformökonomie Rechnung zu tragen.²²⁰

In Deutschland steht bislang vor allem das Kartellrecht im Mittelpunkt der Debatte um eine Anpassung des rechtlichen Rahmens.²²¹ Erste konkrete Schritte zur Anpassung des Kartellrechts an die geänderten Rahmenbedingungen der Digitalwirtschaft wurden durch die im Juni 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle unternommen.²²² Weitere Vorschläge für Ergänzungen des kartellrechtlichen Regelungsrahmens, gerade mit Blick auf die zunehmende Bedeutung von Online-Plattformen, enthält der im Anfang Oktober 2019 veröffentlichte Referentenentwurf für die 10. GWB-Novelle. Für den Bereich der Online-Plattformen ist insbesondere § 19a GWB n.F. von Bedeutung, der weitreichende Eingriffsbefugnisse für das Bundeskartellamt gegenüber „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ vorsieht. Die Regelung zielt in erster Linie auf große Plattformbetreiber (z.B. Amazon, Google, Facebook). Der Referentenentwurf greift damit u.a. die Empfehlungen der vom BMWi eingesetzten Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 auf.²²³

Inzwischen mehren sich allerdings die Stimmen, die bezweifeln, ob die Instrumente des Kartellrechts, die lediglich ex post und einzelfallbezogen Anwendung finden, ausreichen, um faire Wettbewerbsbedingungen und einen angemessenen Verbraucherschutz

²²⁰ Vgl. BEUC, Ensuring Consumer Protection in the Platform Economy, Oktober 2018; BMWi, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, September 2019, S. 48 ff.; siehe auch bereits BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen, 2017.

²²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015; Käseberg, NZKart 2018, 441; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018; siehe ferner aus europäischer Perspektive Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era, 2019.

²²² Siehe dazu Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, München 2017.

²²³ Vgl. BMWi, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, September 2019.

in der Plattformökonomie sicherzustellen.²²⁴ Erforderlich erscheint vielmehr einer Flankierung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Lauterkeits- und Vertragsrecht, um ex ante und unabhängig vom Überschreiten einer Marktmachtschwelle klare regulatorische Leitplanken für Online-Plattformen zu formulieren. Ein kürzlich in den Bundesrat eingebrachter Entschließungsantrag des Freistaats Bayern forderte darüber hinaus die „Einführung einer Haftung von E-Commerce-Plattformbetreibern für die Einhaltung aller produktbezogenen europäischen und deutschen Bestimmungen durch plattformnutzende Unternehmen mit Sitz außerhalb der Europäischen Union.“²²⁵

Von politischer Seite finden sich dazu bislang jedoch nur wenige konkrete Vorschläge zur rechtlichen Umsetzung dieser Forderungen. Auch die europäische Kommission hat zunächst eine abwartende Haltung eingenommen. Einen ersten Schritt zur Flankierung des kartellrechtlichen Rahmens bildet die im Juni 2019 beschlossene Plattform-to-Business-Verordnung (EU) 2019/1150 („P2B-VO“), die marktmachtunabhängige Fairness- und Transparenzregeln für das Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und gewerblichen Plattformnutzern („P2B“) vorsieht.²²⁶ Ein vergleichbar umfassende Regelung für das Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und Verbrauchern („P2C“) fehlt bisher auf europäischer Ebene. Die im April 2019 vom europäischen Parlament im Rahmen des „New Deal for Consumers“ beschlossene Modernisierungsrichtlinie enthält in Bezug auf Online-Plattformen nur punktuelle Regelungen.

Es wird erwartet, dass die neue EU-Kommission in der im Laufe des Jahres 2020 einen Vorschlag für einen „Digital Services Act“ vorlegen wird, der die aus dem Jahr 2000 stammende E-Commerce-Richtlinie ablösen soll.²²⁷ In diesem Zusammenhang könnte und sollte auch die Haftung von Plattformbetreibern für vermittelte Transaktionen neu geregelt werden. Auf nationaler Ebene

Einige konkrete Vorschläge zur Ergänzung des europäischen Vertrags- und Verbraucherrechts mit Blick auf Online-Plattformen wurden aus den Reihen der Wissenschaft unterbreitet. So hat ein Netzwerk europäischer Rechtswissenschaftler im Sommer 2016 einen Diskussionsentwurf²²⁸ (im Folgenden: DiskE) für eine Richtlinie über Online-Plattformen vorgelegt, der neben einer Reihe von Transparenzgebots auch Regeln über

²²⁴ Schweitzer, ZEuP 2019, 1, 12; Busch, GRUR 2019, 788, 789; siehe auch Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 130 ff.

²²⁵ BR-Drs. 345/19 v. 01.08.2019. Die Beschlussfassung wurde allerdings deutlich abgeschwächt und enthält nur noch einen Prüfauftrag für eine mögliche Ergänzung der Marktüberwachungs-VO, vgl. BR-Drs. 345/19(B) v. 11.10.2019.

²²⁶ Dazu näher Busch, GRUR 2019, 788; Wais, EuZW 2019, 221 ff.; siehe ferner zum Kommissionsvorschlag Twigg-Flesner, EuCML 2018, 222 ff.; Busch, IWRZ 2018, 147 ff.

²²⁷ Vgl. EU draws up sweeping rules to curb illegal online content, FT.com, 24.7.2019.

²²⁸ Research Group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164 ff.; eine deutsche Übersetzung des Diskussionsentwurfs findet sich bei Busch/Dannemann/Schulte-Nölke, MMR 2016, 787 ff.

die Haftung von Online-Plattformen enthält.²²⁹ Ende 2016 wurde das Forschungsprojekt durch das European Law Institute (ELI) aufgegriffen und im Rahmen einer ELI Working Group fortgeführt.²³⁰ Der von der Working Group erarbeitete Entwurf der „ELI Model Rules on Online Platforms“ (im Folgenden: Draft ELI Model Rules) soll im Dezember 2019 den Gremien des ELI zur Abstimmung vorgelegt werden.²³¹

2. ECKPUNKTE EINES RECHTSRAHMENS FÜR PLATTFORMGESCHÄFTSMODELLE

Vor dem Hintergrund der oben knapp skizzierten rechtspolitischen Debatte sollen im Folgenden einige Handlungsoptionen für eine Fortentwicklung des regulatorischen Rahmens entwickelt werden, die dazu beitragen könnten, den veränderten Bedingungen der Plattformökonomie Rechnung zu tragen. Dabei gilt es, einen sachgerechten Ausgleich zu finden zwischen den Interessen der Plattformbetreiber, Verbraucher und gewerblichen Plattformnutzer. Die Aufgabe besteht damit auch in der richtigen Justierung von Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung mit Blick auf neue digitale Geschäftsmodelle.²³²

Eine entsprechende Regelung sollte bevorzugt auf europäischer Ebene erfolgen. Dies würde zum einen für alle Verbraucher in der Europäischen Union ein einheitliches Schutzniveau gewährleisten. Zum anderen birgt die unkoordinierte Anpassung des Vertrags- und Verbraucherrechts in einzelnen Mitgliedstaaten die Gefahr, dass neue Binnenmarkthindernisse für Plattformen entstehen und gerade die Entstehung neuer europäischer Plattformen, die mit den bereits im Markt etablierten Anbietern konkurrieren können, erschwert würde.²³³

2.1 Transparenz der vertraglichen Rollenverteilung

Wie in Abschnitt V.1.3 erläutert, ist für Verbraucher, die auf Online-Plattformen Verträge über Waren, Dienstleistungen oder digitale Inhalte schließen, häufig nicht hinreichend deutlich, ob eine vertragliche Bindung mit dem Plattformbetreiber oder mit einer dritten Partei zustande kommt. Zwar lassen sich etwaige Zweifelsfälle unter Rückgriff auf die geltenden Regeln der Rechtsgeschäftslehre grundsätzlich lösen. Aus Gründen

²²⁹ Dazu näher Busch, in: Rott/Tonner (Hrsg.), *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis*, 2018, S. 150 ff.; ders., in: Blaurock/Schmidt-Kessel, Eler (Hrsg.) *Plattformen*, 2018, S. 37 ff.; Sørensen, in: Devolder (Hrsg.) *The Platform Economy: Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, 2019, S. 173 ff.; Zoll, in: Sénéchal/ Stalla-Bourdillon (Hrsg.), *Rôle et responsabilité des opérateurs de la plateforme en ligne*, 2018, S. 107 ff.

