

Information, Beratung und Vermittlung in der digitalen Welt

Leonie Adam, Hans-Wolfgang Micklitz

SVRV Working Paper Nr. 6

Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen

Dezember 2016

Berlin, Dezember 2016
ISSN 2365-919X

Herausgeber:

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen
beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 18 580-0
Fax: +49 (0) 30 18 580-9525
E-Mail: info@svr-verbraucherfragen.de
Internet: www.svr-verbraucherfragen.de

Diese Veröffentlichung ist im Internet abrufbar.
© SVRV 2016

Mitglieder des SVRV

Prof. Dr. Lucia Reisch (Vorsitzende)

Professorin für Interkulturelle Konsumforschung und europäische Verbraucherpolitik an der Copenhagen Business School

Dr. Daniela Büchel (stellv. Vorsitzende)

Mitglied der Geschäftsleitung REWE für die Bereiche Human Resources und Nachhaltigkeit

Prof. Dr. Gerd Gigerenzer

Direktor der Abteilung „Adaptives Verhalten und Kognition“ und des Harding-Zentrums für Risikokompetenz am Max-Planck-Institut für Bildungsforschung in Berlin

Helga Zander-Hayat

Leiterin des Bereichs Markt und Recht bei der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen

Prof. Dr. Gesche Joost

Professorin für das Fachgebiet Designforschung an der Universität der Künste und Internetbotschafterin der Bundesregierung im Gremium der „Digital Champions“ der EU

Prof. Dr. Hans-Wolfgang Micklitz

Professor für Wirtschaftsrecht am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz

Prof. Dr. Andreas Oehler

Professor für Finanzwirtschaft an der Universität Bamberg und Direktor der Forschungsstelle Verbraucherfinanzen und Verbraucherbildung

Prof. Dr. Kirsten Schlegel-Matthies

Professorin für Haushaltswissenschaft an der Universität Paderborn

Prof. Dr. Gert G. Wagner

Professor für Empirische Wirtschaftsforschung und Wirtschaftspolitik an der Technischen Universität Berlin, Vorstandsmitglied des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung und Max Planck Fellow am MPI für Bildungsforschung

Mitarbeitende des SVRV

Leiter der Geschäftsstelle: Thomas Fischer

Wissenschaftlicher Stab der Geschäftsstelle: Mathias Bug, Dr. Irina Domurath,
Dr. Christian Groß

Disclaimer

Die Working Papers decken Arbeiten ab, die im Arbeitszusammenhang des SVRV entstanden sind. Für die Inhalte tragen die jeweiligen Autorinnen und Autoren alleinige Verantwortung, sie spiegeln nicht unbedingt die Meinung des Rates wider.

Leonie Adam, European Law School, Humboldt-Universität Berlin
Univ.-Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, European University Institute, Florenz

Information, Beratung und Vermittlung in der digitalen Welt

Rechtsfragen in Finanzen, Gesundheit und Handel

November 2016

Übersicht	Seite
Problemstellung	4
A Finanzen	9
1 Recht und Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt	9
1.1 Information und Beratung im Bereich Finanzen	9
1.1.1 Kapitalanlage	9
1.1.2 Kredit	11
1.2 Individuelle privatrechtliche Rechtsdurchsetzung	12
1.2.1 Spannungsfeld von Aufsichtsrecht und Privatrecht	12
1.2.2 Kapitalanlage	13
2.2.3 Kreditvergabe	15
1.3 Kollektive Rechtsdurchsetzung	17
1.3.1 Das System der Kollektivklagen im deutschen Recht	17
1.3.2 Klagebefugte Einrichtungen	18
1.3.3 Gerichte	19
1.3.4 Behörden	20
1.3.5 Schieds- und Schlichtungsstellen	21
2 Neue Geschäftsmodelle	22
2.1 Robo-Advisor	22
2.2 Online-Direktbanken	23
2.3 Vergleichsportale	23
2.4 Auswirkungen auf Information und Beratung	24
3 Rechtlicher Rahmen und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt	24
3.1 Robo-Advisor	25
3.2 Online-Direktbanken	27
3.3 Vergleichs- und Vermittlungsportale	28
3.4 Mehr Information, weniger Beratung?	30
4 Fragen de lege ferenda	30
4.1 Haftung für unvollständige Informationen	30
4.2 Haftung für fehlerhafte Beratung	32
4.3 Neue Haftungsmodelle?	32
4.4 Integrierte Rechtsdurchsetzung	33
5 Fazit	33
B Gesundheit	34
1 Recht und Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt	34
1.1 Information und Beratung im Bereich Gesundheit	34
1.2 Individuelle privatrechtliche Rechtsdurchsetzung	38
2 Neue Geschäftsmodelle	39
2.1 Telemedizin	40
2.2 Bewertungsportale und Vermittlungsportale	42

2.3 Health Apps	48
2.4 Auswirkungen auf Information und Beratung	51
3 Rechtlicher Rahmen und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt	52
3.1 Telemedizin	52
3.2 Arztbewertungsportale	57
3.3 Health Apps	61
3.4 Mehr Information, weniger Beratung?	68
4 Fragen de lege ferenda	68
4.1 Telemedizin	69
4.2 Arztbewertungsportale	72
4.3 Health Apps	72
5 Fazit	75
C Handel	77
1 Neues Geschäftsmodell Online-Plattform	78
1.1 Einführung und grundlegende Struktur der Plattformen	78
1.2 Definition und Kategorisierung des Plattformbegriffs	80
2 Rechtlicher Rahmen und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt	87
2.1 Verhältnis Plattformbetreiber/Verbraucher	87
2.2 Verhältnis Plattformbetreiber/Anbieter	95
2.3 Verhältnis Anbieter/Verbraucher	97
2.4 Wiederkehrende Problemmuster	101
3 Fragen de lege ferenda	103
3.1 (De-)Regulierung und Legalisierung	104
3.2 Selbst- und Ko-Regulierung	104
3.3 Klassische Regulierung	105
4 Fazit	110
D Schlussfolgerungen	111
1 Verschiebung zwischen den Verbrauchern	111
2 Information und Vermittlung statt Beratung	113
3 Rechtsdurchsetzungsprobleme	114

Problemstellung

Information und Beratung bilden die Säulen des Verbraucherrechts. Nicht umsonst hat Präsident Kennedy 1962 das Recht auf Information als das erste der fünf Verbraucherrechte benannt. Für das Rechtssystem zieht diese Weichenstellung eine umfängliche Umorientierung nach sich. Die Informationsbeschaffungslast wird dem Verbraucher genommen. Stattdessen haben Staat und Unternehmen dem Verbraucher die für seine Entscheidung relevanten Informationen bereitzustellen. In dieser Perspektive erscheint das Zusammenspiel von Information und Beratung sequentiell, von der Information zur Beratung. Das Ziel bleibt immer identisch. Die vorherrschende Asymmetrie zwischen Verbraucher und Unternehmen soll ausgeglichen werden. Die einseitige und immer stärkere Ausrichtung auf die Information ist wachsender Kritik ausgesetzt, von Unternehmensseite, weil sie kostenträchtig und begrenzt nützlich ist, von Verbraucherseite, weil seinen Verarbeitungskapazitäten Grenzen gesetzt sind. Gleichwohl wird von keiner Seite die Notwendigkeit in Frage gestellt, dass dem Verbraucher Informationen bereitgestellt werden müssen.

Die Digitalisierung hat die Informationsverbreitung nahezu ins Unermessliche gesteigert. Sie hat die Möglichkeiten des Verbrauchers erheblich verbessert, sich über das Netz zu informieren, aufklären zu lassen, ja digitale Beratung nachzufragen. Gleichzeitig braucht der Verbraucher im Internet Anleitung, um sich im Informationsnetz zurechtzufinden. Hier kommt Vermittlung ins Spiel: Sie kann dabei helfen, wichtige von unwichtigen Informationen zu trennen. Die unendliche Masse von Online-Anbietern macht Vermittlung unerlässlich – sie hilft dem Online-Verbraucher, den ersten „information overload“ zu überwinden. Die Online-Vermittler stehen in engem Kontext zu den Leitbegriffen Information und Beratung: Als Vergleichs- und Bewertungsportale übernehmen sie eine Funktion der „Vorab-Information“ für den Verbraucher, und sind damit auch für seine „Auto-Beratung“ auf dem Weg durch das Internet relevant. Vermittlung ist ebenso ein Steuerungsinstrument, sie kann statt zu Informationszwecken auch zu reinen Werbezwecken eingesetzt werden. Aufgrund der entstehenden Interessenkonflikte gibt es bereits in der analogen Welt für Vermittler häufig Sonderregeln. Wer vermittelt, während sich die andere Partei in der schwächeren Informationsposition befindet, der übt eine besondere Einflussgewalt aus. Die Begriffe von Information, Beratung und Vermittlung werden im Internet auf eine neue Art verzahnt und sind deshalb nebeneinander zu analysieren.

Die hier im Vordergrund stehende Frage lautet: Wie wirkt sich die Digitalisierung auf Information, Beratung und Vermittlung in den Bereichen Finanzen, Gesundheit und Handel aus? Und schärfer noch, können die Chancen und Risiken mit Hilfe des existierenden Bestandes an Rechtsregeln bewältigt werden oder bedarf es neuer Regelungsansätze. Schafft die Digitalisierung – aus der Sicht des Verbrauchers – neue Risiken, die sich substantiell von der analogen Welt unterscheiden? Maßgeblich für die Beantwortung dieser Frage ist als erstes eine Analyse von rechtlichen Rahmenbedingungen und Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt. Erst danach lässt sich fragen: Was ist neu in der digitalen Welt?

Der rechtliche Rahmen für die analoge Finanz-Welt ist ausdifferenziert. „Information und Beratung“ bilden dennoch die vorherrschenden Begrifflichkeiten zum Schutz des Verbrauchers bzw. des Kunden. Die Begriffe Information und Beratung sollen Leitmotiv der Analyse sein. Der Verbraucher soll durch Information zum mündigen Vertragspartner des Unternehmers gemacht werden. Wird der Verbraucher zusätzlich vom Unternehmer beraten, bekommt er also nach Exploration und Aufklärung eine persönliche Empfehlung, so hat der Unternehmer sich an bestimmte Wohlverhaltensmaßstäbe zu halten, andernfalls macht er sich haftbar. Insofern ist die Information eine Vorstufe zur Beratung. Information wird schriftlich oder mündlich übermittelt, Beratung erfordert aufgrund der persönlichen Empfehlung durch den Berater in der Regel einen engeren kommunikativen Kontakt, zum Beispiel durch Gespräch per Telefon, vor Ort oder auch digital über Videochat. Mit dem Übergang von der Information zur Beratung steigen die Anforderungen an den Informationsgeber und den Berater, gleichzeitig erhöhen sich die Chancen des

Verbrauchers, den Unternehmer haftbar zu machen, wenn die Information nicht stimmt oder die Beratung unzureichend war. Auf zweiter Ebene wird die Vermittlung interessant. Wer vermittelt, der befindet sich im Spannungsverhältnis zwischen eigenen Interessen, Anreizen durch Anbieterseite, und den Interessen des zu vermittelnden Kunden. In der analogen Welt ist Vermittlung besonders für komplexere Produkte aus dem Finanzbereich relevant. Dort gibt es für Vermittler Sonderregelungen, beispielsweise für Kredit- und Versicherungsvermittler. Im Internet bekommt Vermittlung eine neue Qualität: Die Anbieter müssen den Verbraucher auf sich aufmerksam machen. Dieser sieht sich einer Fülle von Angeboten ausgesetzt. Vermittler können durch Werbung und Information den Verbraucher durch das Internet lenken. Nur wie lassen sich dabei die wichtigen von den unwichtigen Informationen trennen und wie die Information von der Werbung? Braucht es in der digitalen Welt neue Regelungen für Vermittlung, andere Anforderungen an Information und Beratung durch Vermittler? Erfordert das digitale Dreiecksverhältnis zwischen Vermittler, Anbieter und Verbraucher neue Maßstäbe im Hinblick auf Information und Beratung?

Rechtlich haben Information und Beratung zwei Facetten, eine eher öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche. Die marktliche Funktion im Interesse des Allgemeinwohls wird über das Aufsichtsrecht konkretisiert: Information und Beratung werden als Instrumente zur Marktregulierung gesehen – eine Durchsetzung erfolgt durch die Aufsichtsbehörden. Die privatrechtliche Funktion zielt auf einen Ausgleich zwischen zwei Vertragspartnern: Hierzu hält das Recht Informationspflichten und einen Rechtsrahmen für Beratungspflichten bereit. Die Rechtsdurchsetzung der privatrechtlichen Seite basiert auf der Überlegung, dass jede der Parteien die gewährten Rechte selbst verfolgen muss.

Auffällig ist, dass sich die Grenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht immer mehr verwischen. Die Gründe für diese Verschiebung sind vielfältig. Für den Kontext wesentlich ist die Verlagerung der Rechtssetzung auf die EU-Ebene. Der EU Gesetzgeber verfügt über keine Kompetenzen allgemeiner Natur zur Regelung des Privatrechts. Wenn überhaupt verfügt die EU über kontext-, sach- und sektorenspezifische Kompetenzen. Im europäischen Mehrebenen-System sind die Mitgliedstaaten die Adressaten der europäischen Gesetzgebung, nicht die Parteien des Vertrages. Diese Besonderheiten der europäischen Rechtsordnung schlagen sich in einem zunehmenden Verwischen der Grenzen zwischen Aufsichtsrecht und Vertragsrecht nieder. Auffällig sind die veränderten Aufgaben staatlicher Behörden, die mit der Aufsicht z.B. des Finanzmarktes betraut sind. Nach traditionellem deutschen Verständnis sind beide Bereiche getrennt voneinander, der BaFin obliegt die Kontrolle der Information und der Träger der Information und Beratung, soweit sie für die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes von Bedeutung sind. Sie kann und darf sich aber nicht in die Vertragsgestaltung einmischen. Das EU-Recht hat im Einklang mit den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten, den Aufsichtsbehörden die Aufgabe übertragen, sich neben dem Markt auch mit den spezifischen Interessen der Verbraucher zu befassen. Deshalb müssen deutsche Aufsichtsbehörden beobachten, ob und wie sich die Vertragsgestaltung auf die Funktionsfähigkeit des Marktes auswirkt.¹ Die Reichweite dieser Verschiebungen ist noch nicht ausgelotet. Immerhin ist es nicht Aufgabe einer Aufsichtsbehörde, sich um die Interessen einzelner Verbraucher zu kümmern. Es geht vorrangig um den Schutz der kollektiven Interessen.

