

Schriften der
Ernst von Caemmerer-Stiftung

10

U. Blaurock/M. Schmidt-Kessel/K. Erler (Hrsg.)

Plattformen

Geschäftsmodell und Verträge



Nomos

Schriften der Ernst von Caemmerer-Stiftung

Band 10

U. Blaurock/M. Schmidt-Kessel/K. Erler (Hrsg.)

Plattformen

Geschäftsmodell und Verträge



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5057-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9229-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 06. und 07. Juli 2017 veranstaltete die Ernst von Caemmerer Stiftung in Zusammenarbeit mit dem German Hub des European Law Institute und der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV) eine Tagung zum Thema „Plattformen – Geschäftsmodelle und Verträge“. Die Tagung, die durch die Zusammenführung der ökonomischen und juristischen Betrachtung, der Perspektiven von Wissenschaft und Praxis und durch den rechtsvergleichenden Blick Grundlagen für die künftige rechtspolitische und rechtliche Diskussion zu legen versuchte, fand an der Universität Bayreuth statt. Plattformen haben sich für alle Rechtsordnungen zum markantesten Geschäftsmodell der digitalen Welt entwickelt. In der Tradition Ernst von Caemmerers bildete der rechtsvergleichende Fokus daher einen wesentlichen Schwerpunkt der Tagung. Zugleich setzten Beiträge aus den Wirtschaftswissenschaften zahlreiche Anknüpfungspunkte zur juristischen Analyse der Plattformökonomie und der beteiligten Akteure. Der Erforschung dieser neuen Ökonomie hätte sich Ernst von Caemmerer als Rechtsvergleicher, Wirtschaftsrechtler und Ordnungspolitiker zweifellos verpflichtet gefühlt.

Der vorliegende Band stellt den größten Teil der – aktualisierten und erweiterten – Referate dieser Tagung zusammen mit Berichten über die Diskussionen einschließlich der rechtspolitisch ansetzenden Podiumsdiskussion vor. Allen Vortragenden, Diskutanten und Autoren sei für ihre Mitwirkung an diesem Tagungsband ganz herzlich gedankt. Dem Bayreuther Lehrstuhlteam danken wir für die tatkräftige Organisation der Tagung!

Freiburg i. Br./Bayreuth im Mai 2018

Uwe Blaurock
Martin Schmidt-Kessel
Katharina Erler

Inhaltsverzeichnis

Mitteilung und Grünbuch der Europäischen Kommission zu Online Plattformen: eine kritische Würdigung <i>Alberto De Franceschi</i>	9
European Model Rules for Online Intermediary Platforms <i>Christoph Busch</i>	37
Grundfragen der Plattformökonomie – Wie man Vertrauen designt <i>Ben Greiner, Timm Teubner und Christof Weinhardt</i>	59
Diskussionsberichte zu den Referaten von De Franceschi, Busch und Greiner <i>Agnes Bobrowski und Eva Weigel</i>	77
Legal problems of electronic platform economy – Estonian perspective <i>Karin Sein</i>	79
Digital platforms under Italian Law <i>Giorgio Resta</i>	97
Online Platforms under French Law <i>Juliette Sénéchal</i>	119
Legal and Policy Responses to Online Platforms - A UK Perspective <i>Christian Twigg-Flesner</i>	139

Diskussionsberichte zu den Referaten von Sein, Resta, Sénéchal, Twigg-Flesner und Weinhardt <i>Vincent Weber und Christian Albrecht</i>	165
Marktplatzinterne Bewertungsportale <i>Ruth Janal</i>	171
Lauterkeitsrechtliche Fragen bei Feedbacksystemen <i>Martin Schirnbacher</i>	211
Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber <i>Felix Maultzsch</i>	223
Diskussionsbericht zu den Referaten von Janal, Schirnbacher, Maultzsch und Billing <i>Vincent Weber und Christian Albrecht</i>	257
Autorenverzeichnis	261

Mitteilung und Grünbuch der Europäischen Kommission zu den Online-Plattformen: eine kritische Würdigung

Alberto De Franceschi

I. Einführung

Online-Plattformen verändern in hohem Maße die herkömmlichen Marktmechanismen und spielen eine Schlüsselrolle in der digitalen Wirtschaft.¹

Die Digitalisierung von Produkte und Dienstleistungen leistet einen erheblichen Beitrag zur Verbreitung und zum Wachstum von auf Online-Plattformen basierten Geschäftsmodellen.

Der Jahresbruttoumsatz kollaborativer Plattformen und Anbieter in der EU wurde 2015 auf 28 Milliarden Euro geschätzt und nimmt ununterbrochen zu. In fünf Schlüsselbranchen des EU-Marktes hat sich der Bruttoumsatz von Online-Plattformen im Vergleich zum Vorjahr fast verdoppelt und dürfte weiter erheblich steigen.² Marktexperten schätzen, dass die Plattformwirtschaft schon 2020 bis zu 572 Milliarden Euro zur EU-Wirtschaft beitragen könnte. Hier bestehen deshalb große Chancen für neue Unternehmen, diese schnell wachsenden Märkte zu erschließen.

Verschiedene auf Online-Plattformen basierten Wirtschaftsmodelle haben sich in zahlreichen Sektoren verbreitet, wie z.B. in Bezug auf Transport, Unterkunft, Einzelhandel, Lebensmittel-Heimlieferungen und Bankdienstleistungen.

1 S. EPRS, *The cost of non-Europe in the Sharing Economy*, January 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf).

2 In fünf Schlüsselbranchen der kollaborativen Wirtschaft in der EU wurden im Jahr 2015 Einnahmen in Höhe von 3,6 Milliarden Euro erzielt: Unterkünfte (Kurzzeitvermietungen), Personenbeförderungen, Dienstleistungen für private Haushalte, freiberufliche und technische Dienstleistungen sowie Schwarmfinanzierungen (Crowdfunding).

Das Wachstum der Plattformwirtschaft entfaltet disruptive Effekte für etablierte Geschäftsmodelle und die damit verbundenen Rechtsvorschriften.³ In den letzten Jahren haben Rechtsprechung und Gesetzgebung bezüglich der Online-Plattformen in den meisten EU-Mitgliedstaaten wesentlich zugenommen.⁴

Erhebliche Probleme und Fragen stellen sich nicht nur in Bezug auf privatrechtliche Aspekte, sondern auch für weitere Rechtsgebiete wie z.B. das Wettbewerbs- und Arbeitsrecht, das öffentliche Recht und das Steuerrecht.⁵

Sowohl Verbraucher als auch Unternehmen weisen besonders starke Interessen für diese Modelle auf. Das erfordert eine systematische Untersuchung, die als solide Basis für die Gestaltung eines regulatorischen Rahmens dienen kann, damit dieser sich als tauglich für die neuen Bedürfnisse und Herausforderungen des Markts erweisen kann. Rechtsunsicherheit bezüglich der Rechte und Pflichten der Teilnehmer zu diesen Geschäftsmodellen könnte nämlich deren Entwicklung sowie das Wachstum und den Wohlstand in der EU wesentlich beeinträchtigen.