²³⁰ Der Autor dieser Studie ist als einer der Koordinatoren der ELI Working Group an der Erarbeitung der Model Rules beteiligt. Die hier vertretenen Ansichten geben jedoch ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder und binden in keiner Weise die übrigen Mitglieder der ELI Working Group oder das ELI als Institution.

²³¹ Das Ergebnis der Abstimmung wird unter www.europeanlawinstitute.eu mitgeteilt.

²³² Vgl. Hoffmann-Riem, AöR 131 (2006) 255 ff.

²³³ Siehe dazu bereits Busch/Dannemann/Schulte-Nölke, MMR 2016, 787.

der Rechtssicherheit erscheint es jedoch sinnvoll eine ausdrückliche Verpflichtung des Plattformbetreibers zu statuieren, die Nutzer der Plattform klar und deutlich darüber aufzuklären, dass sie einen Vertrag mit einer dritten Partei abschließen.

Der ursprüngliche Entwurf der Richtlinie über Rechte der Verbraucher sah in Art. 7 des Kommissionsvorschlags eine entsprechende Verpflichtung zur Information über die vertragliche Rolle vor.²³⁴ In die endgültige Fassung der Richtlinie hat diese Regelung jedoch – aus nicht klar erkennbaren Gründen – keinen Eingang gefunden. Auch die Modernisierungsrichtlinie enthält keine explizites Transparenzgebot hinsichtlich der vertragsrechtlichen Rollenverteilung. Artikel 6a Abs. 1 lit. d VRRL n.F. verlangt lediglich eine Information darüber, „wie sich die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zwischen dem Dritten, der die Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalte anbietet, und dem Anbieter des Online-Marktplatzes aufteilen.“ Ob dies eine klare Kennzeichnung des Vertragspartners erfordert, ist dem Text der Richtlinie jedenfalls nicht eindeutig zu entnehmen.

Einen Regelungsvorschlag für eine Transparenzgebot hinsichtlich der vertraglichen Rollenverteilung enthält Art. 13 der Draft ELI Model Rules.²³⁵ Danach hat der Plattformbetreiber den Kunden rechtzeitig vor Abschluss eines Vertrages darüber aufzuklären, dass der Vertrag mit einem Dritten und nicht mit dem Plattformbetreiber selbst zustande kommt. Für den Fall einer Verletzung der Transparenzpflicht sind unterschiedliche Rechtsfolgen denkbar. Möglich wäre zum einen, dass der Plattformbetreiber selbst Vertragspartner des Verbrauchers wird. Aus Verbrauchersicht wäre es möglicherweise vorteilhafter, wenn die vertraglich vorgesehene Rollenverteilung unberührt bleibt und der Verstoß gegen die Transparenzpflicht zu einer gesamtschuldnerischen Mithaftung des Plattformbetreibers führt. Für die letztgenannte Lösung spricht sich auch Art. 19 der Draft ELI Model Rules aus.

2.2 Transparenz über den Status des Vertragspartners

Aus Sicht der Verbraucher ist es nicht nur wichtig zu erfahren, wer ihr künftiger Vertragspartner wird, sondern auch, ob es sich dabei um einen Unternehmer handelt oder nicht. Vom Status des Vertragspartners hängt etwa ab, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach §§ 312g, 355 ff. BGB zusteht. Bislang sieht weder das deutsche noch das europäische Verbraucherrecht eine entsprechende Aufklärungspflicht des Plattformbetreibers vor. Hier besteht derzeit eine erhebliche Schutzlücke.

Die im April 2019 vom Europäischen Parlament angenommene Modernisierungsrichtlinie sieht nunmehr vor, dass die Anbieter von Online-Marktplätzen die Verbraucher darüber informieren, ob es sich bei ihrem Vertragspartner um einen Unternehmer handelt

²³⁴ Vgl. Art. 7(1) des Kommissionsvorschlags vom 8.10.2008, KOM(2008) 614 endg.; siehe dazu Effer-Uhe, NJOZ 2009, 656 ff.

²³⁵ Siehe auch bereits Art. 11 Abs. 1 DiskE.

oder nicht (Art. 6a Abs. 1 lit. b VRRL n.F.).²³⁶ Diese Information soll „auf der Grundlage der Erklärung des Dritten zum Marktplatz“ erfolgen. Dies bedeutet, dass der Plattformbetreiber die ihm vom Dritten gegebene Information ungeprüft weitergeben kann. Aus Verbraucherschutzsicht ist diese Regelung kritikwürdig, da sie hinter den technischen Möglichkeiten der digitalen Wirtschaft zurückbleibt.²³⁷

Für den Plattformbetreiber dürfte es ohne größeren technischen Aufwand möglich sein, die ursprüngliche Selbstklassifizierung des Anbieters anhand der verfügbaren Transaktionsdaten (z.B. Anzahl und Art der Transaktionen, Umsatzzahlen) zu überprüfen. Daher erscheint es sachgerecht, den Plattformbetreiber als „regulatory intermediary“²³⁸ in die Pflicht zu nehmen. Jedenfalls in eindeutigen Fällen könnte der Plattformbetreiber daher verpflichtet werden, den Anbieter zur Korrektur der fehlerhaften (oder fehlerhaft gewordenen) Selbstklassifizierung aufzufordern oder dies selbst vorzunehmen. Dabei handelt es sich zugleich um ein Beispiel einer „data-driven delegation“, wie sie *Sundararajan* für den Bereich der Sharing Economy vorgeschlagen hat.²³⁹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die dem Plattformbetreiber verfügbaren Nutzer- und Transaktionsdaten eine rechtliche Verpflichtung zum Handeln begründen können.

Aus dieser Perspektive sollte die in Art. 6a Abs. 1 lit. b VRRL n.F. vorgesehene Regelung dahingehend ergänzt werden, dass der Plattformbetreiber eine Überprüfung der Selbstklassifizierung auf der Basis der ihm zur Verfügung stehenden Transaktionsdaten vorzunehmen hat.²⁴⁰ Soweit eine solche Überprüfung automatisiert und ohne erheblichen Aufwand möglich ist, dürfte dies dem Plattformbetreiber auch zumutbar sein. Mit Blick auf den digitalen Binnenmarkt wäre es dabei vorzugswürdig, wenn der europäische Gesetzgeber eine entsprechend Nachschärfung des Art. 6a Abs. 1 lit. b VRRL n.F. vornehmen würde. Möglich wäre aber wohl auch die Einführung einer entsprechenden Regelung auf nationaler Ebene, da die in Art. 6a Abs. 1 VRRL n.F. getroffenen Regelungen nicht abschließend sind.²⁴¹

2.3 Haftung für eigene Handlungen des Plattformbetreibers

Wie in Abschnitt V.3.1 näher erläutert, ist bislang nicht hinreichend geklärt, welche vertragsrechtlichen Pflichten einen Plattformbetreiber treffen. Dies liegt in erster Linie daran, dass es an einer gesetzlichen Konturierung des Plattformvertrages fehlt. Umstritten ist auch, inwieweit den Plattformbetreiber die verbraucherrechtlichen Pflichten aus

²³⁶ Siehe dazu bereits oben V.3.3.

²³⁷ Vgl. Busch, Verbraucherschutz in der Plattformökonomie, 2018, S. 10.

²³⁸ Abbott/Levi-Faur/Snidal 2017; siehe auch Busch, in: Cantero Gamito/ Micklitz (Hrsg.) *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering*, 2020 (im Erscheinen).

²³⁹ Sundararajan, *The Sharing Economy*, 2016, S. 155.

²⁴⁰ Einen entsprechenden Regelungsvorschlag enthält Art. 14 Abs. 3 der Draft ELI Model Rules.

²⁴¹ Vgl. Art. 6a Abs. 2 VRRL n.F. (in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie).

§§ 312 ff. BGB treffen. Zwar lassen sich unter Rückgriff auf allgemeine vertragsrechtliche Regelungen oder durch Übernahme von Wertungen aus dem Maklerrecht einige Eckpunkte des vertraglichen Pflichtenprogramms eines Plattformbetreibers formulieren.²⁴² Die Herleitung der einzelnen Pflichten aus allgemeinen Vorschriften des Vertragsrechts führt jedoch zu erheblicher Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten im „Plattformdreieck“. Eine gesetzliche Konkretisierung der Pflichten würde einen Gewinn an Rechtssicherheit für Verbraucher und Plattformbetreiber bedeuten.