Was wird in der digitalen Welt anders? Die Antwort auf diese Frage kann verschiedene Facetten annehmen. Einerseits lässt sie sich in einem ökonomischen Sinne geben: Hier ist abzustellen auf mögliche Veränderungen von Angebot und Nachfrage, von Anbieterverhalten der Unternehmen und Nachfrageverhalten der Verbraucher. Anschließend sind die rechtlichen Schlussfolgerungen zu analysieren: Ist der rechtliche Rahmen für die digitale Welt ebenso effizient (falls er es je war und ist) und passgenau wie für die analoge Welt? Doch damit nicht genug: Welche Fehlleistungen des analogen Rechts setzen sich in der digitalen Welt fort? Erfordert die Digitalisierung ein ‚neues‘ Recht? Verstärkt die Digitalisierung die Grenzverschiebung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht?

¹ Siehe dazu Micklitz, „The Transformation of Enforcement in European Private Law, Preliminary Considerations“, 23 European Review of Private Law (2015), 491-524.

Generell lässt sich konstatieren, dass Information und Beratung stärker zusammenwachsen, bzw. Beratung im klassischen Sinne verblasst und durch Informationen ersetzt wird. Informationen werden von den Unternehmen selbst und von digitalen Plattformen so aufbereitet, dass sie auf den Verbraucher wie eine Beratung wirken. Es kommt zu einer Art „Auto-Beratung“ durch den Verbraucher. Wird aus der digitalen Information de facto und de jure eine Beratung mit erhöhtem Haftungsrisiko für die Unternehmen und erhöhten Kompensationsmöglichkeiten für Verbraucher? Oder verhält es sich genau umgekehrt? Welche Parallelen zum beratungsfreien Geschäft gibt es? Stirbt die Beratung aus, weil sie notwendig persönlich sein muss? Dann stellt sich die alte Frage neu: haften Unternehmen (und Vermittler) für fehlerhafte, unvollständige Information? Welche Verantwortung kann und soll Online-Plattformen auferlegt werden? Gegenüber dem Kollektiv der Verbraucher haften sie sicherlich, insofern ist die Aufsichtsfunktion tangiert, aber haften sie auch gegenüber dem einzelnen Verbraucher? Kann er oder kann sie sich von einem Vertrag lösen, Korrekturen des Vertrages verlangen oder gar Schadensersatz? Muss es neue Gesetze geben, die etwaige digitale Rechtslücken füllen?

Zunächst ist jedoch der Inhalt der Begriffe Information, Beratung, Vermittlung und verwandter Begriffe zu klären. Aus der privatrechtlichen Perspektive ergibt sich folgende Möglichkeit der Differenzierung, die jedoch überwiegend aus dem EU-Recht herrührt und damit auch vom EU-Recht determiniert wird:

Information meint die generelle Unterrichtung über bestimmte Sachzusammenhänge. Informationspflichten finden sich in allen möglichen Bereichen des Zivilrechts, nicht nur im Bereich Finanzen, also bei Kapitalanlage (§31 WpHG) und Kreditvergabe (§§491a ff. BGB). Der Beauftragte ist gem. §666 BGB stets zur sog. „Auskunft“ verpflichtet, dies gilt auch im Bereich der BGB-Gesellschaft (§713 BGB für eine kollektive Auskunft, §716 BGB individuell für den einzelnen Gesellschafter). Der Arzt hat gegenüber seinem Patienten Informationspflichten nach §630c BGB; Unterrichtungspflichten gibt es im Bereich der Zahlungsdienste (§675d BGB). Auch im Versicherungsbereich gibt es Informationspflichten, siehe §7 Abs.1 VVG, §11 VersVermV. Eins ist allen diesen Informations- oder Auskunftspflichten gemeinsam: Sie dienen dazu, eine strukturell an Kenntnissen benachteiligte Partei besserzustellen. *Beratung* bedeutet die Abgabe einer persönlichen Empfehlung. Eine generelle Beratungspflicht findet sich im Finanzbereich nicht,² dafür aber im Versicherungsbereich, §6 Abs.1 jedenfalls für den Versicherer, nach § 61 Abs.1 VVG grundsätzlich auch für den Versicherungsvermittler. Ansonsten entstehen Beratungspflichten eher durch Vereinbarung – als Pflicht des Hauptvertrages oder durch Abschluss eines eigenständigen Beratungsvertrages. Die Korrelation zwischen dem Beratungsbedarf und dem Grad der Bedürftigkeit spiegelt sich im Rechtssystem. Bei Kapitalanlagen tendiert die Rechtsprechung dazu, stillschweigend geschlossene Beratungsverträge aus den Umständen des Falles zu konstruieren. Aber auch bei einfachen Werkverträgen wird häufig eine Beratungspflicht angenommen.³ Im Kreditbereich gibt es in der Regel keine Beratungspflichten⁴ und auch Kredit-Beratungsverträge unterliegen erhöhten Voraussetzungen.

Neben den eingeführten Begrifflichkeiten Information und Beratung finden sich verwandte Formulierungen, die teilweise entweder dem einen oder dem anderen Grundbegriff zugeordnet werden können. Häufig vernebeln sie die ohnehin umstrittene Unterscheidung zwischen Information und Beratung. *Aufklärung* spielt bei Kreditverträgen eine Rolle im vorvertraglichen Bereich – in bestimmten, von Vertrauenselementen geprägten Situationen, obliegen dem Unternehmer gegenüber dem Verbraucher besondere Aufklärungspflichten; bei Beratungsverträgen über Finanzdienstleistungen entspringen die Aufklärungspflichten

² siehe Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“; (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 225; mit Verweis auf entspr. Rechtsprechung.

³ Voit, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Edition Stand 1.2.2015, C.H. Beck Verlag, Rn. 49 zu §631.

⁴ Rohe, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Edition Stand 1.8.2016, Rn.80-89 zu §488 Rn. 80-89.

eher dem Beratungsvertrag selbst.⁵ Die Bedeutung des Begriffs der *Erläuterungen*, der von EU-Ebene herrührt und sich in §491a Abs.3 BGB wiederfindet,⁶ ist bislang ungeklärt. Zumeist werden Erläuterungen als ein Mehr gegenüber der Information, aber als ein Weniger gegenüber der Beratung eingeordnet.⁷ Während Information und Beratung den Verbraucher eher unterstützen sollen, wirkt eine *Explorationspflicht* eher passiv – der Unternehmer soll die Lage des Verbrauchers erkunden oder entdecken, um anschließend über die die Beratungs- und Informationsanforderungen entscheiden zu können.⁸ Ein weiterer eng verwandter Begriff sind die *Wohilverhaltenspflichten* aus §31 Abs.1 WpHG und die allgemeinen *Verhaltenspflichten* aus §31 Abs.2 WpHG – diese werden relevant hinsichtlich der Art der Bereitstellung von Information und Beratung.

Der Begriff der *Vermittlung* findet sich auf aufsichtsrechtlicher Ebene in der Gewerbeordnung, §§34c ff. GewO. Hier gibt es besondere Vorschriften für Grundstücksmakler, Versicherungsvermittler, Finanzanlagenvermittler etc. Auf privatrechtlicher Seite finden sich im BGB auch einige Vorschriften zur Vermittlung: Klassisches Beispiel ist der Maklervertrag nach §§652ff. BGB. In §655a BGB wird der Darlehensvermittlungsvertrag thematisiert. Diese spärlichen Vorschriften zur Vermittlung können nicht Anhaltspunkt für die Analyse von Vermittlung im Internet de lege lata sein. Hier sind auf Vermittler bisher die gleichen unionsrechtlichen Verbraucherschutzregeln wie auf normale Anbieter anzuwenden. Die Frage muss daher eher sein, ob de lege ferenda die für die analoge Welt geltenden Vermittlerregelungen auch auf Internet-Vermittler, sprich Online-Plattformen, ausgedehnt werden müssten.

Ausgangspunkt für die folgende Analyse soll der Bereich Finanzen in einem Teil A sein. Der Teil A zu Finanzen kann als Stützpunkt dienen, zumal das Begriffspaar Information und Beratung ihm entspringt. Es wird klassisch aufgespalten in die Geldbeschaffung qua Kredit und die Geldanlage qua Investition. Den Finanzen werden die Bereiche Gesundheit und Handel in einem Teil B und einem Teil C gegenübergestellt. Das Problem der Vermittlung wird in den Teilen A und B kurz angerissen. Teil C zum Bereich Handel soll ausschließlich diesem Problem gewidmet werden, zumal Information und Beratung in der analogen Welt in Bezug auf den Handel haftungsrechtlich eine eher untergeordnete Position einnehmen. Teil C dient dazu, das Problem der Vermittlung aufzufangen und sich eingehender mit den Online-Plattformen zu beschäftigen. So können im Ergebnis zwei große Entwicklungen nachgezeichnet werden: Einerseits die Veränderung von Information und Beratung online, besonders im Bereich Finanzen und Gesundheit und andererseits die damit eng verzahnte Vermittlungskultur, die alle drei Bereiche durchdringt. Teil D formuliert übergreifende Schlussfolgerungen.

Einleitend ist jeweils auf den rechtlichen Rahmen und die Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt einzugehen. Es folgen Erläuterungen zu bestimmten marktlichen Veränderungen in der digitalen Welt. Dies führt zu einer Prüfung der Funktionsfähigkeit von analogem Recht und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt. Zuletzt werden Fragen de lege ferenda entwickelt.

Die Analyse legt den Verbraucher als Rechtssubjekt zugrunde, der Information und Beratung in Anspruch nimmt und sich mit den Folgen unvollständiger oder fehlerhafter Information und Beratung auseinandersetzen muss. Deshalb steht das Vertragsrecht im Vordergrund. Aus dem umfangreichen Aufsichtsrecht werden nur die Regeln herausgegriffen, die sich auf die

⁵ siehe Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“; (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 226.

⁶ siehe zum Beispiel Art. 5 Abs. 6 der Verbraucherkreditrichtlinie: O.J. 2008, L 133/66. Richtlinie 2008/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

⁷ Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“; (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 226; auch Metz, „Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten“ (2012) Neue Juristische Wochenschrift, 1990-1996.

⁸ Rothenhöfer, Kapitalmarktrechtskommentar, Schwark/Zimmer (Hrsg.), 4. Auflage 2010, C.H. Beck Verlag, Rn. 231 zu §31 WpHG.

Vertragsbeziehungen auswirken und die tendenziell auch eine vertragliche Bedeutung erlangen können.

Wiewohl der Focus der Analyse auf dem deutschen Recht liegt, kann jedoch nicht deutlich genug betont werden, dass die einschlägigen deutschen Regeln nicht nur aus Spezialgesetzen oder aus dem BGB, sondern aus EU-Richtlinien und EU-Verordnungen herrühren. Die Konsequenzen sind weitreichend. Der EuGH und nicht die deutschen Gerichte hält die Auslegungshoheit über die verwandten Begrifflichkeiten in den Händen.

A Finanzen

Für den Bereich Finanzen ist einerseits eine durch das Europarecht bedingte besondere Verschiebung von öffentlichem Recht und Privatrecht symptomatisch. Zu dieser Verschiebung treten digitale Geschäftsmodelle, die die Grenzen zwischen Information und Beratung verschieben. Besonders im Bereich Finanzen ist ein Rückgang der persönlichen Beratungsleistung bemerkbar – und eine Zunahme an „Auto-Beratung“ durch den Verbraucher, durch die Eigenbeschaffung von Informationen.

1 Recht und Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt

Je nach Vertragsgegenstand ergeben sich unterschiedliche gesetzliche Vorgaben sowohl aus dem Aufsichtsrecht, als auch dem Privatrecht. Ihre Durchsetzung ist entweder individuell mittels des Vertragsrechts oder auch kollektiv durch Klagebündelung bzw. mittels Aufsichtsrecht und die jeweils verantwortlichen Institutionen möglich.

1.1 Information und Beratung im Bereich Finanzen

Informationspflichten finden sich sowohl im Aufsichts- als auch im Privatrecht. Im später folgenden Abschnitt der Rechtsdurchsetzung wird diese Unterscheidung bzw. die Verschränkung der beiden Rechtsgebiete relevant.

Sowohl im Bereich der Kapitalanlage, als auch im Bereich der Kreditvergabe erweisen sich die Informationspflichten als komplex. Eine Vielzahl von verschiedenen Hinweisen muss gegeben werden – sei es bzgl. des Produktes, bzgl. der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten oder im Hinblick auf den Vertragspartner. Unternehmen müssen aufpassen, dass sie die richtigen Informationen zur Verfügung stellen und nichts vergessen. Im Kontrast dazu steht das altbekannte Problem des Information Overload: Wird der Verbraucher die bereitgestellten Informationen überhaupt nutzen? Dass auch der Gesetzgeber dieses Problem erkannt hat, steht seit der Einführung des „Beipackzettels“ für ein Finanzprodukt gem. §31 Abs.3a WpHG fest. Schon eine Betrachtung der aktuellen Rechtslage, unter Außerachtlassung der später hinzuzufügenden digitalen Komponente, wirft Probleme auf.