Schon in ihrer 2015 verabschiedeten »*Digital Single Market Strategy*« hat die Europäische Kommission die Veröffentlichung einer Europäischen Agenda für die kollaborative Wirtschaft angekündigt.⁶

3 S. C. Busch, H. Schulte-Nölke, A. Wiewiórowska-Dogamalska und F. Zoll, *The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML* 2016, S. 3 ff. Vgl. S.R. Miller, *First Principles for Regulating the Sharing Economy*, in *Harvard Journal on Legislation* 2016, S. 147; M. Colangelo und V. Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules, and Consumer Protection in Travel Industry*, in *EuCML* 2016, S. 75 ff.

4 Zu den neuesten legislativen Entwicklungen, s. LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&fastPos=5&fastReqId=725542329&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>. S. auch der italienische Gesetzesvorschlag Nr. 3564 vom 27. Januar 2016 zur Regulierung der Online Plattformen, http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf.

5 S. dazu M.J. Sørensen, *Private law perspectives on platform services: Uber – a business model in search of a new contractual legal frame?*, in *EuCML* 2016, S. 15 ff.; Vgl. V. Katz, *Regulating the Sharing Economy*, in *Berkeley Tech. L. J.* 2015, S. 1118.

6 S. Europäische Kommission, *Mitteilung an das europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa*, 6. Mai 2015, COM(2015) 192 final, S. 12 ff.

In diesem Zuge hat die EU-Kommission dann in einer Mitteilung zu den »Online Plattformen im digitalen Binnenmarkt«⁷ die Grundsätze der Plattformwirtschaft untersucht, die kurz danach in der »Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft« weiter analysiert und konkretisiert wurden.⁸ Dadurch bezweckt die Kommission, die richtigen Rahmenbedingungen zu schaffen, damit in Europa neue Online-Plattformen entstehen, wachsen und sich etablieren können.

Der vorliegende Beitrag beginnt daher mit der Analyse der Strategie der EU-Kommission zur Vereinheitlichung des Rechtsrahmens bezüglich der Plattformwirtschaft und konzentriert sich auf die privatrechtlichen Aspekte dieser Strategie. Dabei zeigt sich ein recht zersplittertes bzw. lückenhaftes Bild der nationalen sowie der europäischen Rechtsordnungen zum Phänomen der Online-Plattformen.⁹

Der Fokus wird dann insbesondere auf die »Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft« gesetzt: dieses Instrument enthält nämlich einige Grundsatzregeln, die die Erarbeitung von Lösungen für einige mit Online-Plattformen zusammenhängende Probleme leiten sollten.

Als weiterer Impuls für die aktuelle Diskussion dient außerdem die Mitteilung über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt¹⁰ sowie die lange erwartete und inzwischen veröffentlichte EuGH-Entscheidung im Fall *Uber Spain*.¹¹

7 Europäische Kommission, *Mitteilung an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa*, 25. Mai 2016, COM(2016) 288 final.

8 Europäische Kommission, *Mitteilung an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft*, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final. Dazu s. C. Cauffman, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, in *EuCML* 2016, S. 238; G. Smorto, *Critical Assessment of European Agenda for the Collaborative Economy – In-Depth Analysis for the IMCO Committee*, 2017, p. 5, 18; K. Tonner, *Verbraucherschutz in der Plattform-Ökonomie*, in *VuR* 2017, S. 162.

9 Für einen Beitrag in die Richtung einer Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene, s. Research Group on the Law of Digital Services, *Discussion draft of a Directive on online intermediary platforms*, in *EuCML* 2016, S. 164 ff.

10 Europäische Kommission, *Mitteilung über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt*, COM(2017) 228 final.

11 EuGH, 20. Dezember 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL*. Zum „Phänomen“ *Uber*, vgl. die in den *EuCML*-Heften 1-2, 3 und 4/2015 veröffentlichten Länderberichte aus 13 EU-Mitgliedstaaten. S. dazu A.

II. Die Anforderungen der Mitteilung der europäischen Kommission zu den Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt

Unterschiedliche nationale oder sogar lokale Vorschriften für Online-Plattformen sorgen für Rechtsunsicherheit bei den Wirtschaftsakteuren, schränken die Verfügbarkeit digitaler Dienste ein und verunsichern Verbraucher und Unternehmen. Außerdem behindert diese Rechtslage Investitionen in der EU von Unternehmen, mit Sitz außerhalb des europäischen Rechtsraums. Harmonisierte Vorschriften auf EU-Ebene sind daher von entscheidender Bedeutung für die Förderung des Wachstums und die gesunde Ausweitung innovativer Plattformen. Dies würde die Voraussetzungen für einen vertrauensvollen Umgang mit Online-Plattformen sowohl für Unternehmen als auch für die breite Öffentlichkeit schaffen.

Zu diesem Zweck hat die EU-Kommission einige Regeln bei der Erarbeitung von Lösungen für mit Online-Plattformen zusammenhängende Probleme vorgelegt, nämlich: i) die Gewährleistung gleicher Ausgangsbedingungen für vergleichbare digitale Dienste; ii) das verantwortungsvolle Management von Online-Plattformen zum Schutz der Grundwerte; iii) Transparenz und Fairness zur Erhaltung des Nutzervertrauens und der Innovationsfähigkeit; iv) und – allgemein betrachtet – die Schaffung offener und diskriminierungsfreier Märkte in einer datengesteuerten Wirtschaft.¹²

Zur Gewährleistung gleicher Ausgangsbedingungen für vergleichbare digitale Dienste bezweckt die EU-Kommission eine Vereinfachung, Modernisierung und Straffung des bestehenden Rechtsrahmens. Als allgemeiner Grundsatz gilt, dass vergleichbare digitale Dienste denselben oder vergleichbaren Regeln unterliegen sollten, wobei zu prüfen ist, ob Anwendungsbereich und Umfang bestehender Rechtsvorschriften eingeschränkt werden können. Im Rahmen der Reform des EU-Telekommunikationsrechts erwägt die EU-Kommission eine gezielte Kombination von Vorschlägen mit einem gewissen Grad an Deregulierung, wobei sie auch bestimmte Vorschriften berücksichtigt, die derzeit nur auf klassische elektronische Kommunikationsdienste anwendbar sind, wie z.B. bestimmte Universaldienstverpflichtungen. Auf alle relevanten und

De Franceschi, *Über Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms*, in *EuCML* 2018, S. 1 ff.