Die in Art. 6a VRRG n.F. vorgesehen Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen bilden einen ersten Schritt zur rechtlichen Konturierung des Plattformvertrages. Hieran anknüpfend könnten weitere Pflichten des Plattformbetreibers normiert werden. Denkbar wäre etwa eine Konkretisierung der Treuepflicht des Plattformbetreibers in Bezug auf präferenzkonforme Empfehlungen. Auch eine Klarstellung hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Plattformbetreiber wäre wünschenswert.

Sinnvoll wären darüber hinaus konkretere Vorgaben zum Systemdesign von Bewertungssystemen.²⁴³ Zu klären wäre dabei, ob es sich bei den einzelnen Regelungen um zwingende Vorgaben oder lediglich um dispositive Vorschriften handeln soll. Dispositive Vorschriften würden dabei jedenfalls eine Leitbildfunktion für die Klauselkontrolle nach den §§ 307 ff. BGB entfalten.

2.4 Haftung für Handlungen des vermittelten Vertragspartners

Besonders kontrovers diskutiert wird die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine (Mit-)Haftung des Plattformbetreibers für Handlungen des vermittelten Vertragspartners zu bejahen ist, etwa für eine Nicht- oder Schlechterfüllung des Anbieter-Kunden-Vertrages seitens des Anbieters.²⁴⁴ Wie in Abschnitt V.3.4 näher erläutert, besteht insoweit besonders große Rechtsunsicherheit.

Einen Regelungsvorschlag zur Haftung von Plattformbetreibern, der darauf bedacht ist, einen fairen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten zu erzielen, bietet Art. 20 der Draft ELI Model Rules.²⁴⁵ Danach ist eine gesamtschuldnerische Mithaftung des Plattformbetreibers vorgesehen, wenn der Kunde „vernünftigerweise darauf vertrauen kann, dass der Plattformbetreiber einen beherrschenden Einfluss auf den Anbieter hat“.

Das allgemeine Kriterium des beherrschenden Einflusses wird in Art. 20 Abs. 2 der Draft ELI Model Rules durch einen Katalog von Unterkriterien konkretisiert. Maßgeblich

²⁴² Siehe oben V.3.1.

²⁴³ Dazu näher unter VI.2.7.

²⁴⁴ Siehe oben V.3.4; siehe auch Cauffman, EuCML 2016, 235 ff.

²⁴⁵ Siehe auch bereits Art. 18 DiskE. Die folgenden Erläuterungen zu Art. 20 Draft ELI Model Rules beruhen weitgehend auf Busch, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 150, 161 f.

ist danach u.a. die Rolle des Plattformbetreibers beim Abschluss des Anbieter-Kunden-Vertrages und bei der Abwicklung von Zahlungen. Ein Indiz für einen beherrschenden Einflusses ist ferner der Umstand, dass der Plattformbetreiber den wesentlichen Inhalt des Anbieter-Kunden-Vertrages festlegt oder den vom Kunden zu zahlenden Preis bestimmt.

Die einzelnen Unterkriterien bilden dabei Elemente eines „beweglichen Systems“.²⁴⁶ Es ist daher weder erforderlich, dass alle Unterkriterien erfüllt sind, noch genügt es, dass eines der Unterkriterien erfüllt ist. Der Katalog in Art. 20 Abs. 2 der Draft ELI Model Rules enthält vielmehr eine Aufforderung an die Gerichte, die Besonderheiten des Einzelfalls im Sinne einer typologischen Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund der Vielfalt der sich rasch verändernden Geschäftsmodelle in der Plattformökonomie entscheidet sich der Diskussionsentwurf damit für einen Mittelweg zwischen rigiden Tatbestandmerkmalen und einer wertungsoffenen Generalklausel und versucht so, die notwendige Flexibilität mit einem hinreichenden Grad an Rechtssicherheit zu verbinden.

Aus prozessökonomischer Sicht wäre es sinnvoll, wenn die Frage, ob eine bestimmte Plattform (z.B. Airbnb oder Amazon) unter die Haftungsregel aus Art. 20 der Draft ELI Model Rules fällt, nicht in jedem einzelnen Haftungsprozess neu geklärt werden müsste. Stattdessen könnte die Frage des „beherrschenden Einflusses“ für das Geschäftsmodell einer bestimmten Plattform durch einen Verbraucherverband im Rahmen eines Musterprozesses für geklärt werden. Einen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit bei der Anwendung einer Haftungsregel nach dem Vorbild von Art. 20 der Draft ELI Model Rules könnten ferner Leitlinien liefern, die im Wege der Co-Regulierung erarbeitet werden.

2.5 Produkthaftungsrechtliche Verantwortung

Klarstellungsbedarf besteht, wie in Abschnitt V.3.6 erläutert, auch hinsichtlich der produkthaftungsrechtlichen Verantwortung von Online-Plattformen. Die Untersuchung des geltenden Regelungsrahmens hat gezeigt, dass die nahezu 35 Jahre alte Produkthaftungsrichtlinie die veränderten Vertriebsstrukturen im Online-Handel nicht in angemessener Weise abbildet.²⁴⁷ Dadurch entstehen empfindliche Schutzlücken für Verbraucher, die über Online-Plattformen Produkte von Händlern und Herstellern mit Sitz außerhalb der EU erwerben.²⁴⁸

²⁴⁶ Vgl. Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1950; ders., AcP 163 (1964) 346 ff.

²⁴⁷ Siehe oben V.3.6.

²⁴⁸ Vgl. ANEC/BEUC, Ensuring consumers' safety – What way forward for Market Surveillance in the EU?, 19.4.2018.

Im Bereich des Produktsicherheitsrechts, das die produkthaftungsrechtlichen Regelungen flankiert, hat der europäische Gesetzgeber in den letzten Jahren auf die Veränderungen im Online-Handel reagiert und eine schrittweise Modernisierung des Regulierungsrahmens auf den Weg gebracht.²⁴⁹ Zunächst wurde die Anwendung des Produktsicherheitsrechts auf die Akteure im Online-Handel durch zwei Mitteilungen der Kommission konkretisiert.²⁵⁰ Mit der im April 2019 verabschiedeten Marktüberwachungsverordnung²⁵¹ wird nunmehr auch erstmals ausdrücklich die produktsicherheitsrechtliche Verantwortung von Fulfillment-Dienstleistern geregelt.²⁵²

In gleicher Weise sollten die Vorschriften des Produkthaftungsrechts ebenfalls an die veränderten Bedingungen der Plattformökonomie angepasst werden. Eine entsprechende Reform müsste auf europäischer Ebene erfolgen. Da Art. 3 der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG eine abschließende Regelung zum Kreis der Haftungssubjekte enthält, ist den Mitgliedstaaten eine Ausdehnung der Haftung auf weitere Akteure verwehrt.²⁵³ Eine Änderung bietet sich im Rahmen der geplanten Überarbeitung der Produkthaftungsrichtlinie an. In Anlehnung an die die Regelung in der Marktüberwachungsverordnung könnte dabei der Kreis der Haftungssubjekte um Anbieter von Fulfillment-Dienstleistungen erweitert werden. Dabei könnte auf die Definition des Begriffs „Fulfillment-Dienstleister“ gemäß Art. 3 Nr. 11 Marktüberwachungsverordnung verwiesen werden.²⁵⁴ Im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes sollte dabei eine gesamtschuldnerische Haftung des Fulfillment-Dienstleisters neben dem Hersteller (Art. 3 Abs. 1 Produkthaftungs-RL) und dem Importeur (Art. 3 Abs. 2 Produkthaftungs-RL) vorgesehen werden.

Noch weitergehend wäre eine Ausdehnung der produkthaftungsrechtlichen Verantwortung auch auf solche Online-Plattformen denkbar, die keine Fulfillment-Dienstleistungen erbringen. In Betracht kommt zunächst eine subsidiäre produkthaftungsrechtliche Verantwortung der Plattformbetreiber nach dem Vorbild der Lieferantenhaftung (Art. 3

²⁴⁹ Siehe dazu Schucht, BB 2019, 135 ff.