1.1.1 Kapitalanlage

Gemäß §31 WpHG haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen gegenüber ihren Kunden bestimmte Verhaltenspflichten. §31 WpHG dient der Umsetzung der sog. MiFID I-Richtlinie.⁹ Die zwischenzeitlich verabschiedete MiFID II-Richtlinie,¹⁰ ergänzt um MIFIR¹¹ und die PRIIP Verordnung¹² haben den Kranz der Pflichten erweitert und präzisiert. Beide Regelungen werden im Finanzmarktnovellierungsgesetz umgesetzt, das nach Verschiebung der Anwendbarkeit durch die Kommission wohl erst 2018 stehen wird. §31 WpHG formuliert Informations- und Explorationspflichten, aber auch Beratungspflichten von Kunden. Das WpHG richtet sich nicht an Verbraucher, sondern an „Kunden“ – zu denen auch die professionellen Anleger gehören. Die rechtliche Verortung des Pflichtenkanons ist umstritten. Die Entscheidung des EuGH in *Bankinter*¹³ deutet auf eine sowohl als auch Qualifizierung hin. Doch steht eine endgültige Klärung aus. Bedeutsamer ist Art. 11 PRIIP-Verordnung, der

⁹ O.J. 2004, L 145. Richtlinie 2004/39/EG des europäischen Parlament und des Rates vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates; Umsetzung: BGBl. I 2007, 1338.

¹⁰ O.J. 2014, L 173. Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU.

¹¹ O.J. 2014, L 173. Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012.

¹² O.J. 2014 L 352. Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP).

¹³ Rs. C-604/11, Genil v. Bankinter, EU:C:2013:344; Grundmann „The Bankinter Case on MIFID Regulation and Contract Law“ 9(3) European Review of Contract Law (2013), 267–280.

eine Haftung für fehlerhafte und irreführende Basisinformationsblätter statuiert. Die Beweislast wird auf Pflichtverletzungsebene umgekehrt, den kausalen Schaden muss der Anleger nachweisen. Das 1. FiMaNoG hat § 31 WpHG nicht geändert. Die PRIIPS-Verordnung gilt als unmittelbar anwendbares Recht gleichwohl (ab 31.12.16).

§31 Abs. 1 WpHG definiert eine generelle Wohlverhaltenspflicht des Finanzdienstleistungsunternehmens gegenüber dem Kunden. Laut §31 Abs. 3 WpHG ist das Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichtet, den Kunden ordnungsgemäß zu informieren. Die Information dient dazu, den Kunden in die Lage zu versetzen, Art und Risiko eines Wertpapiers zu verstehen. Zu informieren ist über das Wertpapierdienstleistungsunternehmen und seine Dienstleistungen, die Arten der vorgeschlagenen Finanzinstrumente und Anlagestrategien sowie die damit verbundenen Risiken, Ausführungsplätze und Kosten und Nebenkosten. Neben diesen ausführlichen Informationen ist dem Kunden gem. §31 Abs. 3a WpHG ein kurzes Informationsblatt zur Verfügung zu stellen. Dieses soll ihn in die Lage versetzen, die wichtigsten Informationen noch einmal leicht und verständlich auf einen Blick abrufen zu können. An dessen Stelle tritt nun die PRIIP Verordnung. §31 Abs. 4 WpHG definiert eine Explorationspflicht in Bezug auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung betreiben. Nur wer seiner Explorationspflicht nachgekommen ist, darf den Kunden anschließend auch beraten. §31 Abs. 8 WpHG formuliert eine Berichtspflicht bezüglich der ausgeführten Geschäfte oder der Finanzportfolioverwaltung.

Im Hinblick auf die Beratung gelten unterschiedliche Anforderungen. Handelt es sich um Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung, so dürfen nur nach der Exploration und Aufklärung „geeignete“ Empfehlungen abgegeben werden. Die Verhaltenspflichten und Informationspflichten sind in §31 Abs. 4b-4d WpHG niedergelegt. Handelt es sich nicht um Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung nach §31 Abs. 4 WpHG, gelten verminderte Anforderungen, §31 Abs. 5 WpHG.

Nach §34 Abs. 2a WpHG muss über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll angefertigt werden, das der Anlageberater unterzeichnen und dem Kunden aushändigen muss. Diese Regelung geht über das EU-Recht hinaus. Sie ist nach langen und ausführlichen Diskussionen eingeführt worden. Ihre Abschaffung stand unmittelbar bevor, ist aber jetzt verschoben worden. Sind und Zweck des §34 Abs. 2a WpHG ist der Schutz des Anlegers, der vor der Durchführung des Wertpapiergeschäfts noch ein mal das Protokoll lesen können soll, um eine durchdachte Entscheidung treffen zu können.¹⁴ Es wird kritisiert, dass die Banken das Protokoll schlussendlich selber nutzen werden, um sich beweislich abzusichern, und dass es damit gar nicht dem Anlegerschutz dient.¹⁵ Außerdem haben Studien zum Beratungsprotokoll gezeigt, dass die meisten Protokolle aus „Textbausteinen und Standardantworten“¹⁶ bestehen, die eigentliche Beratung also nicht wirklich aufgezeichnet wird. Tatsächlich sollten Anlass, Dauer und Gegenstand der Anlageberatung, wie auch wesentliche Kundeninformationen- und Wünsche und die konkrete Anlageempfehlung aufgenommen werden. Die heftige Kritik an dem Mehrwert der Dokumentationspflichten hat im Kleinanlegerschutzgesetz zu einer Novellierung geführt, die aber nicht wirklich zu einer Beseitigung der Defizite beiträgt.

§31 Abs. 7 WpHG enthält Regeln für Finanzdienstleistungen ohne Erkundigungspflichten. Diese werden als „reine Ausführungsgeschäfte“ oder als „execution only“-Geschäfte bezeichnet.¹⁷ Besonderheit ist, dass die Pflichten nach §31 Abs. 5 WpHG wegfallen – damit gibt es keine Erkundigungspflicht und auch keine Angemessenheitsprüfung. Allerdings gelten die reinen Informationspflichten aus §31 Abs. 1-3 WpHG weiter und auch die

¹⁴ siehe Voß, Kommentar zum WpHG, Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), C.H. Beck Verlag 2015, Rn. 14 zu §34 WpHG.

¹⁵ Siehe z.B. Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, Carl Heymanns Verlag, Rn. 3 zu §34.

¹⁶ Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, Carl Heymanns Verlag, Rn. 3 zu §34.

¹⁷ Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, Carl Heymanns Verlag, Rn. 394 zu §31.

Berichtspflicht nach §31 Abs. 8 WpHG gilt.¹⁸ Es handelt sich um ein beratungsfreies Geschäft.¹⁹ Ein „execution-only“-Geschäft findet zum Beispiel über Direktbanken statt: Hier beauftragt der Kunde die Bank bloß noch mit der Durchführung des Anlagegeschäftes.

1.1.2 Kredit

§18 Abs. 2 KWG schreibt vor Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages eine Kreditwürdigkeitsprüfung durch das Kreditinstitut oder das Finanzdienstleistungsinstitut vor. Hier handelt es sich um eine Umsetzung von Art. 8 Verbraucherkreditrichtlinie.²⁰ Die Ausgangssituation ist mit der Umsetzung der MiFID vergleichbar. Art. 8 lässt sich weder dem Aufsichtsrecht noch dem Privatrecht zuordnen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich wie bei den Wohlverhaltenspflichten auch für eine aufsichtsrechtliche Lösung entscheiden. Das ist zumindest angreifbar.

Privatrechtliche Informationspflichten folgen aus den §§491a-493 BGB,²¹ die ebenfalls der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie²² ins deutsche Recht dienen. §491a Abs. 1 BGB verweist auf Art. 247 EGBGB. Dort finden sich verschiedenste Arten von Informationen, die der Darlehensgeber/Unternehmer dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen hat. In §492 Abs. 2 BGB ist die Pflicht des Kreditgebers statuiert, bestimmte Informationen im Vertragsinhalt selbst anzugeben sind – Art. 247 EGBGB, §§6 bis 13. Schließlich schreibt §493 Abs. 3 BGB vor, welche Informationen während der Laufzeit des Vertragsverhältnisses gegeben werden müssen.

§491a Abs. 3 BGB statuiert die bereits erwähnte Erläuterungspflicht. Was unter einer Erläuterung zu verstehen ist, ist bis heute nicht abschließend geklärt. Man geht in der Regel davon aus, dass Erläuterungen zwischen den Begriffen Information und Beratung zu definieren sind: Erläuterungen seien mehr als allgemeine Informationen, aber weniger als persönliche Empfehlungen – also möglicherweise individuell auf den Verbraucher zugeschnittene Informationen.²³ Angedacht wird, die Erläuterungspflicht als Beratungspflicht einzuordnen.²⁴ Unklar ist, wie Erläuterungspflichten umzusetzen sind. Die Literatur hält kaum Hilfen bereit. Teilweise werden lediglich Standardinformationen wiederholt, teilweise tauche der Begriff der Erläuterung gar nicht auf; in anderen Fällen werde auf eine Telefonnummer im Falle des Bedarfs weiterer Erläuterungen verwiesen.²⁵

Zukünftig werden die Vorschriften zur Umsetzung der „Hypothekarkredit-Richtlinie“,²⁶ hinzukommen. Dort finden sich Regelungen zu Wohlverhaltensvorschriften (Art. 7), Standardinformationen bei Werbung (Art. 11), allgemeine Informationen (Art. 13), vorvertragliche Informationen (Art. 14), Informationspflichten für Kreditvermittler (Art. 15), eine Erläuterungspflicht (Art. 16), sowie die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung (Art. 18). Insbesondere letztere Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung ist Antwort auf die Risiken, die sich für private Hauseigner im Nachgang zu Lehman Brothers und der Euro-Krise zeigten. In Art. 22 werden Standards für Beratungsdienstleistungen eingeführt (und eine Pflicht zur Information darüber in Art. 22 Abs.1). Die bekannten Probleme der zutreffenden Verortung

¹⁸ Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, Carl Heymanns Verlag, Rn. 398 zu §31.

¹⁹ vgl. auch Buck-Heeb, *Kapitalmarktrecht*, 8. Auflage (C.F. Müller Verlag 2016), Rn. 735.

²⁰ Richtlinie 2008/48/EG; BGBl I 2009, S.2385.

²¹ Schürnbrand, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 12-13 zur Vorbemerkung vor §491, und zur Richtlinie Rn.19ff.

²² BGBl. I 2009, 2359-2360.

²³ vgl. dazu Metz, „Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten“ (2012) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990-1996, 1993; Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 221-236, 225.

²⁴ Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 221-236, 225.

²⁵ siehe Metz, „Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten“ (2012) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990-1996, 1994.

²⁶ O.J. 2014, L 60. Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

entweder im Aufsichtsrecht oder im Privatrecht setzen sich fort, auch die Hypothekarkreditrichtlinie wird teilweise im BGB, aber auch in der GewO und im KWG umgesetzt.²⁷ Ohne eine Klarstellung durch den EuGH scheint es kaum möglich zu sein, den Wohlverhaltenspflichten privatrechtliche Bedeutung zuzumessen.

1.2 Individuelle privatrechtliche Rechtsdurchsetzung

Die individuelle Rechtsdurchsetzung in Bezug auf den erläuterten Pflichtenkanon im Kapitalanlage- und Kreditbereich ist nicht identisch.

1.2.1 Spannungsfeld von Aufsichtsrecht und Privatrecht

Die Herkunft der Begriffe Information und Beratung sowohl aus dem Aufsichtsrecht als auch aus dem Privatrecht führt zu Problemen. Das Aufsichtsrecht gehört grundsätzlich zum öffentlichen Recht. Es regelt die staatliche Aufsicht über das Verhalten von bestimmten Akteuren, zum Beispiel Banken, auf Märkten, die regulierungsbedürftig sind. Das Privatrecht befasst sich mit dem Ausgleich von Interessenkonflikten zwischen individuellen Akteuren. Während das Aufsichtsrecht bspw. der BaFin Instrumente zur Rechtsdurchsetzung im Interesse des Allgemeinwohls an die Hand gibt, behandelt das Privatrecht nicht das kollektive, sondern das individuelle Interesse. Kollektiven Formen der individuellen Rechtsdurchsetzung, etwa im Wege von Musterklagen oder Gruppenklagen kommt neben der privaten auch eine öffentliche Funktion zu.

Die Literatur diskutiert die privatrechtliche Wirkung aufsichtsrechtlicher Vorschriften.²⁸ Soweit eine privatrechtliche Schutzwirkung des Aufsichtsrechts zu bejahen ist, präsentieren sich aufsichtsrechtliche Vorschriften gleichzeitig als Vertragspflichten für den anbietenden Unternehmer. Im Falle der Umsetzung von EU-Recht kommt dem EuGH das letzte Wort zu. Selbst wenn der deutsche Gesetzgeber Vorschriften der Richtlinie dem Aufsichtsrecht zuordnet, was im Kapitalanlage- und im Kreditrecht bekanntlich der Fall ist, kann der EuGH eine andere Entscheidung fällen. Die traditionelle Abgrenzung von Aufsichtsrecht und Privatrecht könnte sich auflösen bzw. sie ist bereits im Auflösen begriffen. Die Rechtsentwicklung um die Begriffe Information und Beratung herum ist dafür nachgerade paradigmatisch.

Die Konsequenzen lassen sich im Kapitalanlagerecht aufzeigen. Angedacht wird, die Verhaltenspflichten aus §31 WpHG als Schutzpflichten oder Schutzgesetze zugunsten des Verbrauchers im Sinne von §823 Abs. 2 BGB einzustufen. Im Falle ihrer Verletzung ergäbe sich ein Schadensersatzanspruch direkt aus §823 Abs. 2 BGB. Diese Sichtweise wird von der deutschen Rechtsprechung abgelehnt²⁹ und in der Literatur³⁰ kontrovers beurteilt. Sogar eine Ausstrahlungswirkung der entsprechenden Vorschriften wird von der Rechtsprechung verneint.³¹ Aus unionsrechtlicher Perspektive sehen die Dinge anders aus. Die §§31ff. WpHG beruhen auf der Umsetzung der MiFID I-Richtlinie.³² In seiner *BankInter*-Entscheidung³³ zur MiFID I geht der EuGH erstmals auf mögliche vertragsrechtliche Auswirkungen der MiFID – und damit der WpHG-Vorschriften ein. Eine Ausstrahlungswirkung lässt sich kaum mehr abstreiten,³⁴ wiewohl der EuGH jedenfalls

²⁷ Siehe Art. 1, 10, 12 des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11.3.2016, BGBl. I 2016, 396.