¹² COM(2016) 288 final, S. 6.

vergleichbaren Dienste könnten im Bedarfsfall einige wenige kommunikationsspezifische Regeln angewandt werden.¹³

Zum Zweck eines verantwortungsvollen Managements von online-Plattformen will dann die EU-Kommission die geltende Haftungsregelung für Anbieter von Vermittlungsdiensten in der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr überprüfen.¹⁴

Als diese Richtlinie verabschiedet wurde, bestanden Online-Plattformen noch nicht in heutiger Art und Umfang. Die zunehmende Verbreitung von jugendgefährdenden Inhalten und Hassreden auf Videoplattformen, sowie die Aufteilung von Einnahmen für die Nutzung urheberrechtlich geschützte Inhalte verlangen erneute und vertiefte Überlegungen in Bezug auf den Haftungsausschuss für Anbieter von Vermittlungsdiensten. Insbesondere wird die Annahme koordinierter, EU-weiter Selbstregulierungsmaßnahmen erforderlich; ferner soll die Notwendigkeit von förmlichen Melde- und Abhilfeverfahren geprüft werden. In einer Eurobarometer-Umfrage aus dem Jahr 2016 zu Online-Plattformen¹⁵ zeigten sich 72% der befragten Verbraucher besorgt über die Daten, die über sie und ihre Aktivitäten gespeichert werden.¹⁶ 72% waren ferner der Auffassung, dass Regelungsbedarf für Online-Plattformen besteht, um das Ausmaß zu begrenzen, welches Nutzer in Abhängigkeit von den über ihre Aktivitäten gespeicherte Daten unterschiedliche Suchergebnisse erhalten. Insbesondere zeigten sich Verbraucher darüber besorgt, dass Daten über sie gespeichert werden und dass diese Daten genutzt und weitergegeben werden. Mehr Transparenz wird dabei als erforderlich gehalten, damit die Nutzer nachvollziehen können, nach welchen Kriterien ihnen angezeigte Informationen gefiltert, aufbereitet oder personalisiert wurden, vor allem dann, wenn diese Informationen die Grundlage für Kaufentscheidungen bilden oder die Teilnahme der Nutzer am gesellschaftlichen oder demokratischen Leben beeinflussen können.¹⁷ Zur Stärkung der Position der Verbraucher und zur Wahrung der Grundsätze des Wettbewerbs, des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes will die EU-Kommission Interoperabilität fördern, u.a. durch die Formulierung von Grundsätzen und Leitlinien zur Interoperabilität elektronischer Identitäten.

13 So COM(2016) 288 final, S. 7.

14 COM(2016) 288 final, S. 8.

15 Eurobarometer-Sonderumfrage 447 über Online-Plattformen (2016).

16 COM(2016) 288 final, S. 10.

17 COM(2016) 288 final, S. 10.

Große Sorgen bereiten außerdem die unlauteren Geschäftspraktiken im Bereich von Online-Plattformen, und das insbesondere in Bezug auf: i) die Verweigerung des Marktzugangs zu den Online-Plattformen; ii) die Doppelrolle der Plattformen, die, wenn sie den Marktzugang erleichtern, gleichzeitig mit den Anbietern in Wettbewerb treten; iii) unfaire »Gleichstellungsklauseln« zum Nachteil der Verbrauchern; iv) Mangel an Transparenz insbesondere insichtlich der Plattformtarife,¹⁸ der Datennutzung¹⁹ und der Suchergebnisse. Solche Umstände können Online-Plattformen stark benachteiligen, da sie für Klein- und Kleinstunternehmen wichtige, manchmal die wichtigsten Zugangsmöglichkeiten zu bestimmten Märkten und Daten sind. Um diese Nachteile zu vermeiden, überprüft gerade die EU-Kommission die Möglichkeit, eine Kombination aus regulatorischen und nichtregulatorischen Maßnahmen zu schaffen.

Zur Absicherung diskriminierungsfreier, offener Märkte für die Förderung einer datengesteuerten Wirtschaft will die EU-Kommission ferner den Wechsel von Nutzern von einer Plattform zu einer anderen vereinfachen.²⁰ Die Übertragbarkeit von Daten, die Entwicklung von Standards und die Interoperabilität sind Schlüsselemente für den freien Datenverkehr in einem digitalen Binnenmarkt. Offene Plattform-Ökosysteme bieten wesentliche Vorteile in Form von Einsparungen bei Wechselkosten und höherer Markteffizienz. Dies ist nämlich von entscheidender Bedeutung, um die damit verbundenen Kosten zu verringern.

Die größte Herausforderung der EU zur Absicherung ihrer weltweiten Wettbewerbsfähigkeit in der Zukunft besteht heute vielleicht darin, Innovationen in diesen Bereichen nachhaltig zu fördern, ohne dabei den Schutz der legitimen Interessen der Verbraucher und anderen Nutzer aus den Augen zu verlieren. In diesem Zusammenhang unterstreicht die Kommission die Notwendigkeit politischer und regulatorischer Ansätze, die unmittelbar auf diese Herausforderungen eingehen, und die flexibel und zukunftsfähig sind. Selbst- und Koregulierung tragen dabei häufig positiv zur Entwicklung von starken Plattform-Ökosysteme in Europa bei und ergänzen und

18 S. Italienische Kartellbehörde, Beschluss vom 23. März 2016, Nr. 25940, *Booking*, in *Bollettino*, vom 11. April 2016, S. 5. S. dazu G. Resta, *Digital platforms under Italian law*, in this volume.

19 S. dazu Italienische Kartellbehörde, Beschluss vom 11. Mai 2017, Nr. 26597, *WhatsApp – Trasferimento Dati a Facebook*, in *Bollettino* n. 18/2017, S. 57. S. dazu G. Resta, oben Fn. 18.

20 So COM(2016) 288 final, S. 15.

verstärken bestehende Rechtsvorschriften zur Regulierung der Aktivitäten von Online-Plattformen.

III. Beitrag, Potenzial und kritische Aspekte der »Europäischen Agenda für die kollaborative Wirtschaft«

1. Systematische Herausforderungen

Durch die Mitteilung »Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft« bezweckte die Europäische Kommission, ein nicht bindendes Orientierungsinstrument zum Zweck der balancierten und nachhaltigen Entwicklung der kollaborativen Wirtschaft anzubieten. Der Fokus wird hier insbesondere auf die Anwendung auf die kollaborative Wirtschaft des schon existierenden EU-Rechts gesetzt.

Mit dem Begriff »kollaborative Wirtschaft« bezeichnet die Europäische Kommission »Geschäftsmodelle, bei denen Tätigkeiten durch kollaborative Plattformen ermöglicht werden, die einen offenen Markt für die vorübergehende Nutzung von Waren oder Dienstleistungen schaffen, welche häufig von Privatpersonen angeboten werden«. Die Akteure der kollaborativen Wirtschaft werden in drei Kategorien aufgeteilt: *i*) Dienstleistungsanbieter; *ii*) Nutzer dieser Dienstleistungen; *iii*) Mittler, die über eine Online-Plattform Anbieter und Nutzer zusammenbringen und Transaktionen zwischen ihnen ermöglichen.