²⁵⁰ Vgl. Bekanntmachung der Kommission - Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“) v. 26.6.2016 (2016/C 272/01); Bekanntmachung der Kommission zur Marktüberwachung von online verkauften Produkten v. 1.8.2017 (2017/C 250/01).

²⁵¹ Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011, ABLEU L 169/1.

²⁵² Dazu Geiß/Felz, NJW 2019, 2961.

²⁵³ EuGH, Urt. v. 9. 2. 2006, C-127/04 – Declan O'Byrne/Sanofi Pasteur MSD Ltd u.a., EuZW 2006, 184; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 2.12.2009, C-358/08 – Aventis Pasteur SA/OB, EuZW 2010, 22; MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 1.

²⁵⁴ Vgl. Art. 3 Nr. 11 VO (EU) 2019/1020: „Für die Zwecke der Verordnung bezeichnet: „Fulfillment-Dienstleister“ jede natürliche oder juristische Person, die im Rahmen einer Geschäftstätigkeit mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen anbietet: Lagerhaltung, Verpackung, Adressierung und Versand von Produkten, an denen sie kein Eigentumsrecht hat, ausgenommen Postdienste im Sinne von Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (31), Paketzustelldienste im Sinne von Artikel 2 Nummer 2 der Verordnung (EU) 2018/644 des Europäischen Parlaments und des Rates (32) und alle sonstigen Postdienste oder Frachtverkehrsdienstleistungen.“

Abs. 3 Produhaftungs-RL). Für Verbraucher bliebe es bei einer solchen Regelung allerdings bei der Ungewissheit, ob die Ansprüche gegenüber dem mithilfe des Plattformbetreibers identifizierten Hersteller durchsetzbar sind. Insbesondere bei Herstellern mit Sitz im außereuropäischen Ausland dürfte dies in vielen Fällen scheitern. Im Interesse eines effektiven Verbraucherschutzes könnte es daher vorzugswürdig sein, auch für Plattformbetreiber, die keine Fulfillment-Dienstleistungen erbringen, eine gesamtschuldnerische Haftung nach dem Vorbild der Importeurhaftung (Art. 3 Abs. 2 Produkthaftungs-RL) vorzusehen.

Zur Begründung einer solchen Haftung des Plattformbetreibers ließe sich an die Argumentation des US-amerikanischen Court of Appeals for the Third Circuit im Fall *Oberdorf v. Amazon* anknüpfen.²⁵⁵ In seinen Urteilsgründen verweist das Gericht u.a. auf die „umfangreiche Kontrolle“, die Amazon als Plattformbetreiber gegenüber den Händlern möglich ist.²⁵⁶ So habe Amazon sich das Recht vorbehalten, die Plattformnutzungsvertrag mit einzelnen Händlern jederzeit zu kündigen. Daher sei Amazon in der Lage, gefährliche Produkte vom Marktplatz zu entfernen. Das Gericht verweist ferner darauf, dass Amazon die mit einer solchen produkthaftungsrechtlichen Verantwortlichkeit einhergehenden finanziellen Risiken an die gewerblichen Plattformnutzer weitergeben könne.²⁵⁷ Dabei könnte etwa die Höhe der Provision in Abhängigkeit vom Risiko kalkuliert werden, das von den jeweiligen Produkten des Händlers ausgeht.

Die gesamtschuldnerische deliktische Haftung sollte dabei allerdings auf solche Plattformen beschränkt werden, die eine „umfangreiche Kontrolle“ über die Händler ausüben. Insoweit besteht eine Parallele zu Art. 20 der Draft ELI Model Rules, der eine vertragliche Mithaftung des Plattformbetreibers davon abhängig macht, dass der Verbraucher vernünftigerweise darauf vertrauen kann, dass der Plattformbetreiber einen „beherrschenden Einfluss“ auf den Anbieter hat.

Die hier skizzierte Ausdehnung der produkthaftungsrechtlichen Verantwortung auf Online-Plattformen ließe die Haftungsprivilegien, die Art. 14 E-Commerce-RL für Hosting-Provider vorsieht unberührt. Die Haftungsprivilegierung betrifft lediglich die im Rahmen des Dienstes der Informationsgesellschaft „im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen“. Die Frage der produkthaftungsrechtlichen Verantwortung der Online-

²⁵⁵ *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 136, 151 (3d Cir. 2019); dazu Busch, EuCML 2019, 173 f. Siehe dazu bereits oben C.III.4.b).

²⁵⁶ *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 136, 151 (3d Cir. 2019): “Although Amazon does not have direct influence over the design and manufacture of third-party products, Amazon exerts substantial control over third-party vendors.”

²⁵⁷ *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 136, 151 (3d Cir. 2019): “Moreover, Amazon can adjust the commission-based fees that it charges to third-party vendors based on the risk that the third-party vendor presents.”

Plattform betrifft jedoch nicht ihre Rolle als Hosting-Provider, sondern ihre Rolle als Beteiligter des Vertriebsprozesses und ihre Mitwirkung beim Inverkehrbringen fehlerhafter Produkte.²⁵⁸

2.6 Rankings

Das Sortieren von Angeboten in Form von Rankings ist „Herzstück und Kerngeschäft“²⁵⁹ von Vergleichsportalen und anderen Plattformen. Trotz dieser zentralen Bedeutung fehlen sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene bislang klare „Designpflichten“ für die Ausgestaltung von Rankings. Der dadurch erforderliche Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des Lauterkeitsrechts, insbesondere die Irreführungsverbote der §§ 5, 5a UWG, führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Stets ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Irreführungsgefahr durch Hinweise oder Disclaimer beseitigt werden kann oder nicht. Der dafür erforderliche konkrete Nachweis einer Irreführung stellt zugleich eine erhebliche Erschwernis für die effektive Verbraucherrechtsdurchsetzung dar.

Vor diesem Hintergrund stellt es einen gewissen Fortschritt dar, dass die Modernisierungsrichtlinie mit Nr. 11a Annex I UGP-RL n.F. ein neues per-se-Verbot einführt, demzufolge „gekaufte“ Rankingpositionen, die nicht eindeutig gekennzeichnet werden, stets als unlauter zu bewerten sind. Es stellt sich allerdings die Frage, ob derartige Transparenzpflichten ausreichen, um einen effektiven Verbraucherschutz zu gewährleisten.²⁶⁰

Als mögliche Alternative kommt die Formulierung eindeutiger „Designpflichten“ für die Ausgestaltung von Rankings in Betracht. Ein Modell könnten insoweit die Vorgaben für „Vergleichswebsites“ bzw. „Vergleichsinstrumente“ bilden, wie sie der europäische Gesetzgeber bereits für Zahlungskonten,²⁶¹ den Telekommunikationssektor²⁶² und den Elektrizitätsmarkt festgelegt hat.²⁶³ Danach ist für die entsprechenden Sektoren in jedem Mitgliedstaat ein unabhängiges Vergleichsportal einzuführen, das dem Verbraucher den Vergleich unterschiedlicher Angebote ermöglicht. Gestützt auf diese Vorgaben legt etwa die im Jahr 2018 erlassene Vergleichswebsiteverordnung (VglWebV) für den Bereich der Zahlungskonten fest, dass der Betreiber der Vergleichswebsite einen

²⁵⁸ Vgl. Oberdorf v. Amazon.com, Inc., 930 F.3d 136, 151 (3d Cir. 2019) in Bezug auf das Haftungsprivileg nach Section 230 Communications Decency Act (CDA): “To the extent that Oberdorf’s claims rely on allegations relating to selling, inspecting, marketing, distributing, failing to test, or designing, they pertain to Amazon’s direct role in the sales and distribution processes and are therefore not barred by the CDA safe harbor provision.”

²⁵⁹ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 79.

²⁶⁰ Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019, S. 80.

²⁶¹ Vgl. Art. 7 Zahlungskonten-RL 2014/92/EU; siehe auch §§ 16-19 ZahlungskontenG i.V.m. Vergleichswebsiteverordnung v. 16.7.2018, BGBl. I S. 1182.

²⁶² Vgl. Art. 103 Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

²⁶³ Vgl. Art. 14 Richtlinie (EU) 2019/944 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt.