²⁸ siehe Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“; (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 223; grundsätzlich Forschner, *Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht* (Mohr Siebeck, 2013).

²⁹ BGH, Urteil vom 17. 9. 2013 – XI ZR 332/12, Rn. 20 zu §31d WpHG, - juris.

³⁰ für eine Übersicht siehe Voß, Kommentar zum WpHG, Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), C.H. Beck Verlag 2015, Rn. 32 zu §31 WpHG.

³¹ BGH, Urteil 17. 9. 2013 – XI ZR 332/12, NZG 2013, 1226, Rn. 20 zu §31d WpHG, - juris.

³² RL 2004/39/EG.

³³ EuGH Urteil vom 30.5.2013, Rs. C-604/11, Rn. 56-58.

³⁴ vgl. Grundmann „The Bankinter Case on MIFID Regulation and Contract Law“ 9(3) European Review of Contract Law (2013), 267–280, 268.

rhetorisch an der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten festhält.³⁵ MiFID II hat zwar den Druck auf die Mitgliedstaaten erhöht, für adäquate Durchsetzungsformen zu sorgen. Doch auch Art. 69 MiFID II fehlt es an der notwendigen Klarheit. Eine Verquickung von öffentlichem Recht und Privatrecht könnte dem Verbraucher zur Durchsetzung seiner Rechte zugutekommen.

Auch was die Dokumentationspflicht der Anlageberater, sprich das Beratungsprotokoll aus §34 Abs. 2a WpHG betrifft, wird eine zivilrechtliche Wirkung diskutiert.³⁶ Insbesondere in den Vorschriften zum Beratungsprotokoll ist in §34 Abs.2a S.4 WpHG ein spezielles Rücktrittsrecht für den Kunden vorgesehen, wenn das Beratungsprotokoll sich als unrichtig oder unvollständig herausstellt. Jedenfalls diese Vorschrift ist rein privatrechtlicher Natur – hat aber kaum „praktische Bedeutung“.³⁷ Die Einordnung der Dokumentationspflicht selbst als Vorschrift mit privatrechtlicher Wirkung oder zumindest als Schutzgesetz bleibt weiterhin umstritten.³⁸

In Bezug auf §18 Abs.2 KWG stellt sich die gleiche Frage. In Entsprechung zu §31 WpHG lehnt die Literatur überwiegend sowohl den Schutzpflichtcharakter als auch eine Ausstrahlungswirkung ab.³⁹ Nach der Entscheidung des EuGH *Consumer Finance* vom Dezember 2014 ist der Streit neu entfacht.⁴⁰ Wiewohl der EuGH zur rechtlichen Qualifikation des Art. 8 der Richtlinie 2008/48 nicht direkt Stellung bezieht, lässt sich angesichts der rein privatrechtlichen Fallgestaltung mit guten Gründen für eine jedenfalls auch vertragsrechtliche Wirkung streiten. Die bisherige Rechtsprechung des BGH bedarf der Korrektur.⁴¹ Bis zur endgültigen Klärung verbleibt die Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung bei der BaFin, ohne dass allerdings klar wäre, was genau die BaFin unternimmt oder unternehmen kann, um die Vorgaben des EuGH – die Beweislast für die Durchführung einer ordnungsgemäßen Kreditwürdigkeitsprüfung liegt beim Kreditgeber – umsetzen zu können.

1.2.2 Kapitalanlage

Ohne die Zuhilfenahme der aufsichtsrechtlichen Vorschriften muss eine individuelle Durchsetzung von Informations- und Beratungspflichten in Bezug auf Kapitalanlagen auf anderem Wege erfolgen. Eine anerkannte Möglichkeit ist die Haftung gem. §§311 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB aus einem selbstständigen Beratungsvertrag zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Kunden. Dieser soll zeitlich vor dem Folgegeschäft (z.B. Aktienkauf) zustande kommen.⁴² Ein konkludentes Zustandekommen eines solchen Beratungsvertrages wird von der Rechtsprechung relativ schnell angenommen.⁴³ Das gilt

³⁵ Rs. C-604/11, *Genil v. Bankinter*, EU:C:2013:344, Rn. 57 und Tenor.

³⁶ zum Beispiel Freitag, „Die Verteilung der Beweislast für Fehler in der Anlageberatung de lege lata und de lege ferenda – Gedanken zur privatrechtlichen Bedeutung von Beratungsprotokoll und Geeignetheitserklärung“, (2016) Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 1-10.

³⁷ Möllers, *Kölner Kommentar zum WpHG*, 2. Aufl. 2014, Carl Heymanns Verlag, Rn. 141 zu §34.

³⁸ Möllers, *Kölner Kommentar zum WpHG*, 2. Aufl. 2014, Carl Heymanns Verlag, Rn. 139f. zu §34 und insb. Fn. 233.

³⁹ Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 223ff. mit weiteren Nachweisen in Fn. 54.

⁴⁰ Rs. C-449/13, *CA Consumer Finance v. Ingrid Bakkaus und andere*, EU:C:2014:2464; sowie Buck-Heeb, „Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Kreditverträgen – Verschärfungen durch die EuGH-Rechtsprechung und die Wohnimmobilien-Kreditrichtlinie“ (2015) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 177-186, 181ff; Rott, „Verbraucherrecht: Vorvertragliche Informationspflichten – Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherkreditverträgen“, (2015) Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 192-193.

⁴¹ ein erster Ansatz womöglich BGH, Urteil vom 3.6.2014 - XI ZR 147/12, Rn. 36f., juris, siehe dazu Voß, *Kommentar zum WpHG*, Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), C.H. Beck Verlag 2015, Rn. 40 zu §31 WpHG.

⁴² Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 226.

⁴³ vgl. auch Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 228 mit weiteren Nachweisen in Fn. 145; Fischer, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 40. Edition Stand 1.8.2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 84 zu §675; dies anerkennend,

allerdings nicht für Execution-only-Dienstleistungen, soweit die Bank ausdrücklich als Discount-Brokerin handelt.⁴⁴ Aus dem konkludent geschlossenen Vertrag haftet die Bank für eine „Falschberatung“. Zu beachten ist, dass die Haftung aus einem Beratungsvertrag in der Praxis für den Verbraucher meist schwer durchzusetzen ist. Die Annahme eines Beratungsvertrages ist nur der erste Schritt. Anschließend muss eine Pflichtverletzung bewiesen werden. Der Anleger muss vortragen, dass eine Falschberatung erfolgt ist. Weil dies in der Praxis aufgrund des zu erbringenden Negativbeweises schwierig ist, genügt der Rechtsprechung eine schlüssige Darstellung. Erst auf das substantiierte Bestreiten der Darstellung durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist der Anleger gehalten, seine Ausführungen zu präzisieren. Dabei können theoretisch die Beratungsprotokolle (Pflicht zur Aufzeichnung der Beratung aus §34 Abs. 2a WpHG) helfen, auch wenn sie in der Praxis eher eingesetzt werden, um die Bank von der Haftung frei zu zeichnen. Das Beratungsprotokoll wird von den Gerichten zur Überprüfung der Darstellungen der Parteien verwendet. Es würde dem Anleger helfen, wenn dem Beweisprotokoll ein höherer Wert beigemessen würde: Es bietet sich zum Beispiel an, im Falle eines Schweigens des Beratungsprotokolls zu vermuten, dass über das entsprechende Risiko auch nicht aufgeklärt worden ist.⁴⁵ Ein ähnlicher Mechanismus findet sich im Arztrecht,⁴⁶ aber auch im Versicherungsrecht.⁴⁷ Der Versicherungsvermittler hat nach §§61, 62 VVG bei der Beratung bestimmte Dokumentationspflichten zu beachten. Deren Nichtbeachtung kann nach der Rechtsprechung des BGH zu Beweiserleichterungen bis zu einer Beweislastumkehr führen.⁴⁸ Dies entspricht jedoch heute nicht der überwiegenden Meinung, die das Beratungsprotokoll nur in die allgemeine Beweiswürdigung einfließen lässt.

Im Hinblick auf ein mögliches Verschulden hilft die gesetzliche Beweislastumkehr des §280 Abs. 1 S. 2 BGB. Sodann muss der Verbraucher den Nachweis erbringen, dass er einen Schaden erlitten hat⁴⁹ und dass der Schaden gerade durch die Falschberatung seitens des Finanzdienstleistungsunternehmens eingetreten ist. Spätestens an der Kausalität scheitern die meisten Schadensersatzansprüche in der Praxis. Hier würde nur eine Beweislastumkehr helfen, wie sie in vielen Staaten existiert.⁵⁰ Die Möglichkeiten des Kunden, gegenüber dem Finanzdienstleistungsunternehmen im Wege des Schadensersatzes die Einhaltung der Verhaltenspflichten durchzusetzen, bleiben begrenzt.

Im Zusammenhang mit der Finanzkrise, im Zuge derer zur Sicherstellung der Bankenhaftung vielfach solche Beratungsverträge angenommen wurden, wurde vertreten, den Banken Aufklärungspflichten im Sinne von §241 Abs. 2 BGB aufzuerlegen, um von der dogmatisch

aber Befürworter einer anderen Lösung: Krüger, „Aufklärung und Beratung bei Kapitalanlagen - Nebenpflicht statt Beratungsvertrag“ (2013) Neue Juristische Wochenschrift, 1845-1850; Beispiele aus der Rechtsprechung: OLG München, Urteil vom 27. November 2012 – 5 U 1345/12, Rn. 25, - juris; OLG Frankfurt, Teilurteil vom 19. Juni 2013 – 17 U 103/12, Rn. 51, - juris.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 19. März 2013 – XI ZR 431/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01. September 2014 – I-9 U 46/13, 9 U 46/13 schließt sich an.

⁴⁵ so Freitag, „Die Verteilung der Beweislast für Fehler in der Anlageberatung de lege lata und de lege ferenda – Gedanken zur privatrechtlichen Bedeutung von Beratungsprotokoll und Geeignetheitserklärung“, (2016) Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 1-10.

⁴⁶ siehe dazu unten Teil B Gesundheit.

⁴⁷ verweisend auf diese beiden Rechtsgebiete ebenfalls Freitag, „Die Verteilung der Beweislast für Fehler in der Anlageberatung de lege lata und de lege ferenda – Gedanken zur privatrechtlichen Bedeutung von Beratungsprotokoll und Geeignetheitserklärung“, (2016) Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 1-10, 8-9.

⁴⁸ siehe Freitag, „Die Verteilung der Beweislast für Fehler in der Anlageberatung de lege lata und de lege ferenda – Gedanken zur privatrechtlichen Bedeutung von Beratungsprotokoll und Geeignetheitserklärung“, (2016) Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 1-10, 9 mit weiteren Nachweisen in Fn. 89.

⁴⁹ So jedenfalls seit der Entscheidung BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 320/04.

⁵⁰ Keßler/Micklitz, *Anlegerschutz in Deutschland, Schweiz, Großbritannien, USA und der Europäischen Gemeinschaft*, Band 15 der VIEW Schriftenreihe (Nomos Verlag, 2004).

künstlichen Figur des konkludenten oder gar stillschweigenden Beratungsvertrages und ihrer Herleitung abzukommen.⁵¹ Die Rechtsprechung ist dem allerdings nicht gefolgt.

Festzuhalten ist: Finanzdienstleistungsunternehmen haben bestimmte Verhaltenspflichten. Sie werden dahingehend von der BaFin überwacht. Nötigenfalls nimmt die Rechtsprechung das Vorliegen eines Beratungsvertrages an, um einen Schadensersatz für den Kunden zumindest zu ermöglichen.

2.2.3 Kreditvergabe

Die Ausgangssituation im Bereich der Kreditvergabe ist im Prinzip identisch, jedoch ergibt sich eine Verschiebung insofern, als neben die aufsichtsrechtlichen Vorgaben die im BGB verankerten Informationspflichten treten. Überspitzt formuliert lässt sich sagen, dass im Kreditrecht, jedenfalls soweit es um den Verbraucher geht, die privatrechtliche Seite möglicher Rechtsdurchsetzungsansprüche dominiert.

Gem. §494 Abs.1 BGB ist der Verbraucherdarlehensvertrag nichtig, wenn die Informationen aus Art. 247 §§6, 10-13 EGBG fehlen. Im analogen Bereich kann der Verbraucher diese Vorschriften zu seinem Vorteil relativ einfach durchsetzen: Er wird in der Regel unvollständige Standardinformationsblätter erhalten haben und kann diese zum Beweis vorlegen. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit reicht jedoch nicht sehr weit. Gemäß §494 Abs. 2 BGB wird der Verbraucherdarlehensvertrag, auch wenn sich die Zinssatzkonditionen verändern können, jedenfalls mit Inempfangnahme des Kreditbetrages gültig. In der Regel wird es zur Auszahlung des Darlehens kommen, sodass der Vertrag „doch nicht“ nichtig wird. Spezifische Sanktionen bei Informationsmängeln folgen aus §494 Abs. 3, 4 und 6 BGB. Bei zu niedriger Angabe des effektiven Jahreszinses verringert sich z.B. der Sollzinssatz, nicht angegebene Kosten werden nicht geschuldet, und es gibt ein Sonderkündigungsrecht für den Fall des Fehlens von Angaben zur Laufzeit oder zum Kündigungsrecht. In der Praxis hat dieser Mechanismus nur begrenzt Bedeutung erlangt.⁵² In §494 Abs. 7 BGB findet sich wiederum ein Informationsanspruch des Verbrauchers für den Fall von Vertragsänderungen.