In Bezug auf diese Geschäftsmodelle hat die Europäische Kommission einige zentrale Fragen adressiert: Marktzugangsanforderungen, Haftungsregelung, Schutz der Nutzer, Einstufung von Selbständige und Arbeitnehmer, Besteuerung und Überwachung von Plattformen.

Die Analyse bezieht sich dabei nicht nur auf *B2C*- sondern auch auf *B2B*- *C2C*-, und *C2B*-Verträge.

Die meisten Online-Plattformen präsentieren sich in der Öffentlichkeit lieber als bloße Vermittler von Waren bzw. Dienstleistungen, denn als Verkäufer bzw. Dienstleister. Das ist z.B. der Fall bei Plattformen wie *Uber*²¹ oder *Airbnb*²²: solche Plattformen unterstreichen nämlich in den

21 See the Art. 3 of the Terms and Conditions of Uber UK at <https://www.uber.com/de/legal/gbr/terms> (zuletzt abgerufen am 17. Januar 2018): »Uber UK accepts PHV Bookings acting as disclosed agent for the Transportation

jeweiligen allgemeinen Geschäftsbedingungen, dass sie bloß als Vermittler zwischen dem Verkäufer bzw. Dienstleistungserbringer und deren Kunden wirken. Sie spielen aber dennoch in den meisten Fällen eine viel aktivere Rolle, da sie den konkreten Inhalt des Vertrages entscheidend beeinflussen, den Zahlungsvorgang verwalten und oft einen nicht unerheblichen Anteil des Endpreises für sich verlangen.²³

Andere Plattformen spielen eine noch aktivere Rolle beim jeweiligen Geschäftsmodell, wie es z.B. für 3D-Printing-Plattformen der Fall ist. Solche Plattformen ermöglichen nämlich den Designern ihre digitalen Werke (z.B. deren *CAD files*) auf der Plattform zu veröffentlichen, wo die Interessierten die jeweiligen angefertigten Güter bestellen können. Die

Provider (as principal). Such acceptance by Uber UK as agent for the Transportation Provider gives rise to a contract for the provision to you of transportation services between you and the Transportation Provider (the 'Transportation Contract'). For the avoidance of doubt: Uber UK does not itself provide transportation services, and is not a Transportation Provider. Uber UK acts as intermediary between you and the Transportation Provider. You acknowledge and agree that the provision to you of transportation services by the Transportation Provider is pursuant to the Transportation Contract and that Uber UK accepts your booking as agent for the Transportation Provider, but is not a party to that contract«.

22 See Art. 1.2. of the Terms of Service of Airbnb at <https://www.airbnb.co.uk/terms> (zuletzt abgerufen am 17. Januar 2018): »As the provider of the Airbnb Platform, Airbnb does not own, create, sell, resell, provide, control, manage, offer, deliver, or supply any Listings or Host Services. Hosts alone are responsible for their Listings and Host Services. When Members make or accept a booking, they are entering into a contract directly with each other. Airbnb is not and does not become a party to or other participant in any contractual relationship between Members, nor is Airbnb a real estate broker or insurer. Airbnb is not acting as an agent in any capacity for any Member, except as specified in the Payments Terms«.

23 Vgl. die Stellungnahme des italienischen Consiglio di Stato, 23. Dezember 2015, 1. Senat, Nr. 3586/2015, [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Amministrazione Portale/Ricerca/ index.html?tipoRicerca=Provvedimenti &showadv=true](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Amministrazione%20Portale/Ricerca/index.html?tipoRicerca=Provvedimenti&showadv=true) (zuletzt abgerufen am 17. Januar 2018), die das durch die Plattform *Uber* entstehende Vertragsverhältnis untersucht und qualifiziert hat. Nach der Meinung des höchsten italienischen Verwaltungsgerichtshofs bietet *Uber* nicht nur einen bloßen Transportdienst, sondern auch ‚innovative Zusatzdienste‘, die das Vertragsschema wesentlich beeinflussen und ändern, weil sie: *i*) den Preis festsetzen *ii*) eine Finanzdienstleistung anbieten, die durch elektronische Instrumente bezahlt wird; *ii*) die Details der Leistungserbringung vorab bestimmen; *iii*) die Geolokalisierung der Fahrzeuge sowie der potenziellen Kunden anbieten; *iv*) rechtliche Beratung für mit dem Transportdienst verbundenen Probleme anbieten.

Online-Plattform kann dann die Bestellung verarbeiten, den 3D-Druck vornehmen und die Güter direkt an die jeweiligen Kunden liefern.²⁴

Der Umstand, dass solche Plattformen eine deutlich aktivere Rolle als die von bloßen Vermittlern spielen, läßt zahlreiche Fragen bezüglich der Pflichten der Plattformen – insbesondere zu Informationspflichten und Zurechnung der auf der Plattform enthaltenen Informationen und die Plattformenhaftung für die Nichterfüllung des Verkäufers bzw. Dienstleisters – entstehen.²⁵

Ein weiteres Problem betrifft die herkömmliche Definition der Kategorien von Unternehmer und Verbraucher. Dazu ist es erforderlich zu klären, ob diese Aufteilung in Anbetracht der Tatsache aufrechterhalten werden kann, dass Privatpersonen zunehmend über Online-Plattformen Waren, digitale Inhalte und Dienstleistungen anbieten. Diese Frage spielt in der Plattformwirtschaft eine zentrale Rolle, weil es für Abnehmer von Gütern, digitalen Inhalten und Dienstleistungen oft schwer erkennbar ist, ob der Vertragspartner als eine nicht gewerblich handelnde Privatperson bzw. ein Unternehmer anzusehen ist. Die Antwort auf diese Fragen hat direkte Auswirkungen auf die anwendbaren Regeln (s. unten III.4.).

Die Bestimmung der Grenzen zwischen *B2C*-, *B2B*-, *C2C*- und *C2B*-Verträgen macht es daher zunächst erforderlich, die konkrete Qualifikation eines durch die Plattform handelnden Subjekts zu klären.

Auch wenn es der Plattform gelingt, ihre Rolle auf die von einem bloßen Vermittler zu begrenzen, wird dennoch eine Vielzahl an Pflichten entste-

24 S. dazu e.g. C. Twigg-Flesner, *Disruptive Technology – Disrupted Law: How Digital Revolution Affects (Contract) Law*, in A. De Franceschi (Hrsg.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge - Antwerp - Portland 2016, S. 30; G. Howells und C. Willet, *3D Printing: The Limits of Contract and Challenges for Tort*, in R. Schulze und D. Staudenmayer (Hrsg.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Oxford - Baden-Baden 2016, S. 67 ff.