„unabhängigen Betrieb“ durch die Beachtung bestimmter „Designpflichten“ gewährleisten muss. Unter anderem ist sicherzustellen, dass Provisionen keine Auswirkungen auf das Vergleichsergebnis haben (§ 6 Nr. 4 VglWebV), Werbeanzeigen vom Auswahl- und Vergleichsprozess deutlich abgegrenzt sind (§ 6 Nr. 7 VglWebV) und eine hinreichende Marktabdeckung gewährleistet ist oder über die lückenhafte Marktabdeckung eindeutig informiert wird (§ 9 VglWebV i.V.m. § 18 Nr. 6 ZahlungskontenG). Diese Vorgaben könnten verallgemeinert und auf Vergleichsportale und Transaktionsplattformen ausgeweitet werden, die ebenfalls für sich in Anspruch nehmen, ihre Nutzer „neutral“ und „objektiv“ zu informieren.²⁶⁴

2.7 Bewertungssysteme

Wie in Abschnitt V.5. erläutert, fehlt es bislang sowohl auf deutscher als auch europäischer Ebene an konkreten rechtlichen Anforderungen für das „Systemdesign“ von Bewertungssystemen. Entsprechende Vorgaben lassen sich de lege lata daher nur aus den allgemein gefassten Vorgaben des Lauterkeitsrechts ableiten, insbesondere den Irreführungsverboten in §§ 5, 5a UWG und der Generalklausel in § 3 UWG. Auch die Modernisierungsrichtlinie enthält nur punktuelle Regelungen für Bewertungssysteme.²⁶⁵ Wie die Untersuchung zum geltenden rechtlichen Rahmen gezeigt hat, sind viele Einzelfragen hinsichtlich der rechtlichen Vorgaben für Bewertungssysteme umstritten.

Es wäre daher wünschenswert, wenn auf europäischer Ebene die rechtlichen Anforderungen für Bewertungssysteme konkretisiert würden. Dadurch könnte zum einen die Zuverlässigkeit von Bewertungssystemen erhöht und Gefahr einer Irreführung der Verbraucher reduziert werden. Zum anderen würden auch Plattformbetreiber von dem Gewinn an Rechtssicherheit innerhalb des Binnenmarktes profitieren.

Ein mögliches Vorbild könnte Art. L111-7-2 des französischen Code de la consommation sein.²⁶⁶ Die Vorschrift legt rechtliche Anforderungen für Betreiber von Bewertungssystemen fest, insbesondere eine Reihe von Transparenzgebots. Durch das Dekret N° 2017-436 vom 9.9.2017 werden die Informationspflichten aus Art. L111-7-2 Code de la consommation näher konkretisiert. Der Betreiber eines Bewertungssystems muss danach „faire, klare und verständliche Informationen über die Modalitäten der Veröffentlichung und der Verarbeitung von Onlinebewertungen“ bereitstellen. Dabei ist anzugeben, ob die Bewertungen einer Überprüfung unterzogen werden. Ist dies der Fall, sind auch die wesentlichen Prüfungskriterien anzugeben. Dies entspricht im Wesentlichen dem Transparenzgebot aus Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. Darüber hinaus verlangt Art. L111-7-2 Code de la consommation, dass Kundenbewertungen mit einem Datum versehen werden müssen. Auch eine eventuelle Aktualisierung der Bewertung ist mit einem Datum zu versehen. Das Dekret N° 2017-436 sieht vor, dass zusätzlich zu dem

²⁶⁴ VZBV, Stellungnahme zum Konsultationspapier des BKartA, zur Sektoruntersuchung Vergleichsportale, 4.2.2019, S. 13.

²⁶⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 6 UGP-RL n.F. und Annex I Nr. 23b, 23c UGP-RL n.F. (jeweils in der Fassung der Modernisierungsrichtlinie)

²⁶⁶ Vgl. BEUC, Ensuring Consumer Protection in the Platform Economy, Position Paper, 2.10.2018, S. 15.

Datum der Abgabe der Bewertung auch anzugeben ist, zu welchem Zeitpunkt die bewertete Leistung in Anspruch genommen wurde. Laut Dekret N° 2017-436 muss darüber hinaus auf leicht zugängliche Weise angegeben werden, ob für die Abgabe der Bewertung eine Gegenleistung gewährt wurde. Anzugeben ist ferner, bis zu welchem Zeitpunkt die Bewertung angezeigt und gespeichert wird. Anzugeben sind laut Dekret N° 2017-436 ferner die Kriterien, anhand derer die Bewertungen angezeigt werden. Die Möglichkeit einer chronologischen Anzeige ist zwingend erforderlich. Wird eine Bewertung nicht veröffentlicht, sind die Gründe für diese Entscheidung anzugeben. Der Betreiber des Bewertungssystems muss ferner eine kostenfreie Möglichkeit schaffen, die es den Bewerteten ermöglicht, begründete Zweifel an der Authentizität einer Bewertung gegenüber dem Plattformbetreiber zu äußern.

Ein Vorschlag für ein etwas flexibleres Regelungsmodell findet sich in Art. 5 und 6 der Draft ELI Model Rules.²⁶⁷ Die Vorschrift verzichtet auf einen zwingenden Katalog von Anforderungen für das „Systemdesign“, sondern statuiert in Art. 5 Abs. 1 Draft ELI Model Rules zunächst eine allgemeine Transparenzregel. Danach ist der Betreiber eines Bewertungssystems verpflichtet, über die drei Stufen des Systems (Sammlung, Verarbeitung und Veröffentlichung von Bewertungen) zu informieren. Ergänzend zu der allgemeinen Transparenzregel bestimmt Art. 5 Abs. 2 Draft ELI Model Rules in Form einer Generalklausel, dass die inhaltliche Ausgestaltung des Bewertungssystems den Anforderungen der unternehmerischen Sorgfalt genügen muss.²⁶⁸ Art. 5 Abs. 3 Draft ELI Model Rules ergänzt die Generalklausel durch zwei Konformitätsvermutungen. Gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. a Draft ELI Model Rules wird vermutet, dass ein Bewertungssystem den Anforderungen der unternehmerischen Sorgfalt genügt, wenn es einer Norm entspricht, die von einer nationalen, europäischen oder internationalen Normungsorganisation (z.B. DIN, CEN, ISO) erarbeitet wurde. Beispielhaft wird dabei auf die internationale Norm ISO 20488:2018 (Online Consumer Reviews) verwiesen, die Anforderungen an Bewertungssysteme formuliert. Die Anwendung einer solchen nationalen, europäischen oder internationalen Norm bliebe für die Plattformbetreiber natürlich freiwillig. Dies unterstreicht Art. 5 Abs. 3 lit. b Draft ELI Model Rules, der für diejenigen Plattformbetreiber, deren Bewertungssystem nicht der europäischen Norm entspricht, eine zweite Konformitätsvermutung enthält. Danach wird ebenfalls vermutet, dass das Bewertungssystem den Anforderungen der beruflichen Sorgfalt entspricht, wenn es den grundlegenden Anforderungen genügt, die in Art. 6 Draft ELI Model Rules aufgeführt sind. Dort findet sich eine Reihe von konkreten Anforderungen für das „Systemdesign“, etwa zur Reihenfolge, in der die Bewertungen angezeigt werden oder zur Transparenz bezüglich „incentivierter“ Bewertungen (d.h. Rezensionen für die der Bewertende eine Gegenleistung erhält, etwa in Form eines Rabatts oder eines Gutscheins).

Die Besonderheit des in Art. 5 der Draft ELI Model Rules gewählten Regelungsansatzes besteht darin, dass er ein als Generalklausel formuliertes Gebot unternehmerischer

²⁶⁷ Siehe auch bereits Art. 8 DiskE. Die folgenden Erläuterungen beruhen weitgehend auf Busch, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 150, 163 ff.