Die (vor-)vertraglichen Informationspflichten aus §§491a Abs.1, 493 BGB können als vertragliche Pflichten eingestuft werden, deren Verletzung theoretisch zu einem Schadensersatzanspruch führen kann.⁵³ Wie auch im Bereich der Kapitalanlage-Beratungsverträge sind die Hürden in Bezug auf den Beweis eines kausalen Schadens sehr hoch.

Welche Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten sich bei der Verletzung der *Erläuterungspflicht* aus §491a Abs.3 BGB ergeben, ist in der Praxis noch nicht geklärt. §491a Abs.3 BGB stellt wohl eine vertragliche Nebenpflicht dar. Bei einer fehlenden oder falschen Erläuterung wäre wie bei den Informationspflichten ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers die Folge.⁵⁴ Angesichts der ungeklärten Rechtsnatur der Erläuterungspflicht und der fehlenden Rechtsprechung sind die Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung als hoch einzustufen, zumal auch die Anwaltschaft sich bislang nicht engagiert.⁵⁵

Innerhalb des Anwendungsbereichs der Verbraucherkreditrichtlinie kommt dem Verbraucher bei Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit §491a BGB (und eventuell bei einer Übertragung auch §493 BGB) die vom EuGH in *Consumer Finance* angenommene Umkehrung der Beweislast für die vorvertraglichen Informationen zugute (Art. 5 und 8 der Richtlinie). Aufgrund der mangelnden Möglichkeiten des Verbrauchers, die Verletzung der

⁵¹ Krüger, „Aufklärung und Beratung bei Kapitalanlagen - Nebenpflicht statt Beratungsvertrag“ (2013) Neue Juristische Wochenschrift, 1845-1850.

⁵² Reifner: Zinsberechnung im Recht, AcP 2014 (114) S. 695-74.

⁵³ Schürnbrand, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 6 zu §491a, Rn. 5 zu §493, aber nicht für §493 Abs. 3.

⁵⁴ Möller, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Edition Stand 1.8.2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 19 zu §491a.

⁵⁵ so im Ergebnis auch Metz, „Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten“ (2012) Neue Juristische Wochenschrift, 1990-1996, 1995.

Informations- oder Erläuterungspflicht nachzuweisen, trägt der Unternehmer die Beweislast. Der Kreditgeber kann sich dieser Verpflichtung nicht über eine AGB-Klausel entziehen, in der der Verbraucher bestätigt, alle nötigen Unterlagen erhalten zu haben. Eine solche Klausel kann nur ein Indiz für die Pflichterfüllung sein.⁵⁶ Wieder einmal weist der EuGH den Weg in die einzig mögliche Richtung, sofern man – sprich der deutsche Gesetzgeber und die deutschen Gerichte – bereit wäre, die Verletzung von Informationspflichten mit Sanktionen zu belegen, die ihren Namen verdienen. Zwar betrifft die EuGH-Entscheidung nur die Verbraucherkreditrichtlinie, jedoch lassen sich die vom Gericht vorgebrachten Argumente verallgemeinern, zumindest für den gesamten Bereich der Finanzen, wenn nicht gar darüber hinaus.

Anders als im Bereich der Kapitalanlagen können sich aus dem Kreditvertrag selbst, der das Äquivalent zum „Folgegeschäft“ im Bereich der Kapitalanlage ist, (vor-)vertragliche Aufklärungspflichten ergeben, die zu einem Schadensersatzanspruch wegen Nebenpflichtverletzung gem. §§488/311 Abs. 2; 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB führen können. Auch hier werden Aufklärungspflichten nur in einem begrenzten Rahmen angenommen. Die Bank ist nicht verpflichtet, den Verbraucher generell über die Risiken der Verwendung des Darlehens aufzuklären.⁵⁷ Der Verbraucher trägt grundsätzlich das Verwendungsrisiko. Das lässt sich mit dem Argument begründen, dass vielfach die Kreditvergabe als weniger risikoreich angesehen wird als eine Kapitalanlage. Die Schwankungsbreite des Wertes eines Finanzmarktproduktes wird als höher angesehen als das Kreditausfallrisiko der Bank im Falle eines zahlungsunfähigen Verbrauchers. Anders liegen die Dinge bei den sog. Schrott-Immobilien, bei denen Verbrauchern kreditfinanzierte Immobilien als Anlageobjekte verkauft wurden.⁵⁸ Hier nimmt die Bank eine größere Rolle als nur die der Kreditgeberin ein und hat deshalb regelmäßig Aufklärungspflichten.⁵⁹

Theoretisch kommt eine Haftung aus fehlerhafter Beratung in Betracht. Im Bereich der Kreditvergabe ergibt sich diesbezüglich eine andere Gemengelage als bei der Kapitalanlage. Zum einen nimmt die Rechtsprechung das Vorliegen eines selbstständigen Beratungsvertrages gem. §311 Abs. 1 BGB seltener und wenn, nur unter erhöhten Voraussetzungen an. So wird eine „besondere Vereinbarung“⁶⁰ über einen Beratungsvertrag gefordert – ein konkludentes oder gar stillschweigendes Zustandekommen reicht regelmäßig nicht aus. Die Bank muss eine Sonderstellung im Hinblick auf die Kreditentscheidung des Verbrauchers eingenommen haben. Dennoch gibt es Fälle, in denen die Rechtsprechung das Vorliegen eines Kreditberatungsvertrages angenommen hat. In der Regel gab die Bank dem Kunden persönliche Empfehlungen.⁶¹ Die Bank kann und muss wissen, dass der Kunde sich auf diese Empfehlung verlässt. Daraus wird auf den nötigen Rechtsbindungswillen geschlossen.

Kurzum: die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten bei Verletzung von Informations- und Beratungspflichten im Bereich des Kreditvertrages sind vielfältig, jedenfalls auf dem Papier. Das größte Problem für die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung liegt in der Schwierigkeit, einen „kausalen Schaden“ durch die Verletzung der Informations-, Aufklärungs- oder Beratungspflicht nachzuweisen. Die deutsche Rechtsprechung hat die Vorgaben des EuGH bislang nicht vollständig umgesetzt. Sie verharrt in der traditionellen Zweiteilung von Privatrecht und Aufsichtsrecht. Überspitzt formuliert fällt der Verbraucher zwischen beide

⁵⁶ siehe Rs. C-449/13, CA Consumer Finance v. Ingrid Bakkaus und andere, EU:C:2014:2464.

⁵⁷ zum Beispiel: BGH, Urteil vom 27. November 1990 – XI ZR 308/89, Rn. 13, - juris; BGH, Urteil vom 27. Juni 1989 – XI ZR 52/88.

⁵⁸ Derleder, „Subprime Judikatur. Die Bewältigung der Finanzkrise und die Anforderungen an eine risikoadäquate Zivilrechtsprechung“, 42 Kritische Justiz (2009), 3-24; Derleder, „Bankschaden und Bankrecht“, (2003) Neue Juristische Wochenschrift, 2064-2066.

⁵⁹ siehe Ernst, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 126ff. zu §280.

⁶⁰ Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 228 mit weiteren Nachweisen in Fn. 147.

⁶¹ vgl. zu diesem Abschnitt Buck-Heeb, „Kreditberatung, Finanzierungsberatung“, (2014) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 221-236, 229 mit entsprechenden Beispielen aus der Rechtsprechung.

Stühle: die BaFin darf sich nicht um die individuellen Rechte der Verbraucher kümmern, die Gerichte bauen so hohe Hürden für die Durchsetzung von Ersatzansprüchen auf, dass diese in der Praxis de facto leerlaufen. Wieder einmal bietet sich das europäische Privatrecht als Königsweg an. Es liegt jedoch bei den Klägern und den Gerichten, die Vorgaben des EuGH in das deutsche Recht zu integrieren.

1.3 Kollektive Rechtsdurchsetzung

Kollektive und individuelle Rechtsdurchsetzung unterscheiden sich, sind aber gleichzeitig eng miteinander verzahnt. Hier soll zunächst das System des kollektiven Rechtsschutzes dargestellt werden, bezogen auf die verschiedenen Träger der Rechtsdurchsetzung; klagebefugte Einrichtungen, Gerichte, Behörden und Schieds- und Schlichtungsstellen. Es sollen die Möglichkeiten der kollektiven Durchsetzung von Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen erörtert werden.

1.3.1 Das System der Kollektivklagen im deutschen Recht

Kollektive Rechtsdurchsetzung umfasst eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen Phänomenen. In der deutschen Rechtsordnung ist kollektive Rechtsdurchsetzung untrennbar mit dem Instrument der Unterlassungsklage verknüpft, das 1965 zunächst im UWG, 1976 im damaligen AGB-Gesetz verankert wurde. Die kollektive Durchsetzung von Informations-, und Beratungspflichten läuft auf die Frage hinaus, ob und inwieweit die Verletzung dieser „Pflichten“ als unlautere und irreführende Werbung und/oder auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind. Nur wenn die vom EU-Recht und nationalen Recht statuierten Pflichten sich in diese beiden Kategorien einordnen/einprensen lassen, steht der Weg für eine kollektive Kontrolle offen. Kontrolle meint hier, einer rechtswidrigen Praxis ein Ende zu setzen, typischerweise einer Irreführung des Verbrauchers oder einer rechtswidrigen Vertragspraxis. Anders als im AGB-Recht lässt sich im UWG die Klage auf Unterlassung mit einem Gewinnabschöpfungsanspruch verknüpfen. Angesichts der hohen Voraussetzungen, Vorsatz ist erforderlich, und des fehlenden Anreizes für die klagebefugten Einrichtungen – ein eventueller Schaden ist an die Staatskasse abzuführen, hat die Gewinnabschöpfungsklage im UWG bislang nur eine äußerst begrenzte Bedeutung erlangt.⁶²

Sukzessive und ganz in der identischen Denkrichtung hat der deutsche Gesetzgeber vorsichtig den Kanon der kollektiven Instrumente erweitert, die sich tendenziell auch auf die Informations-, Beratungs- und Aufklärungspflichten einsetzen lassen. Im Zuge der Schuldrechtsreform hat der Gesetzgeber nach österreichischem Vorbild eine Sammel- und Musterklage eingefügt, deren Voraussetzungen sich aus dem Zusammenspiel von § 8 Abs. 1 Nr. 4 Rechtsdienstleistungsgesetz und § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO ergeben.⁶³ Während das Musterverfahren in Deutschland durchaus eine gewisse Bedeutung erlangt hat, wenn auch nicht im Anleger- und Kreditrecht,⁶⁴ so kann dasselbe für die Sammelklage nicht gesagt werden. Anders als in Österreich, wo die Sammelklage von dem Verein für Konsumenteninformation mit großem Erfolg als kollektives Klageinstrument gerade im Anlegerrecht eingesetzt wird, gibt es in Deutschland nur wenige Beispiele. Eines der bekanntesten ist die von der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen geführte Sammelklage von 25 Verbrauchern, die sich gegen erhöhte Gaspreise erfolgreich zur Wehr gesetzt haben.⁶⁵

⁶² Goldmann, UWG-Kommentar, Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), 3. Aufl. 2013, C.H. Beck Verlag, Rn. 5 zu §10; detailliert Henning-Bodewig, Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop? GRUR 2015, 731.

⁶³ siehe weiterführend zum Beispiel Dux, Rechtsdienstleistungsgesetz: RDG, Deckenbrock/Henssler (Hrsg.), 4. Aufl. 2015, C.H. Beck Verlag, Rn. 38ff. zu §8.

⁶⁴ siehe z.B. Rs. C-404/06, Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, EU:C:2008:231, und immer wieder im Energiebereich, z.B. LG Cottbus, Urteil vom 30.6.2011 - 4 O 93/10.

⁶⁵ BGH, Urteil vom 31. Juli 2013 – VIII ZR 162/09.

Mit dem 2005 eingeführten Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz wurde in Deutschland erstmalig die Möglichkeit geschaffen, individuelle Schadensersatzansprüche gerade auch im Anlegerbereich zu bündeln. Anlass waren die massenhaften Klagen deutscher Anleger, die Telekomaktien gekauft hatten und die sich durch die verzögerte Offenlegung der Neubewertung der Immobilien der Telekom, die zu einem Absturz der Aktie an der Börse führte, geschädigt sehen.⁶⁶ Die außerordentlich komplexe Organisation des zweistufigen Verfahrens ist einer effektiven Rechtsdurchsetzung geschädigter Anleger nicht gerade förderlich. Die Widerstände gegen eine class action nach amerikanischem Vorbild scheinen in Deutschland schwer zu überwinden zu sein. Derzeit steht wieder einmal – der kollektive Schadensersatzanspruch wird seit den späten 70er Jahren in Deutschland diskutiert – eine Reform an, die auf eine Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes zielt.