25 S. C. Busch, H. Schulte-Nölke, A. Wiewiórska-Domagalska und F. Zoll, oben Fn. 3, S. 6. Vgl. C. Wendehorst, *Platform intermediary services and duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive*, in *EuCML* 2016, S. 30 ff.; J. Sénéchal, *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*, in *EuCML* 2016, S. 39 ff.; M.J. Sørensen, oben Fn. 5, S. 15 ff.; M. Colangelo und V. Zeno-Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules and Consumer Protection in the Travel Industry*, in *EuCML* 2016, S. 75 ff.; E.I. Obergfell und A. Thamer, *(Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview on State of Play*, in *GRUR Int.* 2017, S. 201 ff.

hen. Soweit die Plattform für einen bloßen »*information society service*« gemäß der Richtlinie 2000/31/EC sorgt,²⁶ werden ihre Pflichten und Haftung nämlich noch begrenzt sein.

Wenn die Plattform im Gegenteil auch des zugrundeliegenden Service sorgt, werden zusätzliche Pflichten – wie z.B. *licensing requirements* – Anwendung finden. In Ihrer Mitteilung für eine »Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft« hat die EU-Kommission für einige Hinweise gesorgt, die als »allgemeine Orientierungspunkte« dienen sollen, um die Frage zu beantworten, unter welchen Bedingungen bei der Erbringung von *Peer-to-Peer*-Dienstleistungen der Anbieter der zugrunde liegenden Dienstleistung als Gewerbetreibender zu qualifizieren ist (s. unten III.4.).²⁷

Außerdem ist es erforderlich zu klären, wie die Reputationssysteme zur Entstehung eines generalisierten Vertrauens von Seite der Nutzer von Online-Plattformen beitragen können, so dass sie die schon existierenden Rechtsinstrumente zur Verbesserung des Verbrauchervertrauens ergänzen können.²⁸

2. Marktzugangsanforderungen, Dienstleistungsrichtlinie und der Fall *Uber Spain*

Die erste wichtige Frage ist daher, ob und – falls ja – in welchem Maße kollaborative Plattformen und Dienstleistungsanbieter nach bestehendem EU-Recht Marktzugangsanforderungen unterliegen sollen. Nach dem EU-Recht, insbesondere den im Vertrag verankerten Grundfreiheiten sowie der Dienstleistungsrichtlinie²⁹ sollen Dienstleistungserbringer Marktzugangs- oder anderen Anforderungen (wie Genehmigungsregelungen oder Zulassungsanforderungen) nur dann unterliegen, wenn diese nicht diskri-

26 Richtlinie 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

27 COM(2016) 356 final.

28 Vgl. C. Busch, *Crowdsourcing consumer confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in A. De Franceschi (Hrsg.), *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, oben Fn. 24, S. 229 ff.

29 S. Art. 9 und 16 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt sowie Art. 49 und 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

minierend und zur Erreichung eines klar benannten, im Allgemeininteresse liegenden Zieles sowohl erforderlich³⁰ als auch verhältnismäßig sind.³¹ Dies gilt auch für die Reglementierung von Berufen.³²

Dabei unterstreicht die EU-Kommission, dass absolute Verbote und mengenmäßige Beschränkungen einer Tätigkeit in der Regel das letzte Mittel sind. Sie sollten nämlich nur dann angewandt werden, wenn ein legitimes, im Allgemeininteresse liegendes Ziel mit weniger einschneidenden Anforderungen nicht erreicht werden kann.³³

Allgemein betrachtet verdient die Idee, Marktzugangsanforderungen zu beseitigen, grundsätzlich Zustimmung: Sie ist nämlich im Einklang mit dem Ansatz der Dienstleistungsrichtlinie und soll den Wettbewerb erhöhen und die Preise sinken lassen.

Ferner sollten die Mitgliedstaaten, wenn Dienstleistungsanbieter durch nationales Recht verpflichtet sind, Genehmigungen einzuholen, dafür sorgen, dass die Bedingungen zur Erlangung dieser Genehmigungen unter anderem klar, verhältnismäßig und objektiv sind und dass sie im Prinzip auf unbegrenzte Zeit gewährt werden.³⁴ Außerdem sollten die betreffenden Verwaltungsverfahren und -formalitäten klar und transparent sein, und sie dürfen nicht unnötig kompliziert sein. Die Kosten für die Anbieter sollten angemessen sein und im Verhältnis zu den Kosten des betreffenden Verfahrens stehen, und die Verfahren müssen so zügig wie möglich sein und unter Anwendung des Prinzips der stillschweigenden Zustimmung ablaufen.³⁵

30 S. Art. 4, Abs. 8 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, der zwingende Gründe des Allgemeininteresses aufzählt.

31 Zum Begriff "Genehmigung" s. Erwägungsgrund Nr. 39 und Art. 4, Abs. 6 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

32 S. Art. 59 der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Auf die Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit nationaler Vorschriften zur Reglementierung von Berufen wird in zwei bevorstehenden Initiativen der Kommission näher eingegangen (Leitlinien zum Reformbedarf bei reglementierten Berufen und Verhältnismäßigkeitstest für reglementierte Berufe).

33 So COM(2016) 356 final. Beispielsweise scheint ein Verbot der kurzfristigen Vermietung von Wohnraum im Allgemeinen nur schwerlich zu rechtfertigen, da diese kurzfristige Nutzung durch Vermietung auch auf eine bestimmte Anzahl von Tagen im Jahr beschränkt werden kann. Dadurch könnten Bürger die von ihnen angemieteten Immobilien von Zeit zu Zeit teilen, ohne dass das Objekt dem Markt für langfristige Vermietungen entzogen würde.

34 S. Art. 10 und 11 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

35 S. Art. 13 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Ob und in welchem Maße kollaborative Plattformen Marktzugangsanforderungen unterliegen können, hängt nach der EU-Kommission von den folgenden Faktoren ab: *i)* ob die Dienstleistungen gewerbsmäßig oder eher gelegentlich von Privatpersonen angeboten werden; *ii)* um welche Tätigkeiten es geht.

i) Im EU-Recht ist es nicht ausdrücklich festgelegt, wann ein *Peer* in der kollaborativen Wirtschaft zu einem gewerblichen Dienstleistungsanbieter wird. Die Mitgliedstaaten wenden nämlich verschiedene Kriterien an, um zwischen gewerblichen Dienstleistungen und *Peer-to-Peer*-Dienste zu unterscheiden. Einige Mitgliedstaaten nehmen z.B. eine Unterscheidung anhand von Schwellenwerten vor.³⁶ Diese Schwellen werden oft branchenspezifisch festgelegt,³⁷ wobei die Höhe des erzielten Einkommens oder die Regelmäßigkeit, mit der die Dienste erbracht werden, berücksichtigt werden müssen. Realistisch festgelegte Schwellenwerte können tatsächlich dazu beitragen, klare rechtliche Rahmenbedingungen zum Vorteil der nicht gewerblichen Anbieter zu schaffen.³⁸

ii) Ob und in welchem Maße kollaborative Plattformen Marktzugangsanforderungen unterliegen können, hängt davon ab, um welche Tätigkeiten es geht. Solange über kollaborative Plattformen eine »in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf

36 S. zuletzt den italienischen Vorschlag für eine „*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*“ (*Gesetz zu den digitalen Plattformen für die Gemeinnutzung von Gütern und Dienstleistungen zur Förderung der Sharing Economy*), *Atti Camera* n. 3564 vom 27. Januar 2016: http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf. Art. 5 des oben erwähnten Gesetzes bestimmt diesen Schwellenwert bei 10,000 Euro.