²⁶⁸ Vgl. Art. 2 lit. h UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

Sorgfalt mit unverbindlichen Standards kombiniert und diese beiden Regelungsbau- steine durch eine Konformitätsvermutung verknüpft. Dies schafft einerseits Flexibilität und Innovationsoffenheit und gibt gleichzeitig den Plattformbetreibern ein höheres Maß an Rechtssicherheit bei der Gestaltung von Bewertungssystemen. Vorbild für den in Art. 5 der Draft ELI Model Rules gewählten Regelungsansatz ist der „New Approach“, der bereits seit den 1980er Jahren im Produktsicherheitsrecht Anwendung findet.²⁶⁹

3. AUSWAHL DER GEEIGNETEN REGULIERUNGSMITTEL

Neben der Frage, durch welche zusätzlichen Regelungen der Verbraucherschutz in der Plattformökonomie gestärkt werden könnte, stellt sich auch die Frage nach der Aus- wahl der geeigneten Regulierungsmittel. Dafür kommen auf europäischer Ebene verschiedene Handlungsoptionen in Betracht:

3.1 Ergänzung vorhandener Richtlinien („Modernisierungsrichtlinie 2.0“)

Möglich wäre zunächst eine punktuelle Ergänzung vorhandener verbraucherrechtlicher Richtlinien. Als Vorbild könnte insoweit die im Rahmen des „New Deal for Consumers“ von der Europäischen Kommission vorgeschlagene und im April 2019 vom Europäi- schen Parlament verabschiedeten Modernisierungsrichtlinie dienen. Eine „Modernisie- rungsrichtlinie 2.0“ könnte beispielsweise die oben skizzierten Vorgaben für Bewer- tungssysteme in die UGP-RL einfügen. In der VRRRL könnte Art. 6a VRRRL n.F. nachge- schärft und weitere Informationspflichten für Anbieter von Online-Marktplätzen ergänzt werden. Ferner könnte in der VRRRL eine Regelung zur Haftung von Plattformen nach dem Vorbild von Art. 20 der Draft ELI Model Rules eingefügt werden. Eine Neuregelung der Haftung von Plattformbetreibern müsste dabei sorgfältig mit der geplanten Reform der E-Commerce Richtlinie durch einen „Digital Services Act“ abgestimmt werden. Die oben unterbreiteten Vorschläge zur Anpassung des Produkthaftungsrechts könnten im Rahmen der geplanten Reform der Produkthaftungsrichtlinie berücksichtigt werden.²⁷⁰

3.2 Plattformrichtlinie oder P2C-Verordnung

Aus systematischer Sicht vorzugswürdig im Vergleich zur punktuellen Ergänzung vor- handener Richtlinien wäre die Zusammenführung von Regelungen über Online-Plattfor- men in einem eigenständigen Rechtsakt, der im Zusammenhang mit dem geplanten „Digital Services Act“ erlassen werden könnte. Dadurch könnten Mehrfachregelungen mit teilweise überlappendem Anwendungsbereich vermieden werden, wie etwa bei den Regeln über die Transparenz von Rankings. Als Modell für eine solche „Plattformrichtli- nie“ könnte der im Jahr 2016 veröffentlichte „Diskussionsentwurf für eine EU-Richtlinie

²⁶⁹ Zur Übertragung des „New Approach“ auf das Verbraucherrecht vgl. Busch, EuCML 2016, 197 f.

²⁷⁰ Vgl. Bericht der Kommission über die Anwendung der Produkthaftungsrichtlinie v. 7.5.2018, COM(2018)246.

über Online-Vermittlungsplattformen²⁷¹ dienen. Eine mögliche Alternative wäre die Bündelung der Regelungen für das Verhältnis zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher („P2C“) in einer „P2C-Verordnung“ als verbraucherrechtliches Gegenstück zur P2B-Verordnung. Die Spiegelung der P2B-Verordnung durch eine verbraucherrechtliche Verordnung entspräche im Übrigen der ökonomischen Struktur von Plattformmärkten, die in der Literatur häufig als „zweiseitige Märkte“ beschrieben werden.²⁷²

3.3 Flankierung durch Co-Regulierung nach dem Modell des „New Approach“

Bei beiden oben skizzierten Handlungsoptionen stellt sich die Frage, durch welches „regulatory design“ der sehr dynamischen Entwicklung der Plattformökonomie am besten Rechnung getragen werden kann. Angesichts der rasanten technologischen Entwicklung und der schnellen Veränderung der Geschäftsmodelle ist die Plattformökonomie – wie viele Bereiche der digitalen Wirtschaft – aus regulatorischer Sicht ein „moving target“.

Eine Lösung könnte hier möglicherweise ein zweistufiges Modell der Co-Regulierung bieten, das Rechtssicherheit mit Flexibilität verbindet.²⁷³ Denkbar wäre etwa eine Kombination aus technologieneutral formulierten zwingenden Regelungen in einer Richtlinie oder Verordnung (Stufe 1), die durch detailliertere rechtliche und technische Vorgaben in einem freiwilligen Verhaltenskodex oder einer unter dem Dach des europäischen Normungskomitees erarbeiteten Norm ergänzt werden (Stufe 2). Die Verknüpfung der beiden Stufen würde dabei mittels einer widerleglichen Konformitätsvermutung erfolgen. Insoweit ließen sich Anleihen bei dem im Produktsicherheitsrecht verwendeten Modell des „New Approach“ nehmen.²⁷⁴ Dabei müsste allerdings durch entsprechende Verfahrensregeln sichergestellt werden, dass die Interessen der Verbraucher bei der Erarbeitung des Verhaltenskodex oder der Norm hinreichend berücksichtigt werden.

Ein Anwendungsbeispiel bietet der oben näher erläuterte Art. 5 Draft ELI Model Rules,²⁷⁵ der ein als Generalklausel formuliertes Gebot der „unternehmerischen Sorgfalt“ mit einem Verweis auf einen freiwilligen Standard verbindet und beide Ebenen mit einer Konformitätsvermutung verknüpft. Eine Stütze findet dieser Ansatz in Art. 2 Abs. 4 lit. c der Europäischen Normungsverordnung (EU) 2012/1025. Die Konkretisierung

²⁷¹ Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164 ff.; vgl. auch die deutsche Sprachfassung bei Dannemann/Busch/Schulte-Nölke, MMR 2016, 787 ff.

²⁷² Grundlegend Rochet/Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association 2003, 990 ff.

²⁷³ Vgl. Spindler/Thorun, Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik, MMR-Beilage 2016, 1, 25.

²⁷⁴ Entschließung des Rates vom 7.5.1985 über eine Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABLEG C Nr. 136, S. 1 ff. Zur Funktionsweise des „New Approach“ im Produktsicherheitsrecht siehe Klindt, EuZW 2002, 133 ff.; siehe auch Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010, S. 169 ff.

²⁷⁵ Siehe oben Abschnitt VI.2.7.

von Informationspflichten wird dort ausdrücklich als eine mögliche Funktion europäischer (Dienstleistungs-)Normen erwähnt. Im Zusammenspiel mit den jeweiligen Richtlinien des Verbraucherrechts könnten Dienstleistungsnormen Harmonisierungslücken schließen, die sich durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln ergeben. Die Normen wirken dabei gewissermaßen als „Harmonisierungsverstärker“. Zugleich wäre es für die im digitalen Binnenmarkt tätigen Unternehmen ein erheblicher Gewinn an Rechtssicherheit, wenn die Gerichte bei der Auslegung der Richtlinien auf europäische Dienstleistungsnormen abstellen würden.

4. STÄRKUNG DER RECHTS DURCHSETZUNG DURCH EINBINDUNG DER PLATTFORMBETREIBER ALS „REGULIERUNGSINTERMEDIÄRE“

Wie in Abschnitt V.6. erläutert, werden die Auswirkungen der im materiellen Recht vorhandenen Schutzlücken durch Defizite im Bereich der Rechtsdurchsetzung verschärft. An Grenzen stößt die bisher vorwiegend privatrechtlich ausgerichtete Rechtsdurchsetzung insbesondere in Fällen, in denen die Aufklärung des Sachverhaltes für Verbraucherverbände und Wettbewerbsverbände nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, etwa bei Fällen, die einen Zugriff auf umfangreiche Datenbestände und die Überprüfung algorithmenbasierter Systeme erfordern. Vor diesem Hintergrund ist unter anderem zu erwägen, die Plattformbetreiber verstärkt als „Regulierungsintermediäre“ bei der Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorgaben einzubinden.