Strukturell gesprochen ruht die kollektive Rechtsdurchsetzung auf zwei Säulen, den klagebefugten Einrichtungen – Verbänden der Wirtschaft und der Verbraucher – und den Gerichten. Kollektiver Rechtsschutz in Deutschland ist im Wesentlichen gleichzusetzen mit Rechtsschutz durch Verbände vor Gerichten. Nur das KapMuG fügt sich in dieses Bild nicht ein, weil es auf die Initiative des Einzelnen setzt, in der Terminologie des kollektiven Rechtsschutzes, weil es sich um eine opt-in Klage handelt, beteiligt sind nur diejenigen, die sich aktiv für eine Bündelung entscheiden. Verbände, auch Verbraucherverbände, sind nicht klagbefugt. Gemeinsam ist beiden Formen der kollektiven Durchsetzung jedoch die einseitige Ausrichtung auf die Gerichte. Nach deutschem Verständnis können und sollen sich staatliche Behörden, in concreto die BaFin, nicht in die Durchsetzung kollektiver Klagen, Unterlassungs- oder Schadensersatzklagen einschalten. Deutschland steht mit dieser Konstruktion in Europa neben Österreich und Slowenien allein. Alle anderen Mitgliedstaaten der EU schalten Verbraucherbehörden oder mit Regulierung von Märkten betrauten Aufsichtsorgane in die Rechtsdurchsetzung ein. In der 2013 verabschiedeten Empfehlung der Europäischen Kommission erteilt die EU der class action eine Absage. Stattdessen ermuntert sie die Mitgliedstaaten, effektive opt-in Mechanismen einzuführen.⁶⁷

1.3.2 Klagebefugte Einrichtungen

Die Durchsetzung kollektiver Rechte liegt ganz überwiegend in den Händen der Verbraucherorganisationen und der einschlägigen Wirtschaftsverbände. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 98/27⁶⁸ (heute 2009/22⁶⁹) für Unterlassungsklagen hat der deutsche Gesetzgeber eine Registrierpflicht für klagebefugte Verbände eingeführt, die auch den hier einschlägigen Bereich der Unterlassungsklagen im Finanzbereich umfasst. Von den mehr als 70 registrierten privaten Verbänden sind jedoch nur wenige klageaktiv. Der Grund liegt in dem immerwährenden Problem knapper Ressourcen. Die Verbraucherverbände werden in Deutschland auf der Ebene des Bundes vom Bund – allen voran der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., auf der Ebene der Länder von den Ländern gefördert. Hier sind es die 16 Verbraucherzentralen, sowie einige andere länderspezifische Verbrauchergruppierungen. Gerade auf der Länderebene variiert die Finanzierung erheblich, was sich in den Aktivitäten widerspiegelt. Praktisch wichtig sind nur wenige, die Verbraucherzentrale Bundesverband, die Verbraucherzentralen Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Hamburg.

Im Zentrum der Aktivitäten steht die UWG-Unterlassungsklage, hier spielt neben den Verbraucherzentralen die Wettbewerbszentrale eine herausragende Rolle, sowie die AGB-Unterlassungsklage, die jedoch nahezu ausschließlich von den Verbraucherorganisationen

⁶⁶ vgl. z.B. Möllers, „Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz“, (2005) Neue Juristische Wochenschrift, 2737-2741.

⁶⁷ O.J. 2013, L 201, Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten; 2013/396/EU.

⁶⁸ O.J. 1998, L 166, Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen.

⁶⁹ O.J. 2009, L 110, Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen.

aktiviert wird. Im Kontext zielen Unterlassungsklagen auf die Beseitigung von Missständen, die sich aus der unvollständigen oder irreführenden Information der Banken oder der Anlageinstitutionen ergeben. Funktional füllt die Unterlassungsklage die Lücke, die sich aus der strikten Trennung von individueller Rechtsdurchsetzung vor Gerichten und der Marktaufsichtskontrolle durch die BaFin ergibt. Unterlassungsklagen sind Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes. Sie sind im Falle der UWG-Klage kaum, im Falle der AGB-Klage durch die Rechtskrafterstreckung mit dem Individualverfahren verzahnt. Wieder einmal ist es der EuGH, der das Kästchendenken durchbricht. Absehbar scheint eine vom EuGH forcierte Entwicklung, in der unlautere Geschäftspraktiken und rechtswidrige AGBs tendenziell miteinander „verschmolzen“ und in der kollektiver und individueller Rechtsschutz miteinander verzahnt werden.⁷⁰ Damit würden die Sanktionsmöglichkeiten gegen die Nichtbeachtung von Informationspflichten erheblich verschärft werden, würde sich doch die Frage erübrigen, ob die in den EU Richtlinien statuierten Informationspflichten, wenn sie denn in den Vertrag integriert werden, als Klausel im Sinne des AGB-Rechts zu qualifizieren ist oder doch eher als Werbung im Sinne des UWG.⁷¹

Der deutsche Gesetzgeber scheint zu zentralen Neuerungen nicht bereit. Das bezieht sich sowohl auf die UWG-Unterlassungsklage, dort vor allem auf die notwendige Neufassung des Gewinnabschöpfungsanspruchs, wie auch auf die Überprüfung der Funktionstauglichkeit der AGB-Unterlassungsklage in einer sich verändernden digitalen Welt. Die Evaluierung der AGB-Klage aus dem Jahre 2011 ist ein Loblied auf ein taugliches Rechtsinstrument als eine solide wissenschaftliche Bestandsaufnahme, was weniger an den Gutachtern als an der extrem engen Ausschreibung liegt.⁷²

1.3.3 Gerichte

Das gesamte System der Rechtsdurchsetzung, ob individual oder kollektiv, ist nahezu ausschließlich auf die Gerichte zugeschnitten. Im internationalen Vergleich ist der Zugang zu den Gerichten preiswert und effektiv. Selbst mehrzügige Verfahren bis zum BGH können in 2-3 Jahren zum Abschluss gebracht werden.

Im kollektiven Rechtsschutz durch klagebefugte Einrichtungen stehen nach wie vor Fragen im Vordergrund, die sich um die Vergleichbarkeit des individuellen (zwei individuelle Parteien) mit dem kollektiven Verfahren (Verband gegen Unternehmen oder gegen einen Unternehmensverband) drehen. Wie steht es mit der Verfahrensautonomie? Können klagebefugte Verbände sich vergleichen? Können sie eine Klage zurückziehen oder ist es im Sinne des öffentlichen Interesses, dass streitige Verfahren durch Gerichte entschieden werden, deren Urteile öffentlich zugänglich sind? Wie verhält es sich schließlich mit der Bemessung des Streitwertes? Exorbitante Streitwerte treiben die Kosten in die Höhe und sprengen das den Verbänden zur Verfügung stehende Budget für Gerichtsverfahren. Derer Fragen gibt es viele, sie liegen seit Jahren auf dem Tisch. In der Sache bewegt sich wenig. Deshalb gibt es aus dem Bereich der Unterlassungsklage für den Anlage- und den Kreditbereich wenig Überraschendes oder Neues zu berichten.

Die wesentliche Neuerung im Bereich des Kapitalmarktrechts ist durch das KapMuG bereits eingeführt worden. Das KapMuG soll geschädigten Anlegern durch Musterverfahren die

⁷⁰ Siehe dazu Micklitz/Reich, „„Und es bewegt sich doch“? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen“, (2012) Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 126-128; oder Micklitz/Reich, „AGB-Recht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach EuGH Perenicova und Invitel?“, (2012) Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 257-264; wieder einschränkend EuGH (First Chamber) 14 April 2016 Jorge Sales Sinués Caixabank SA (C 381/14), and Youssouf Drame Ba v Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA) (C 385/14).

⁷¹ Schürnbrand, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 6 zu §491a will bei einem Verstoß gegen §491a Abs.1 BGB das UWG in Anschlag bringen.

⁷² Meller-Hanich/Höland, *Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Reihe A, Angewandte Wissenschaft, Heft 523, 2011.

Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erleichtern. Da es sich um ein opt-Verfahren handelt, wirken potenzielle Urteile nicht zugunsten oder zulasten nicht aktiv Beteiligter. Seine Bewährungsprobe hat das KapMuG nicht bestanden.⁷³ Auch nach mehr als 10 Jahren Verfahrensdauer ist ein Ende des Rechtsstreits der geschädigten Anleger gegen die Telekom nicht in Sicht. Das Verfahren hat die Gerichte beschäftigt, es hat zu einer florierenden Anwaltschaft geführt, die sich der Musterverfahren angenommen hat bzw. die untereinander um die potenziellen Mandatsträger konkurrieren. Anders als in den USA gibt es keinen „lead“-Kläger und damit auch keinen Anwalt, der das Verfahren im Namen aller Geschädigten führt. Das 2005 eingeführte Verfahren, ursprünglich auf 5 Jahre konzipiert, ist mit marginalen Änderungen bis 2020 verlängert worden. Die große Koalition hat sich im Koalitionsvertrag verpflichtet, den kollektiven Rechtsschutz auszubauen. Noch liegt der Entwurf nicht vor, aber es steht zu befürchten, dass einmal mehr die Lösung in einer dogmatisch perfekten Lösung gesucht wird, die den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine opt-out Lösung Rechnung trägt.⁷⁴ Der Konflikt zwischen einer dogmatisch-perfekten und einer effektiven Regelung scheint tendenziell unaufhebbar.

1.3.4 Behörden

Die EU hat die Gewichte verschoben. Feststellbar ist eine Verlagerung von den Gerichten auf Behörden als Rechtsdurchsetzungsorgane sowie auf Schieds- und Schlichtungsstellen, auf die gesondert einzugehen ist. Das zeigt sich auch und gerade im Bereich der Kapitalanlage. Das Gesetz zur Stärkung der Finanzaufsicht vom Dezember 2012 hat die Rolle der BaFin in der Wahrnehmung des kollektiven Verbraucherschutzes gestärkt. Das schlägt sich auch darin nieder, wie die BaFin sich im Internet präsentiert. Verbraucher und der Schutz ihrer kollektiven Interessen werden in einer eigenen Rubrik vorgestellt.⁷⁵

Nach wie vor steht jedoch das klassische Aufsichtsrecht im Vordergrund. Die in §31 WpHG erwähnten Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind in §2 Abs. 4 WpHG als Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute oder Zweigstellen solcher Unternehmen mit Sitz im Ausland im Sinne des KWG definiert. Nach §1 KWG sind wiederum Kreditinstitute Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der die Einrichtung eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs erfordert. Ebenso ist es bei den Finanzdienstleistungsunternehmen, nur dass diese keine Bankgeschäfte, sondern Finanzdienstleistungen tätigen. Diese Institute unterfallen gemäß §32 KWG einer Erlaubnispflicht. Diese Erlaubnis erteilt die BaFin. Im Falle eines ohne Erlaubnis betriebenen Unternehmens kann die BaFin gem. §37 KWG einschreiten. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht finden sich in §2 KWG sowohl für Kredit-, als auch für Finanzdienstleistungsinstitute. Dann greift die Aufsicht der BaFin nicht.

Stattdessen kommen subsidiär die Vorschriften der Gewerbeordnung zur Anwendung. Dann sind gem. §§34f, 34h GewO für die Aufsicht über Finanzanlagenvermittler oder Honorar-Finanzanlagenberater die entsprechenden Gewerbeämter auf Länderebene zuständig, jedenfalls insofern die Bereichsausnahme des §2 Abs. 6 Nr. 8 KWG einschlägig ist. Für gewerbsmäßige Kreditvermittler gilt §34 c Abs. 1 Nr. 2 bzw. §34i GewO bei Immobiliendarlehen. Die immer wieder aufkommende Diskussion die Vermittler generell der staatlichen Aufsicht durch die BaFin zu unterstellen, scheitert nicht zuletzt an der Zahl der Vermittler: Die Neuregelung des §34f GewO sollte ursprünglich ca. 80.000 Vermittler betreffen.⁷⁶ Tatsächlich laufen die Vorschriften für die Vermittler wohl auf eine Schutzlücke

⁷³ für eine differenzierte Analyse siehe Halfmeier/Rott/Feess, *Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht – Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (Frankfurt School Verlag, 2010).

⁷⁴ Halfmeier, Vorglühen zur Musterfeststellungsklage, (2015) Verbraucher und Recht, 441-443.

⁷⁵ <http://www.bafin.de/DE/Verbraucher/verbraucher_node.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016)

⁷⁶ Will, Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, Pielow (Hrsg.), 34. Edition Stand 15.5.2016, Vorbemerkung zu §34f.

hinaus, die durch die unterausgestatteten und überforderten Aufsichtsorgane der Länder nicht gefüllt werden kann.⁷⁷

Festzuhalten ist also: Wer online im Finanzbereich tätig ist, fällt nur dann unter die Aufsichtspflicht der BaFin, wenn er Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut ist. Wie sieht es aber in der Praxis aus? Wie die am 30.10.2015 vom SVRV durchgeführte Fachtagung gezeigt hat, haben die einschlägigen Unternehmen die möglichen Risiken einer Haftung für Falschberatung oder für fehlerhafte Informationsverbreitung nicht im Blick.

Der BaFin steht ein breites Repertoire an aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zur Verfügung, um die Einhaltung der Verhaltenspflichten gegenüber den Verbrauchern durchzusetzen. Wiewohl die BaFin auf ihrer Webseite klargestellt, dass sie sich nur um den Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen zu kümmern hat, wird auf der Webseite auf die Möglichkeit verwiesen, elektronisch Beschwerden einlegen.⁷⁸ Was mit den Beschwerden geschieht würde eine eigene empirische Auswertung rechtfertigen. In Grenzen kann die BaFin als Institution kollektiven Verbraucherschutzes gesehen werden.⁷⁹ Die MiFID II Richtlinie hat den kollektiven Verbraucherschutz weiter verstärkt. Von besonderer Bedeutung wird sein, ob die Bundesregierung Art. 69 zum Anlass nimmt, den kollektiven Verbraucherschutz durch die BaFin zu stärken, vielleicht sogar durch von der BaFin durchgesetzte kollektive Schadensersatzansprüche. Diese Praxis ist aus dem Vereinigten Königreich seit langem bekannt.