37 Vgl. V. van der Bijl, *The effect of Airbnb on house prices in Amsterdam*, in https://files.vastgoedbibliotheek.nl/Server/getfile.aspx?file=docs/publicaties/site/UVABijl_VM.pdf.

38 Einige Mitgliedstaaten haben beispielsweise im Verkehrssektor vor, in geringem Umfang erbrachte Personenbeförderungsdienste – unterhalb einer bestimmten Jahresumsatzschwelle – von den Zusassungsanforderungen auszunehmen. Was vorübergehende Unterkünfte anbelangt, erlauben einige Städte die Kurzzeitvermietung und das Teilen von Wohnraum ohne vorherige Genehmigung oder Anmeldung, sofern diese Dienste gelegentlich erbracht werden, d.h. bis zu einem bestimmten Schwellenwert von beispielsweise weniger als 90 Tage im Jahr. In anderen Städten hängt dies wiederum davon ab, ob das Objekt der Erst- oder Zweitwohnsitz ist; der Wohnraum am Erstwohnsitz kann nämlich nur gelegentlich vermietet werden.

eines Empfängers erbrachte Dienstleistung«³⁹ angeboten wird, handelt es sich um eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft. In diesem Fall kann sie nicht Zulassungs- oder gleichartigen Anforderungen unterliegen, die speziell und ausschließlich diese Dienste betreffen.⁴⁰

Es gibt jedoch Fälle, in denen kollaborative Plattformen neben den Diensten der Informationsgesellschaft auch als Erbringer weiterer Dienstleistungen betrachtet werden können. Insbesondere kann eine Plattform unter bestimmten Umständen die ihrer Tätigkeit zugrunde liegende Dienstleistung auch selbst anbieten (z.B. Beförderungsdienste oder Kurzzeitvermietung). In solch einem Fall könnten kollaborative Plattformen den jeweiligen branchenspezifischen Vorschriften einschließlich der Genehmigungs- und Zulassungsanforderungen unterliegen, die im Allgemeinen für Dienstleistungsanbieter gelten.⁴¹

Nach der Meinung der EU-Kommission muss es im Einzelfall entschieden werden, ob eine kollaborative Plattform die zugrunde liegende Dienstleistung auch selbst anbietet. Mehrere sachliche und rechtliche Kriterien, die bei der Bewertung eine Rolle spielen können, werden hier aufgelistet: die Festsetzung des Preises, die Festsetzung sonstiger wichtigen Vertragsbedingungen und das Eigentum an wesentlichen Gütern.⁴²

Das erste Kriterium wird erfüllt, wenn die kollaborative Plattform den vom Nutzer, der die zugrunde liegende Dienstleistung in Anspruch nimmt, zu zahlende Endpreis festsetzt. Wenn die kollaborative Plattform dagegen lediglich eine Preisempfehlung abgibt oder wenn der Anbieter der zugrunde liegenden Dienstleistung den von der kollaborativen Plattform festgesetzten Preis anderweitig ändern kann, könnte dies darauf hindeuten, dass dieses Kriterium wahrscheinlich nicht erfüllt ist.

Das zweite Kriterium wird erfüllt, wenn die kollaborative Plattform andere Bedingungen als den Preis festsetzt, die die vertragliche Beziehung zwischen dem Anbieter und dem Nutzer der zugrunde liegenden Dienstleistung bestimmt, z.B. durch die Festlegung der verpflichtenden Anweisungen für die Erbringung der Dienstleistung einschließlich einer Verpflichtung zur Erbringung dieser Dienstleistung.

39 S. Art. 2, lit. a, Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr und Art. 1, Abs. 1, lit. b, Richtlinie 2015/1535/EU über die Informationsgesellschaft.

40 S. Art. 4, Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr.

41 So COM(2016) 356 final, S. 6.

42 So COM(2016) 356 final, S. 7.

Das dritte von der EU-Kommission ermittelte Kriterium wird erfüllt, wenn die wesentlichen Güter, die zur Erbringung der zugrunde liegenden Dienstleistung genutzt werden, sich im Eigentum der kollaborativen Plattform befinden.

Wenn die genannten Kriterien allesamt erfüllt sind, sollte dies sehr darauf hindeuten, dass die kollaborative Plattform erheblichen Einfluss auf oder erhebliche Kontrolle über den Anbieter der zugrunde liegenden Dienstleistung ausübt. Dies kann wiederum bedeuten, dass die Plattform als Erbringer nicht nur eines Dienstes der Informationsgesellschaft, sondern auch der zugrunde liegenden Dienstleistung erachtet werden muss.⁴³

Von Fall zu Fall können auch andere Kriterien eine Rolle spielen, beispielsweise wenn die kollaborative Plattform die Kosten und alle Risiken trägt, die mit der Erbringung der zugrunde liegenden Dienstleistung zusammenhängen, oder wenn zwischen der kollaborativen Plattform und dem Erbringer der betreffenden Dienstleistung ein Beschäftigungsverhältnis besteht. Diese Voraussetzungen können Anzeichen dafür sein, dass die kollaborative Plattform in hohem Maße Kontrolle über und Einfluss auf die Erbringung der zugrunde liegenden Dienstleistung ausübt.