Die zentrale Stellung der Plattformbetreiber als „Gatekeeper“ bietet aus regulatorischer Sicht nicht nur Risiken, sondern auch Chancen. Da die Plattformbetreiber die elektronische Umgebung gestalten, innerhalb derer die Transaktionen zwischen Anbietern und Nachfragern stattfinden, kann eine Einbindung der Plattformbetreiber die Effektivität der Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorgaben auf Plattformmärkten erhöhen. In diesem Sinne kommen Plattformbetreiber nicht nur als unmittelbare Adressaten (verbraucher-) rechtlicher Vorgaben in Betracht, sondern auch als Regulierungsintermediäre („regulatory intermediaries“²⁷⁶), die bei der Durchsetzung von Regelungen mitwirken, deren eigentliche Adressaten die auf der Plattform tätigen Plattformnutzer (z.B. Händler) sind. Für die Einbindung der Plattform spricht dabei zum einen der Umstand, dass der Plattformbetreiber einen direkten Zugriff auf die Plattformnutzer hat und deren Verhalten nicht zuletzt durch technische Gestaltung („compliance by design“) beeinflussen kann. Zum anderen ließe sich argumentieren, dass die dem Plattformbetreiber verfügbaren Nutzer- und Transaktionsdaten eine rechtliche Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Durchsetzung verbraucherrechtlicher begründen kann („data-driven delegation“).²⁷⁷

Die praktische Umsetzung dieses Ansatzes kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Denkbar sind zum einen zwingende Regelungen. Als Beispiel kann etwa auf die Einbin-

²⁷⁶ Abbott/Levi-Faur/Snidal, *Annals of the American Academy of Social and Political Sciences*, 670(1), 14 (2017); siehe auch Busch, in: Cantero Gamito/ Micklitz (Hrsg.) *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering*, 2020, 115, 120 f.

²⁷⁷ Sundararajan, *The Sharing Economy*, 2016, 155.

derung von Plattformbetreibern bei der Durchsetzung umsatzsteuerrechtlicher Verpflichtungen gewerblicher Plattformnutzer verwiesen werden.²⁷⁸ Als Alternative kommen freiwillige Kooperationen der Plattformbetreiber in Betracht. Ein Beispiel liefert hier die auf Initiative der Europäischen Kommission im Juni 2018 zustande gekommene Verpflichtungserklärung von vier großen Online-Marktplätzen (Alibaba, Amazon, eBay, Rakuten), mit dem Ziel gefährliche Produkte, die über die jeweiligen Plattformen verkauft werden, schneller aus dem Verkehr zu ziehen.²⁷⁹

VII. LITERATURVERZEICHNIS

Abbot, Kenneth W/Levi-Faur, David/Snidal, Duncan: 'Theorizing Regulatory Intermediaries', *Annals of the American Academy of Social and Political Sciences*, 670(1), 14 (2017).

Adam, Leonie/Micklitz, Hans: 'Verbraucher und Online-Plattformen', in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat (Hrsg.) *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*, 2017, S. 45 ff.

Alexander, Christian: 'Neue Transparenzanforderungen im Internet – Ergänzungen der UGP-RL durch den „New Deal for Consumers“', *WRP* 2019, 1235 ff.

ANEC/BEUC, 'Ensuring consumers' safety – What way forward for Market Surveillance in the EU?', *Our Recommendations on the draft Regulation for compliance and enforcement (2017/0353(COD))*, 19.4.2018.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, *Beck-Online.Großkommentar zum Zivilrecht*, Stand: 1.10.2019.

Bamberger, Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, *BeckOK BGB*, 51. Edition, Stand: 1.8.2019.

BEUC, 'Ensuring Consumer Protection in the Platform Economy', *Position Paper*, 2.10.2018.

Buck-Heeb, Petra/Dieckmann, Andreas: *Selbstregulierung im Privatrecht*, Tübingen 2010.

Bullard, Ryan: 'Out-Teching Products Liability: Reviving Strict Products Liability in an Age of Amazon', *20 North Carolina Journal of Law and Technology* 181 (2019).

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: 'Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft', *Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, September 2019.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: *Grünbuch Digitale Plattformen*, 2017.

Busch, Christoph: *Algorithmic Accountability*, 2018 <https://perma.cc/5CXG>

Busch, Christoph/Schulte-Nölke, Hans/Wiewiórowska-Domagalska, Aneta/Zoll, Fryderyk: 'The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?', *EuCML* 2016, 3 ff.

²⁷⁸ Kemper, *UStB* 2018, 288 ff.; Prätzler/Zawodsky, *UStB* 2018, 269 ff.

²⁷⁹ Siehe die Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 25.6.2018, IP-18-4247.

Busch, Christoph: Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy, in: De Franceschi (ed.), European Contract Law and the Digital Single Market: Implications of the Digital Revolution, Intersentia, Cambridge 2016, 223 ff.

Busch, Christoph: Europäische Modellregeln für Vermittlungsplattformen, in: Rott/Tonner (Hrsg.) Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 150 ff.

Busch, Christoph: Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie? Die neue P2B-Verordnung im Überblick, GRUR 2019, 788 ff.

Busch, Christoph: Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy, in: Cantero Gamito/ Micklitz (Hrsg.) The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes, Edward Elgar, Cheltenham 2010 (im Erscheinen).

Busch, Christoph: Verbraucherschutz in der Plattformökonomie, WISO-Diskurs 15/2018.

Busch, Christoph: When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon, EuCML 2019, 173 f.

Busch, Towards a “New Approach” in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market, EuCML 2016, 197 f.

Busch, Christoph/Dannemann, Gerhard/Schulte-Nölke, Hans: Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online Plattformen im digitalen Binnenmarkt, MMR 2016, 787 ff.

Büscher, Wolfgang: Soziale Medien, Bewertungsplattformen & Co: Die lauterkeitsrechtliche Haftung von Internetdienstleistern, GRUR 2017, 433 ff.

Cauffman, Caroline: The Commission’s European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?, EuCML 2016, 235 ff.

Coase, Ronald: The Nature of the Firm, 4 *Economica* 16 (1937), 386 ff.

Crémer, Jacques/de Montjoye, Yves-Alexandre/Schweitzer, Heike: Competition Policy for the Digital Era, 2019, <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

Domurath, Irina: Verbraucherrecht in der Plattformökonomie, in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat (Hrsg.) Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S. 103 ff.

Effer-Uhe, Daniel: Das Gebrauchtwagen-Agenturgeschäft – Teilrezeption einer umstrittenen Rechtsprechung ins europäische Sekundärrecht?, NJOZ 2009, 656 ff.

Eller, Klaas Hendrik: Das Recht der Verantwortungsgesellschaft – Verantwortungskonzeptionen zwischen Recht, Moral- und Gesellschaftstheorie, RW 2019, 5 ff.

Engert, Andreas: Digitale Plattformen, AcP 218 (2018) 304 ff.

Evans/Schmalensee, Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms, Boston 2016.

Foerste, Ulrich/Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, 3. Auflage, München 2012.

- Franz, Ulrich: Die rechtliche Beurteilung von Bewertungsportalen, WRP 2016, 1195 ff.
- Geiß, Joachim/Felz, Sebastian: Das neue Recht der Marktüberwachung im digitalen Zeitalter, NJW 2019, 2961
- Grundmann, Stefan: Die Dogmatik der Vertragsnetze, AcP 207 (2007) 718, 724 ff.
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian: Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation, ZfPW 2015, 435 ff.
- Haucap, Justus: Ökonomie des Teilens – nachhaltig und innovativ? Die Chance der Sharing Economy und ihre möglichen Risiken und Nebenwirkungen, DICE Ordnungspolitische Perspektiven 69, 2015, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/1/816993181.pdf>.
- Hauck, Ronny/Blaut, Heiko: Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern, NJW 2018, 1425 ff.
- Heermann, Peter: Manipulierte Produktbewertungen im Lichte des Lauterkeitsrechts, WRP 2014, 509 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht: Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, AöR 131 (2006) 255 ff.
- Hofmann, Franz: Der maßgeschneiderte Preis, WRP 2016, 1074 ff.
- Hollister, There is no reason to trust Amazon's Choice, 14.6.2019, <https://www.theverge.com/tldr/2019/6/14/18679637/amazon-choice-rating-algorithm-recommendation-buying-decision>.
- Dreyer, Holger/Haskamp, Thomas: Die Vermittlungstätigkeit von Plattformen, ZVertriebsR 2017, 359 ff.
- Janal, Ruth: Marktplatzinterne Bewertungsportale, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.) Plattformen – Geschäftsmodelle und Verträge, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 171 ff.
- Kaiser, Anna Bettina: Aktuelle Entwicklungen bei Bewertungsportalen, K&R, Beihefter 2/2015 zu Heft 6, 9 ff.
- Kemper, Martin: Die geplante Regelung einer Haftung für die Betreiber elektronischer Marktplätze (Plattformbetreiber) im Onlinehandel – Eine Einschätzung, UStB 2018, 288 ff.
- Kersting, Christian/Podszun, Rupprecht: Die 9. GWB-Novelle, München 2017.
- Klein, Urs Albrecht/Datta, Amit: Vertragsstrukturen beim Erwerb kostenloser Apps – Der App-Anbieter als Vertragspartner des Nutzers, CR 2016, 587 ff.
- Klindt, Thomas: Der „new approach“ im Produktrecht des europäischen Binnenmarkts: Vermutungswirkung technischer Normung, EuZW 2002, 133 ff.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Auflage, München 2019.
- Köhler, Helmut: Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts - eine Aufgabe für das Bundeskartellamt?, WRP 2018, 519 ff.