Nicht ausgelotet sind die Möglichkeiten, die das EU Recht eröffnet, um herauszufinden, ob und inwieweit die BaFin der ihr obliegenden Aufgabe gerecht wird. In *Janecek*⁸⁰ hat der EuGH dem im Zentrum von München wohnenden Kläger das Recht gegeben, von der Stadt München einen Aktionsplan zu verlangen, mit Hilfe dessen die Emission von Kraftfahrzeugen unter die zulässige Obergrenze gedrückt werden. Diese Rechtsprechung lässt sich auf das Kapitalanlagerecht übertragen, was jedoch bislang nicht geschehen ist. Man könnte darüber nachdenken, einzelnen Verbrauchern in Anlehnung an die *Janecek*-Entscheidung ein Begehren auf Einschreiten der BaFin zuzugestehen.⁸¹

1.3.5 Schieds- und Schlichtungsstellen

Der gesamte Bereich der Kapitalanlage und des Verbraucherkredits ist durchzogen von Instanzen der freiwilligen Streitbeilegung, von Verbänden der Bankenwirtschaft eingerichtete Schieds- und Schlichtungsstellen, sowie vor allem Ombudsmännern. Mit dem Inkrafttreten des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes (VBSG) wird das bislang außerordentlich heterogene und unübersichtliche freiwillige Streitbeilegungssystem in Deutschland auf eine einheitliche Grundlage gestellt. Das Bundesamt für Justiz hat inzwischen eine Liste der anerkannten Stellen veröffentlicht.⁸² Den Anlass dazu haben zwei Gesetzeswerke der EU gegeben, die sog. ODR-Verordnung⁸³ und die ADR-Richtlinie.⁸⁴

⁷⁷ Vgl. im Kontext zum behördlichen Verbraucherschutz auf Landesebene Schmidt-Kessel, „Überlegungen zur Stärkung des behördlichen Verbraucherschutzes – am Beispiel des Freistaats Bayern“, (2016) Gewerbeschicht, 169-176.

⁷⁸ <<https://www.bafin.buergerservice-bund.de/bank.aspx>> für den Bereich Banken (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁷⁹ siehe Micklitz, „Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?“, in *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band 1, (Verlag C.H. Beck, 2012) S. A102.

⁸⁰ Rs. C-237/07, Dieter Janecek v. Freistaat Bayern, EU:C:2008:447.

⁸¹ Keßler/Micklitz/Reich (eds.), Institutionelle Finanzmarktaufsicht und Verbraucherschutz, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Regelungssysteme in Deutschland, Italien, Schweden, dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Gemeinschaft, unter Mitarbeit von V. Calderai/K. Purnhagen/P. Verbruggen, (Verlag Nomos 2010), 234-241.

⁸² Stand per 31.8.2016
https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Verbraucherschutz/Liste_Verbraucher_schlichtungsstellen.pdf?__blob=publicationFile&v=15

⁸³ O.J. 2013, L 165, Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der

Der Grundgedanke ist, dass alle Formen der Streitbeilegung umfasst werden, private und staatliche, es sei denn, es handelt sich um bloße Kundenbeschwerdestellen oder sonstige Einrichtungen zur Beilegung von Streitigkeiten, die nur von einem einzigen Unternehmer oder von mit ihm verbundenen Unternehmen getragen oder finanziert werden oder die nur im Auftrag eines solchen Unternehmers oder von mit ihm verbundenen Unternehmen tätig werden, § 1 Abs. 2 VBSG. Die entscheidende Frage wird sein, welche der vielfältigen Mechanismen im Kapitalanlage- und im Kreditbereich dieser Ausnahmeregelung unterfallen bzw. ob sich die Träger selbst wenn sie die Ausnahmeregelung für sich in Anspruch nehmen könnten zu einer Aufwertung bzw. Umstrukturierung entschließen. Die gesamte Struktur ist hier im Umbruch und man darf gespannt sein, welchen Weg die Träger einschlagen. Unklar ist auch, was mit den von den Landesjustizverwaltungen anerkannten Gütestellen geschieht.⁸⁵

2 Neue Geschäftsmodelle

Das Internet bietet in den beiden Sektoren Kapitalanlage und Kredit die Möglichkeit, verschiedenste neue Geschäftsmodelle aufzubauen.⁸⁶ Neben Anbietern, die analoge und digitale Welt kombinieren, etablieren sich Unternehmen, die sich auf Beratung spezialisieren (Online-Beratung). Sie nutzen die Möglichkeiten der digitalen Informationsaufbereitung für eine Personalisierung des Kontakts. Ein persönliches Gespräch über digitale Kommunikationsmittel kann Teil dieser Personalisierung sein. Die Personalisierung kann aber auch allein auf Basis der Informationsverarbeitung durch einen Algorithmus erfolgen. Dazwischen stehen Unternehmen, die sich auf die bloße Informationsvermittlung beschränken, typischerweise mit Hilfe einer Plattform (Online-Information). Sie grenzen sich nicht nur von der Beratung ab, sondern schließen die Haftung für die von Dritter Seite übermittelten Informationen aus. Anbieter dieser neuen Leistungen machen sich weniger Sorgen um eine mögliche zivile Haftung gegenüber den Verbrauchern als um die Frage, ob sie besonderen aufsichtsrechtlichen Vorschriften unterliegen und nicht nur den allgemeinen gewerberechtlichen Anforderungen genügen müssen. Alle Anbieter arbeiten zunehmend mit Algorithmen, die dazu dienen, die Datenanfrage mit konkreten Informationsangeboten zu verknüpfen.

Unabhängig davon, ob diese Unternehmen die rein analog agierenden Anbieter verdrängen werden, geben drei Geschäftsmodelle aus dem Bereich Finanzen als Beispiele Anlass zu rechtlichen Fragen.

2.1 Robo-Advisor

„Robo-Advisor“ erfreuen sich besonders in den USA großer Beliebtheit⁸⁷ und sind auch dort zuerst aufgetreten.⁸⁸ Der Anbieter stellt dem Kunden einen Online-Fragebogen zur

Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).

⁸⁴ O.J. 2013, L 165, Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).

⁸⁵ vgl. Micklitz, „Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?“, in *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band 1, (Verlag C.H. Beck, 2012) S. A92.

⁸⁶ für eine ausführlichere Darstellung siehe Oehler, „Digitale Welt und Finanzen – Zahlungsdienste und Finanzberatung unter einer digitalen Agenda,“ Veröffentlichung des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Januar 2016, S.33ff <<http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/2016/01/Digitale-Welt-und-Finanzen.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁸⁷ siehe nur Financial Times vom 20.9.15: „Robo-advisors mark „seismic“ shift in wealth management“; <<http://www.ft.com/cms/s/0/8832a6d4-5b05-11e5-a28b-50226830d644.html#axzz3sywAL11W>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016); oder Forbes vom 7.2.15 „7 Robo Advisors That Make Investing Effortless“; <<http://www.forbes.com/sites/robertberger/2015/02/05/7-robo-advisors-that-make-investing-effortless/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016) für eine Übersicht über die Funktionsweise, vgl. die

Verfügung, der von unterschiedlicher Länge sein kann (5-30 Fragen). Auf Grundlage der Antworten des Verbrauchers wird ein „personalisierter“ Vorschlag zur Erstellung eines Finanzportfolios erstellt. Teil dieses Finanzportfolios können unterschiedlichste Finanzprodukte sein. Dabei kann eine analoge Beratung zusätzlich zur Verfügung gestellt sein, muss sie aber nicht.

Die Robo-Advisor werden für ihre Schlichtheit kritisiert. Das liegt nicht nur an der vielfach geringen Anzahl der Fragen, sondern auch an ihrem Inhalt. Es können auch Fragen wie „Haben Sie schon einmal in einem Jahr mehr als 20% ihrer Investitionen verloren, und wenn Ihnen das passieren würde, würden Sie dann nichts tun, mehr kaufen oder alles verkaufen?“ gestellt werden.⁸⁹ Eine Autorin kritisierte dieses Geschäftsmodell als unpersönlich, teuer, nicht frei von Interessenkonflikten und für Verbraucher ungeeignet.⁹⁰

2.2 Online-Direktbanken

Die Inanspruchnahme von Online-Direktbanken nimmt zu. Sie führen „execution-only“-Geschäfte durch. Die Bank ist nur noch der „Gehilfe“ der selbstständig Finanzprodukte kaufenden oder verkaufenden Kunden. Der Kunde beauftragt die Bank nach eigener Entscheidung mit der Ausführung eines Wertpapiergeschäfts. Direktbanken beraten ihre Kunden online in der Regel nicht. Trotzdem stellen diese Banken häufig Informationen als Handels- oder Handlungsgrundlage für den Kunden zur Verfügung. Diese Informationen muss der Verbraucher einordnen – er berät sich letztendlich „selbst“. Die Qualität dieser „Auto-Beratung“ hängt von seinen Kenntnissen im Finanzsektor ab und von der Masse an Informationsquellen, die er konsultiert. Dadurch ist der Anleger auf sich allein gestellt.

2.3 Vergleichsportale

Eine dritte Entwicklung spielt sich schon länger im Bereich der Vergleichsportale ab. Sie stellen Vergleiche zwischen verschiedensten Produkten (z.B. Kreditangeboten, Versicherungen) auf und fungieren als eine weitere Informationsquelle für den Verbraucher. Zu unterscheiden ist zwischen Portalen, die unentgeltlich Informationen zur Verfügung stellen und von dritter Seite bezahlt werden (dies kann auch über Werbung erfolgen) und Portalen die „echte Vermittler“ sind und auf Provisionsbasis arbeiten. Sie bekommen für jeden Vertragsabschluss, den ein Verbraucher auf ihrer Website mit einem Anbieter tätigt, eine bestimmte Summe bezahlt. Dritte wieder arbeiten auf „Honorar“-Basis. Mischformen sind möglich.

Laut einer Studie der EU-Kommission von 2013, die sich allgemein auf Vergleichsportale bezog, haben 73% der Verbraucher solche in den letzten 12 Monaten benutzt, 13% kennen solche Portale zumindest und nur 14% wissen nichts von ihnen.⁹¹ Ein knappes Drittel (31%) der Nutzer solcher Portale nutzte diese gar alle zwei Wochen.⁹²

Die Problematik einer verdeckten Finanzierung der Informationsverbreitung durch interessierte Dritte ist hinlänglich bekannt. Im Nachgang zu den sog. Schrottimmobilen hatten sich deutsche Gerichte immer wieder mit der Frage zu befassen, ob und inwieweit der

Studie von At. Kearny, die zu positiven Ergebnissen kommt, https://www.atkearney.com/documents/10192/7132014/Hype+vs.+Reality_The+Coming+Waves+of+Robo+Adoption.pdf/9667a470-7ce9-4659-a104-375e4144421d, aber auch die Warnung der SEC <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/autolistingtoolshtm.html>.

⁸⁸ siehe boerse.ard vom 12.6.2015: „Angriff der Robo-Advisor“, <<http://boerse.ard.de/anlagestrategie/geldanlage/angriff-der-robo-advisors100.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁸⁹ siehe Fein, „Robo-Advisors: A Closer Look“, SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2658701>>, (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), S.4.

⁹⁰ Fein, „Robo-Advisors: A Closer Look“, SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2658701>>, (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁹¹ EU Kommission, Study on the coverage, functioning and consumer use of comparison tools and third-party verification schemes for such tools, EAHF/FWC/2013 85 07, S.142.

⁹² EU Kommission, Study on the coverage, functioning and consumer use of comparison tools and third-party verification schemes for such tools, EAHF/FWC/2013 85 07, S.143.

Vermittler seine Kontakte zu den Bauunternehmen, die Immobilien errichtet haben und das damit verbundene finanzielle Geflecht einschließlich der gezahlten Provisionen offenlegen muss.⁹³ Der BGH hat sich zu keiner grundsätzlichen Lösung aufrufen können, die wirkliche Transparenz versprochen hätte. So bleibt nur eine Lösung durch den Gesetzgeber, nach Lage der Dinge wird es der EU-Gesetzgeber sein. Im Anlagerecht finden sich die einschlägigen Regelungen in MiFiD I und MiFiD II bzw. MIFIR. Auf EU Ebene ist vor allem eine Neuregelung der Rolle und Funktion von Versicherungsvermittlern diskutiert worden.⁹⁴

2.4 Auswirkungen auf Information und Beratung

Eine Gemeinsamkeit zwischen allen drei beschriebenen Geschäftsmodellen ist, dass die persönliche Beratung reduziert wird. Direktbanken beraten gar nicht, Robo-Advisor beraten allenfalls eingeschränkt und Vergleichsportale betreiben eine Art Quasi-Beratung, die im besten Fall nach Beantwortung eines Fragebogens auf den Verbraucher zugeschnitten ist. Ein persönlicher Kontakt zwischen Berater und Kunde aus der analogen Welt, wenn auch teilweise durch Videochats/Telefon/Mail digitalisiert, besteht online nicht. Dieser macht aber Beratung aus, gerade durch diesen Kontakt wird Beratung mehr als nur Information. Erfüllt ein Online-Fragebogen zur Erstellung eines Finanzportfolios die Anforderungen an einen Kapitalanlage-Beratungsvertrag? Der Fragebogen kann „individuell“ sein, erfüllt er die Anforderungen an eine „persönliche Empfehlung“? Kann auch ein Kreditberatungsvertrag entstehen, wenn ein solcher Fragebogen bei einem Vergleichsportal ausgefüllt wird? Verschiedene Geschäftsmodelle befinden sich in einer „Grauzone“, die Beratung sein kann, es aber nicht muss.

Als Gegenbewegung zum Wegfall der Beratung erhöht sich der Fluss von Informationen. Durch den Wegfall der persönlichen Anleitung liegt es am Verbraucher selbst, den Informationsfluss zu steuern. Andererseits konnte man auch früher schon Kommissionsgeschäfte tätigen. Auch ohne das Internet war es dem Verbraucher möglich, beratungsfrei am Finanzmarkt tätig zu sein. Der Unterschied ist aber, dass das Internet früher existierende Informationszugangsbarrieren abschafft. Das ist grundsätzlich positiv zu bewerten, da sich mehr Verbraucher am Finanzmarkt betätigen können. Der Verbraucher kann den Zufluss von Informationen je nach Bedarf verringern oder erhöhen oder das Informationsmanagement an Dritte abgeben. Ein besonders interessantes Beispiel hierfür ist die neue Zahlungsdiensterichtlinie:⁹⁵ Sie ermöglicht so genannten „Zahlungsauslösedienstleistern“ und „Kontoinformationsdienstleistern“ die Teilnahme am europäischen Zahlungsverkehrsmarkt. Diese Geschäftsmodelle erhalten die Möglichkeit, auf Kontoinformationen der Verbraucher zuzugreifen um zusätzliche Zahlungsdienste zu erbringen. Zum Beispiel können so Kontobewegungen nachvollzogen werden – die neue Bank des Verbrauchers könnte auf seinem alten Konto schauen, wer über den Bankdatenwechsel informiert werden muss, und diesen Dienst dann übernehmen. Der Verbraucher hat die Möglichkeit, seine eigenen Daten durch einen Dritten managen zu lassen.