Dieser Ansatz wurde neulich durch den EuGH kontextualisiert und weiterentwickelt. Im Fall *Uber Spain*⁴⁴ hat der EuGH nämlich betont, dass die Online-Plattform *Uber* einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen ausübt, unter denen die Autofahrer ihre Leistung erbringen. Dabei ist insbesondere klar ersichtlich, dass die Plattform *Uber* durch die gleichnamige Anwendung zumindest den Höchstpreis für die Fahrt festsetzt, dass diese Gesellschaft den Preis beim Kunden erhebt und danach einen Teil davon an den nicht berufsmäßigen Fahrer des Fahrzeugs überweist und dass sie eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und deren Fahrer sowie über deren Verhalten ausübt, die gegebenenfalls zu ihrem Ausschluss führen kann. Nach Ansicht des EuGH ist dieser Vermittlungsdienst somit als integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht, anzusehen und

43 So COM(2016) 356 final, S. 7.

44 EuGH, 20. Dezember 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL*. Zur Vorlagefrage s. V. Hatzopoulos und S. Roma, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy Under EU Law*, in *Common Market L. Rev.* 2017, S. 81. Vgl. G. Resta, *Uber di fronte alle corti europee*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2017, S. 284 ff.; E. Mostacci und A. Somma (Hrsg.), *Il caso Uber* Milan, 2016, S. 1 ss.

daher nicht als »Dienst der Informationsgesellschaft« im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG, auf den Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EC verweist, sondern als »Verkehrsdienstleistung« im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EC einzustufen ist.⁴⁵ Der in der Richtlinie 2000/31/EG enthaltene Haftungsausschluss ist daher auf einen Vermittlungsdienst wie den im oben erwähnten Fall nicht anwendbar. Außerdem unterliegt dieser Dienst, da er als Verkehrsdienstleistung einzustufen ist, auch nicht der Richtlinie 2006/123/EC, weil diese Art von Dienstleistungen nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie zu den Dienstleistungen gehört, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausdrücklich ausgenommen sind.

Außerdem fällt der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vermittlungsdienst aufgrund seiner Einstufung als Verkehrsdienstleistung nicht unter Art. 56 AEUV, der den freien Dienstleistungsverkehr im Allgemeinen betrifft, sondern unter die Spezialvorschrift des Art. 58 Abs. 1 AEUV, wonach »für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs ... die Bestimmungen des Titels über den Verkehr« gelten.⁴⁶

Die Annahme der Kriterien für die Bestimmung, ob die Online-Plattform als »*Provider of an underlying Service*« einzustufen ist, stellt ein der systematisch wichtigsten Ergebnisse der »Europäischen Agenda für die kollaborative Wirtschaft«.

Der Ansatz der EU-Kommission und die nähere Bestimmung durch den EuGH sind desweiteren als positiv zu begrüßen. Es erscheint auch angemessen, dass die so genannten »*Peers*« nicht zu schnell als »*Traders*« eingestuft werden.

Auch aus der Pauschalreiserichtlinie sind nützliche Angaben in diese Richtung zu entnehmen: eine Online Plattform, die vorgeblich nur vermittelt, muss nämlich als ein Pauschalreiseveranstalter eingestuft werden,

45 EuGH, oben Fn. 44, Rn. 39. Diese Einstufung wird im Übrigen durch die Rechtsprechung des EuGH bestätigt, wonach der Begriff »Dienstleistung im Bereich des Verkehrs« nicht nur Verkehrsdienstleistungen als solche umfasst, sondern auch jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mit einem Verkehrsmittel verbunden ist (vgl. in diesem Sinne EuGH 15. Oktober 2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa u.A.*, Rn. 45-46).

46 Vgl. in diesem Sinne EuGH 22. Dezember 2010, C- 338/09, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb*, Rn. 29.

wenn sie für verschiedene zusammenpassende Einzelleistungen einen Gesamtpreis verlangt oder die Einzelleistungen in einem Vorgang bucht.⁴⁷

In dieser Hinsicht ist im dänischem Recht eine interessante Lösung erhalten, die als Vorbild gelten könnte: wenn ein C2C-Vertrag mit der Unterstützung eines gewerblichen Vermittlers abgeschlossen wird, muss er wie ein B2C-Vertrag behandelt werden. Damit einer Plattform die Rolle eines gewerblichen Vermittlers zugeschrieben werden kann, muss sie mindestens diese zwei folgenden Voraussetzungen erfüllen: *i)* die Plattform hat die Vertragsparteien vermittelt; *ii)* sie hat den Preis beim Kunden erhoben und/oder den Vertrag vorformuliert.⁴⁸

Obwohl die Kommission sich mit Marktzugangsanforderungen beschäftigt, sagt sie aber nichts über die so genannten »Marktaustrittsanforderungen«. Im Fall, dass ein Anbieter von einer Plattform zu einer anderen Plattform wechseln will, setzen oft die Plattformen selbst erhebliche Hindernisse zum Plattformwechsel und vor allem zur Portabilität der Bewertungen. Das könnte zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Häufig hindern Plattformen bloß *de facto* die »Mobilität« der Anbieter. Es geschieht nämlich oft, dass Plattformen die Portabilität von Kundenbewertungen hindern. Da die Kundenbewertungen einen erheblichen Wert haben und eine entscheidende Rolle auch für die Markt(re)positionierung der Online-Plattformen spielen, könnten vertragliche Verbote der Portabilität u.a. einen Wettbewerbsverstoß darstellen.⁴⁹ Der EU-Gesetzgeber sollte sich daher auch um die Freiheit der Anbieter kümmern, von einer Plattform zu einer anderen Plattform Bewertungen »mitnehmen« zu dürfen. Wenn diese Freiheit nicht in angemessener Weise gewährt wird, werden auch die Bemühungen zur Beseitigung der Marktzugangsanforderungen nur halb so wirksam sein. Es ist also in dieser Hinsicht kritisierbar, dass, obwohl die EU-Kommission Mitgliedstaaten auffordert, Marktzugangsanforderungen tendenziell zu beseitigen, sie sich nicht um die Freiheit der Anbieter kümmert, von einer Plattform zu einer anderen Plattform zu wechseln.

47 S. dazu K. Tonner, oben Fn. 8, S. 162.

48 S. M.J. Sørensen, oben Fn. 25, S. 15 ff.

49 S. C. Busch, H. Schulte-Nölke, A. Wiewiórska-Dogamalska und F. Zoll, oben Fn. 3, S. 7;

3. Das Spannungsverhältnis zwischen Haftungsausschluss und Sorgfaltspflichten

Nach EU-Recht können Online-Plattformen unter bestimmten Voraussetzungen als Erbringer von Vermittlungsdiensten der Informationsgesellschaft von der Haftung für die von ihnen gespeicherten Informationen nach Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr ausgenommen werden.⁵⁰

Ob dieser Haftungsausschluss zum Tragen kommt, hängt von der rechtlichen und sachlichen Einordnung der Tätigkeit der Online-Plattform ab. Der Ausschluss ist wirksam, wenn die betreffenden Tätigkeiten als *Hosting*-Dienste gemäß der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gelten. Im Kontext der kollaborativen Wirtschaft kann *Hosting* allgemein gesagt als die Speicherung von Kundendaten und die Bereitstellung eines Ortes, an dem Nutzer und Anbieter der zugrunde liegenden Dienstleistungen zusammenkommen, verstanden werden. Die Ausnahmen gemäß Art. 12 und 13 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gelten hier gewöhnlich nicht, da kollaborative Plattformen normalerweise keine »reine Durchleitung« oder »*Catching*« im Sinne dieser Bestimmungen erbringen.⁵¹

Dies ist der Fall, wenn die Rolle der Plattform rein technisch, automatisch und passiv ist.⁵² Der Haftungsausschluss setzt nämlich voraus, dass die Plattform keine aktive Rolle einnimmt, bei der ihr illegale Inhalte bekannt oder bewusst wären oder sie Kontrolle darüber ausüben würde und dass sie – sollte ihr Derartiges bekannt oder bewusst werden – unverzüglich handelt, um diese Inhalte zu entfernen oder der Zugang dazu zu sperren.⁵³

50 Art. 14, RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr: »Im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, daß der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern: (a) der Anbieter keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat, und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewußt, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder (b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewußtsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.«

51 COM(2016) 356 final, S. 8.

52 Vgl. Abschnitt 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Vgl. EuGH, 23. März 2010, C-236/08 und C-238/08, *Google France v Louis Vuitton*.