Linden, Greg/Smith, Brent: Amazon.com Recommendations: Item- to-Item Collaborative Filtering, 7 IEEE Internet Computing 76 ff. (2003).

Luca, Michael: Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp. com, Harvard Business School NOM Unit Working Paper No 12-016 (15.3.2016), <http://ssrn.com/abstract=1928601>.

Marktwächter Digitale Welt, Fälschungen bei Bewertungen: Bekämpfen Online-Portale sie wirksam? Eine Untersuchung der Verbraucherzentralen, April 2018, <https://ssl.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchungsbericht-bewertungsportale.pdf>

Martinek, Michael/Semler, Franz-Jörg/Flohr, Eckhard: Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage, München 2016.

Maultzsch, Felix: Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber, in: Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar (Hrsg.), Plattformen – Geschäftsmodelle und Verträge, Baden-Baden 2018.

Maultzsch, Felix/Czarnecki, Mark Andre: Bausteinverträge in der Dogmatik der Schuldverhältnisse, ZEuP 2016, 832 ff.

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan: Schuldrecht II, 18. Auflage, München 2018.

Monopolkommission: Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015.

Mozina, Damjan: Retail business, platform services and information duties, EuCML 2016, 25 ff.

Müller, Markus: Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975 ff.

Narciso, Madalena: The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law, European Review of Private Law 2019, 557 ff.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 311-432 BGB, 8. Auflage 2019, Band 5/1, §§ 651a-704, 7. Auflage 2017, Band 6, §§ 705-853, PartGG, ProdHaftG.

Omlor, Sebastian: Haftung von Airbnb für unwirksame Stornierungsbedingungen, jM 2017, 134 ff.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage, München 2019.

Podszun, Rupprecht/Busch, Christoph/Henning-Bodewig, Frauke: Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Februar 2018, <https://perma.cc/8JUY-WYGT>

Podszun, Rupprecht/Busch, Christoph/Henning-Bodewig, Frauke: Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?, GRUR 2018, 1004 ff.

Prätzler, Robert/Zawodsky, Florian: Umsatzsteuerliche Plattformhaftung - Deutschland schließt in Sachen Betrugsbekämpfung zum Vereinigten Königreich auf, UStB 2018, 269 ff.

Rehr, Franziska: Grundlinien der Plattformverträge, Hamburg 2019 (Dissertation, Osnabrück 2018).

Research Group on the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164 ff., verfügbar unter: <https://ssrn.com/abstract=2821590>

Rochet, Jean-Charles/Tirole, Jean: Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association 2003, 990 ff.

Rott, Peter: Verbraucherschutz in der Sharing Economy, in: Brömmelmeyer et al. (Hrsg.) Innovatives Denken zwischen Recht und Markt, Festschrift für Hans-Peter Schwintowski, Baden-Baden 2017, S. 476 ff.

Rumscheidt, Sabine: Dauerbrenner Digitalisierung – Der Handel im Umbruch, ifo-Schnelldienst 1/2018, 3 ff.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, Dezember 2016.

Schmittmann, Jens: Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2008/2009, K&R 2009, 529 ff.

Schucht, Carsten: Die Digitalisierung des Produktrechts durch den Online-Handel, BB 2019, 135;

Schucht, Carsten: Das neue Gesetz über die elektromagnetische Verträglichkeit von Betriebsmitteln (EMVG), InTeR 2017, 135 ff.

Schweitzer, Haucap/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018.

Sénéchal, Juliette: The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services — A double Challenge for European and National Contract Law, EuCML 2016, 39 ff.

Shehan, Amy Elizabeth, Amazon's Invincibility: The Effect of Defective Third-Party Vendors' Products on Amazon, 53 Georgia Law Review 1215 (2019).

Smith, Brent/Linden, Greg: Two decades of recommender systems at Amazon.com, 21 IEEE Internet Computing 12 ff. (2017).

Sørensen, Marie Jull: Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms, in: Bram Devolder (ed.) The Platform Economy: Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries, Intersentia: Cambridge 2019, S. 173 ff.

Specht, Louisa: Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen – Eine lauterkeitsrechtliche Betrachtung, in: Rott/Tonner (Hrsg.) Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 81 ff.

Spindler, Gerald/Seidel, Andreas: Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, NJW 2018, 2153 ff.

Spindler, Gerald/Thorun, Christian: Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik, MMR-Beilage 2016, 1, 25.

Srnicek, Nick: Plattform-Kapitalismus, Hamburg 2018.

Sundararajan, Arun: *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, Cambridge, 2016.

Sylvain, Olivier: *Intermediary Design Duties*, 50 *Connecticut Law Review*, 1 (2017).

Tamm, Marina/Tonner, Klaus: *Verbraucherrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden 2016.

Teubner, Gunther: *Den Schleier des Vertrags zerreißen? Zur rechtlichen Verantwortung ökonomisch „effizienter“ Vertragsnetzwerke*, *KritV* 1993, 367 ff.

Teubner, Gunther: *Netzwerk als Vertragsverbund*, Baden-Baden 2004.

Thomale, Chris: *Der Maklervertrag als Hybrid der Vertragstypenlehre - Privatautonomie und gesetzliche Grenzen einer judikativen Ausgestaltung der §§ 652 ff. BGB*, *JZ* 2012, 716 ff.

Tietjen, Daniel/Flöter, Benedikt: *Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken gelten für Unternehmen?*, *GRUR-Prax* 2017, 546

Tomassetti, Julia: *Does Uber redefine the firm? The postindustrial corporation and advanced information technology*, 34 *Hofstra Lab. & Emp. L.J.* (2016), 1 ff.

Twigg-Flesner, Christian: *The EU's Proposal for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, *EuCML* 2018, 222 ff.

Ullmann, Die Verwendung von Marke, Geschäftsbezeichnung und Firma im geschäftlichen Verkehr, insbesondere des Franchising, *NJW* 1994, 1255 ff.

Ursu, Raluca: *The Power of Rankings: Quantifying the Effect of Rankings on Online Consumer Search and Purchase Decisions*, 37 *Marketing Science* 530 ff. (2018)

van Alstyne, Marshall/Parker, Geoffrey/Choudary, Sangeet: *Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy: Scale Now Trumps Differentiation*, *Harvard Business Review* 2016, 54 ff.

Wais, Hannes: *B2B-Klauselkontrolle in der Plattform-Ökonomie: Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Online-Vermittlungsdienste*, *EuZW* 2019, 221 ff.

Weber, Franziska: *Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung*, *VuR* 2013, 323 ff.

Wendehorst, Christiane: *Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive*, *EuCML* 2016, 30 ff.

Wiebe, Gerhard: *Anwendung des Produktsicherheitsrechts auf Verkaufsplattformbetreiber und Fulfillment-Center*, *NJOZ* 2017, 1178 ff.

Wielsch, Dan: *Funktion und Verantwortung: Zur Haftung im Netzwerk*, *RW* 2019, 84 ff

Wilburg, Walter: *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz 1950.

Wilburg, Walter: *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, *AcP* 163 (1964) 346 ff.

Williamson, Oliver: *Economic Organisation: Firms, Markets and Policy Control*, New York 1986.

Wolf, Manfred/Ungeheuer, Christina, *Vertragsrechtliche Probleme des Franchising*, *BB* 1994, 1027 ff.

Zander-Hayat, Helga/Reisch, Lucia/Steffen, Christine: Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 ff.

Zoll, Fryderyk: Le projet académique pour une directive relative aux plateformes en ligne – la question de la responsabilité des opérateurs de plateforme pour inexécution du contrat par les fournisseurs, in: Sénéchal/Stalla-Bourdillon (eds.) 1: Approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles?, IRJS: Paris 2018, S. 107 ff.