53 Vgl. EuGH, 19. Juli 2010, C-324/09, *L'Oreal v eBay*.

Die EU-Kommission unterstreicht dabei, dass der genannte, im EU-Recht festgelegte Haftungsausschluss auf die Erbringung von Hosting-Diensten beschränkt bleibt und sich nicht auf andere Dienste oder Tätigkeiten einer kollaborativen Plattform (wie z.B. auf die Verarbeitung personenbezogener Daten) erstreckt.⁵⁴

Zugleich ruft die Kommission alle Arten von Online-Plattformen auf, auf freiwilliger Basis verantwortungsvoll tätig zu werden, z.B. hinsichtlich der wichtigen Frage gefälschter oder irreführender Bewertungen. Nach der Meinung der EU-Kommission, sollte ein solches freiwilliges Handeln, mit dem das Vertrauen gestärkt und ein konkurrenzfähiger Dienst angeboten werden soll, sollte nicht zwangsläufig bedeuten, dass die jeweilige kollaborative Plattform nicht mehr rein technisch, automatisch und passiv tätig ist.⁵⁵

Dieser Aufruf für ein »verantwortungsvolles Verhalten« enthält aber zugleich erhebliche Risiken für die durch Online-Plattformen handelnden Unternehmen.⁵⁶ Es bleibt nämlich relativ unproblematisch, wenn die Plattform eventuelle irreführende Inhalte beseitigt, nachdem sie von deren rechtswidrigem Charakter benachrichtigt wurde. Ganz anders wäre es, wenn Plattformen damit anfangen, die Inhalte »aktiv« und regelmäßig zu überwachen. In diesem Fall könnte die Grenze des durch den EuGH näher konkretisierten Haftungsausschlusses schneller erreicht werden.

Im Fall *Google France/Louis Vuitton*⁵⁷ hat der EuGH nämlich dem nationalen Gericht die Einschätzung und die Entscheidung überlassen, ob die Plattform sich im konkreten Fall »aktiv« oder eher »neutral« verhält. Zur Feststellung, ob die Haftung der Plattform nach Art. 14 der Richtlinie 2000/31 beschränkt sein könnte, ist es daher zu prüfen, ob die Rolle dieses Anbieters insofern neutral ist, als sein Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art ist und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information ausüben kann.

Weitere Hinweise sind außerdem nun in der *Guidance* der EU-Kommission über die Umsetzung bzw. Anwendung der Richtlinie

54 COM(2016) 356 final, S. 9.

55 COM(2016) 356 final, S. 9.

56 In diesem Sinne s. schon C. Cauffman, oben Fn. 8, S. 238; G. Smorto, oben Fn. 8, p. 5, 18. Bestätigend Europäische Kommission, *Guidance on the Implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, 25 May 2016, SWD(2016) 163 final, p. 133.

57 EuGH, 23. März 2010, C-236/08 und C-238/08, *Google France gegen Louis Vuitton*, Rn. 114.

2005/29/EG über die unlauteren Geschäftspraktiken zu finden. Nach dieser *Guidance* müssen Plattformen u.a. angemessene Informationen verfügbar machen, damit ihre Kunden in der Lage sind, es klar zu verstehen, wer der Vertragspartner im jeweiligen Fall ist.⁵⁸ Das ergibt sich schon aus der im Art. 5 UGP-Richtlinie enthaltenen allgemeinen beruflichen Sorgfaltspflicht, die durch die Vorschriften zu den irreführenden Geschäftspraktiken eine nähere Bestimmung bekommt.

Auch hier fordert die EU-Kommission Plattformen auf, eine »aktive« Rolle aufzunehmen. Eine solche Aktivierung könnte aber eigentlich den in der E-Commerce-Richtlinie enthaltenen Haftungsausschluss leerlaufen lassen.⁵⁹

Damit die Plattformen wirksamere Kontrollmechanismen und Selbstregulierungsmaßnahmen eingreifen können, wäre es also wichtig, zunächst mehr Klarheit darüber zu schaffen, welche Konsequenzen derartige von der Plattform vorgenommene Kontrollen und freiwillige Maßnahmen auf den Haftungsausschluss von Anbietern von Vermittlungsdiensten im Rahmen der genannten Richtlinie haben könnten.

Es besteht nämlich schon auf nationaler und EU-Ebene die zunehmende Tendenz, nicht nur »*Transaction-Platforms*«,⁶⁰ sondern auch »*Rating-Platforms*«⁶¹ – die eigentlich in herkömmlichen Sinne als »*Hosts*« gemäß der Richtlinie 2000/31/EG qualifiziert werden könnten – als »*Traders*« im Sinne der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken einzustufen. Aus dieser Qualifikation entstehen strikte Sorgfaltspflichten, die mit dem traditionellen Haftungsausschluss nach der Richtlinie 2000/31/EG unvereinbar sind. In diesem Sinne muss die Meinung der EU-Kommission kontextualisiert werden, insbesondere wo sie unterstreicht, dass »*Platforms which are considered 'traders', should take appropriate measures which – without amounting to a general obligation to monitor or carry out fact-finding (see Article 15(1) e-Commerce Directive) – enable relevant third party traders to comply with EU consumer and marketing law*

58 Europäische Kommission, *Guidance on the Implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, oben Fn. 56, S. 126.

59 C. Cauffman, oben Fn. 8, S. 239.

60 S. e.g. Italienische Kartellbehörde, Beschluss vom 9. März 2016, Nr. 25911, *Amazon-Marketplace-Garanzia legale*, in *Bollettino*, Nr. 11/2016, S. 38.

61 S. e.g. Italienische Kartellbehörde, Beschluss vom 19. Dezember 2014, Nr. 25237, *Tripadvisor-False recensioni online*, in *Bollettino* Nr. 50/2014, S. 86. Vgl. Kammergericht Berlin, 8. April 2016, in *MultiMedia und Recht* 2016, S. 601.