3 Rechtlicher Rahmen und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt

Zugeschnitten ist das geltende Recht auf Beratung und Information im analogen Bereich: Information erfolgt durch schriftliche oder sonst gefestigte Bereitstellung von Dokumenten oder durch mündliche Übermittlung. Beratung erfolgt nach der zugrundeliegenden Vorstellung durch persönliche, individuelle Kommunikation. Trotz dieser Annahmen unterscheidet das geltende Recht nicht zwischen digitaler und analoger Information und

⁹³ siehe dazu unter anderem BGH, Urteil vom 16.5.2006 - XI ZR 6/04; BGH, Urteil vom 29.6.2010 - XI ZR 104/08; BGH, Urteil vom 11.01.2011 - XI ZR 220/08.

⁹⁴ siehe dazu heute O.J. 2016, L 26, Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb.

⁹⁵ O.J. 2015, L 337, Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG.

Beratung – ist also prinzipiell auf beide Situationen anwendbar. Auf alle digitalen Vorgänge müsste man daher derzeit die beschriebenen Vorschriften aus WpHG, KWG und zahlreichen anderen kapitalmarktrechtlichen Gesetzen, GewO und BGB anwenden. Doch diese Vorschriften stoßen an ihre Grenzen. Grundsätzlich eröffnet die digitale Welt Möglichkeiten zu Verbesserungen bei individueller und kollektiver Rechtsdurchsetzung. Andererseits scheint das geltende Recht den Geschäftsmodellen nicht immer gerecht werden zu können.

3.1 Robo-Advisor

Für Robo-Advisor stellen sich Fragen nach der Haftung für die fehlerhafte Beratung. In der analogen Welt sind Diskussionen um Haftung für schlechte Beratung ein altes Phänomen. Werden sie sich im digitalen Bereich fortsetzen und verändern? Vorab ist darauf hinzuweisen, dass diese Geschäftsmodelle in Deutschland noch in der Pionierphase sind. Aufgrund der wenigen Anwender gibt es nach Kenntnis der Gutachter noch keine Rechtsprechung.

Als erstes ist zu überlegen, ob ein vor der Erstellung eines Finanzportfolios auszufüllender Online-Fragebogen zum Abschluss eines Kapitalanlage-Beratungsvertrages führen kann. Die als Reaktion auf die „individuellen“ Antworten des Verbrauchers errechneten Daten könnten als „persönliche Empfehlung“ einzustufen sein. Jedoch kann es Fragebögen geben, die so kurz oder allgemein sind, dass ihre Unvollständigkeit die Annahme einer persönlichen Empfehlung oder eines Rechtsbindungswillens für den Beratungsvertrag ausschließen müsste/sollte. Andererseits nimmt die Rechtsprechung einen Beratungsvertrag bei Kapitalanlagen relativ schnell an. Zweifelhaft ist, ob die Annahme eines Beratungsvertrages das geeignete Instrument zur Begründung einer Haftung wäre. Möglicherweise sind die Parameter einer privatrechtlichen Haftung im analogen Bereich für die digitale Welt nicht passförmig. Denn selbst wenn man das Zustandekommen eines Beratungsvertrages annähme, müssten die weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs erfüllt sein. Zunächst müsste eine Pflichtverletzung nachgewiesen werden. Wie weit kann der Pflichtenkanon eines Online-Beratungsvertrages reichen, wenn der Robo-Advisor zum Beispiel auf der Basis von drei Fragen arbeitet? Wie kann der Kunde eine Pflichtverletzung nachweisen – gelten die Dokumentationspflichten aus §34 Abs. 2a WpHG auch für Robo-Advisor? Sie würden einerseits dem Verbraucher bei der Rechtsdurchsetzung helfen, andererseits könnten sie das Geschäftsmodell der Robo-Advisor konterkarieren. Es geht ja gerade darum, eine unkomplizierte Form der Anlageberatung anzubieten, die mit wenig Bürokratie verbunden ist. Als nächstes müsste dem Betreiber ein Verschulden im Sinne von §280 Abs. 1 S. 2 BGB nachgewiesen werden. Da die Beratung auf Basis eines Algorithmus funktioniert, könnte das Verschulden beim Ersteller dieses Algorithmus, also beim Programmierer, also nicht beim Betreiber der Robo-Advisor-Website zu suchen sein. Kann dieses Verschulden über §278 BGB dem Betreiber der Website zugerechnet werden? Dem Betreiber der Website könnte als eigenes Verschulden möglicherweise ein Auswahl- oder Organisationsverschulden nachgewiesen werden. Schließlich stellt sich die Frage des Nachweises eines kausalen Schadens. Zuletzt könnte man sich noch fragen, ob ein Mitverschulden des Verbrauchers nach §254 BGB in Betracht kommt: Hätte der Verbraucher bei der Erstellung eines Finanzportfolios nach Beantwortung von drei Fragen nicht wissen können, dass es sich nicht um eine ausreichend ausführliche Anlageberatung handelt? Immerhin werden Robo-Advisor teilweise als gefährliche, weil unvollständig beratende Instrumente angesehen.⁹⁶

Interessant ist in der Praxis auch die Aufsicht über die Robo-Advisor. Viele Anbieter haben sich inzwischen freiwillig der BaFin untergeordnet und unterliegen deshalb den strengen aufsichtsrechtlichen Vorschriften. Wie bereits angedeutet gibt es für Finanzanlagenvermittler die Möglichkeit, über die Bereichsausnahme des §2 Abs. 6 Nr. 8 KWG eine Erlaubnis beim zuständigen Gewerbeamt nach §34f Abs. 1 GewO zu beantragen. Beispiele für Robo-

⁹⁶ siehe nur Fein, „Robo-Advisors: A Closer Look“, SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2658701>>, (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Advisor, die dies gemacht haben, sind vaamo,⁹⁷ easyfolio⁹⁸ oder Visualvest.⁹⁹ Die Bereichsausnahme des §2 Abs. 6 Nr. 8 KWG gilt für Finanzdienstleister, die nur Anlageberatung oder Anlagevermittlung in Bezug auf bestimmte Investmentanteile und Vermögensanlagen betreiben. Da Investmentvermögen bereits stark reguliert sind und die vermittelten Anbieter der entsprechenden Produkte in der Regel der Aufsicht unterliegen, besteht kein gesonderter Aufsichtsbedarf.¹⁰⁰ Wer die Erlaubnis des Gewerbeamtes hat, unterliegt außerdem den Vorschriften der Finanzanlagenvermittlerverordnung, die unter anderem auf Grundlage von §34g GewO erlassen wurde. Deren Vorschriften ähneln in hohem Maße den Vorschriften des WpHG,¹⁰¹ sodass sich im Endergebnis rein materiell-rechtlich ein vergleichbares Schutzniveau ergeben dürfte – unabhängig davon, ob der Robo-Advisor der BaFin oder dem Gewerbeamt unterliegt. Dennoch ist in der Literatur anerkannt, dass §34f GewO eine „enorme – der Gewerbeordnung eher fremde – Regelungskomplexität aufweist, die die zuständigen Erlaubnisbehörden regelmäßig vor Vollzugsprobleme stellen dürfte.“¹⁰² Die wohl vergleichbare Überwachung von Versicherungsvermittlern durch die Gewerbeämter erfolgt hauptsächlich „anlassbezogen“, z.B. infolge „negativer Erkenntnisse durch eine Informationsquelle“.¹⁰³ Nur in den seltensten Fällen werden die Gewerbeämter eine der BaFin vergleichbare Aufsichtsposition einnehmen (können). Somit ist in Bezug auf einige Robo-Advisor ein Rechtsdurchsetzungsproblem zu konstatieren: Wer nur bestimmte Produkte vertreibt, kann über die Ausnahmeregelung des KWG die Kontrolle durch die BaFin umgehen. Der Vorteil ist, dass dadurch keine teure Erlaubnis bei der BaFin beantragt werden muss – was grundsätzlich die Start-Up-Kultur fördert. Aus der Überwachung „light“ können sich dennoch Verbraucherrisiken ergeben, wenn materielles Recht nicht eingehalten wird. Teilweise wird in den AGB der gewerberechtlich registrierten Robo-Advisor ausgeschlossen, dass eine Anlageberatung stattfindet – obwohl faktisch die gleiche Beratungstätigkeit wie bei einigen BaFin-registrierten ‚Advisor‘ vorliegt.¹⁰⁴ Das führt zu Rechtsunsicherheit für den Verbraucher, der die Produkte in der Regel gleich, nämlich als „beratende Robo-Advisor“, wahrnehmen wird. Wie wird die BaFin mit dieser Problematik umgehen? Bereits 2007 ist die BaFin in einem Merkblatt über die Erlaubnispflicht von Kreditvermittlungsplattformen auf eines der digitalen Probleme aufmerksam geworden.¹⁰⁵ Damals gab es eine florierende Start-Up-Szene von Kreditvermittlungsplattformen, auf denen sich Private gegenseitig Geld leihen konnten. Die BaFin ging zwar grundsätzlich von der Geltung des §34c Abs. 1 Nr. 2 GewO aus, wies aber darauf hin, dass im Einzelfall das Betreiben eines Bankgeschäfts vorliegen könnte: Zum Beispiel, wenn der Plattformbetreiber sich vorab die Geldbeträge der Geldgeber einzahlen lässt. Auch eine Intervention nach §37 Abs. 1 S. 4 KWG hielt die BaFin für möglich.¹⁰⁶ Ob die BaFin in der Zukunft ähnliche Argumentationsweisen auf die Robo-Advisor anwenden wird, bleibt abzuwarten.

⁹⁷ <<https://www.vaamo.de/impressum.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁹⁸ <<https://www.easyfolio.de/impressum.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁹⁹ <<https://www.visualvest.de/impressum/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁰⁰ vgl. Schwennicke, Kreditwesengesetz Kommentar, Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), 3. Auflage 2016, Verlag C.H. Beck, Rn. 53 zu §2 KWG.

¹⁰¹ vgl. dazu Tiefensee/Kuhlen, „Umfang und Geltung der wertpapierrechtlichen Wohlverhaltensvorschriften für Finanzanlagenvermittler,“ (2013) Gewerbearchiv 17-22.

¹⁰² so Schulze-Werner, Kommentar zu Gewerbeordnung, Stand Aug. 2016, Luchterhand, Rn. 4 zu §34f GewO.

¹⁰³ so Moraht, „Verbraucherschutz im Finanzdienstleistungsbereich: Gewerberechtliche Sicht der Wirtschaft“, (2014) Gewerbearchiv, 282-287, 284.

¹⁰⁴ siehe z.B. §3 der Vaamo-AGB, <https://www.vaamo.de/static/pdf/legal/vaamo_vertragsunterlagen.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁰⁵ Merkblatt zur Erlaubnispflicht von Kreditvermittlungsplattformen vom 14.5.2007, <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_070514_kreditvermittlungspattform.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁰⁶ Merkblatt zur Erlaubnispflicht von Kreditvermittlungsplattformen vom 14.5.2007, <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_070514_kreditvermittlungspattform.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Nr. 2 „Erlaubnispflicht der Betreiber“.

3.2 Online-Direktbanken

Bei „Execution-only“-Geschäfte bestehen nur verminderte Anforderungen an die Informationserbringung durch die Bank. Gleichzeitig ist die Rechtsprechung mit der Annahme eines stillschweigend geschlossenen Beratungsvertrages eher vorsichtig.

Einen Einblick in die Komplexität bietet die Entscheidung des schleswig-holsteinischen Oberlandesgerichts:¹⁰⁷ Der Kläger war Kunde bei einer Online-Direktbank und unterhielt dort ein Wertpapierdepot. Die beklagte Direktbank stellte auf ihrer Website mit Hilfe eines „informers“ kostenlose Informationen zu über 1,17 Millionen verschiedenen Wertpapieren zur Verfügung, die der Verbraucher mit Hilfe einer speziellen Suchmaske abfragen konnte. Der Kläger fand so Informationen zu einer bestimmten Anleihe. Diese erwiesen sich als unvollständig. Sie klärten ihn nicht darüber auf, dass der Emittent der Anleihe diese unter bestimmten Bedingungen statt in Geld auch in Aktien zurückzahlen konnte, womit der Kläger nicht einverstanden war: So bestand seiner Ansicht nach kein Rückzahlungskurs von 100%. Genau das war ihm jedoch vermeintlich versprochen worden.

Das OLG Schleswig-Holstein sah keine Möglichkeit, die Direktbank für die Falschinformation haften zu lassen. Eine Prospekthaftung schied aus, da der „informer“ als knappe Information nicht dazu dient, im Sinne eines Prospektes umfassend aufzuklären. Auch eine Haftung aus einem stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag lehnte das OLG Schleswig-Holstein ab. Da der „informer“ von vornherein als unvollständig anzusehen sei und nicht zur abschließenden Information dienen sollte, könne der Kläger nach einem objektivierten Empfängerhorizont nicht davon ausgehen, dass die Direktbank dafür haften wolle. Zu guter Letzt hat das Gericht eine Haftung aus §§675, 280 Abs.1, 241 Abs.2 BGB wegen Verletzung von Nebenpflichten bzw. konkret Warnpflichten aus dem execution-only-Geschäft, das als Geschäftsbesorgungsvertrag eingestuft wird, thematisiert. Für das OLG Schleswig-Holstein ist nicht ersichtlich, dass die Direktbank den Kunden zu warnen hatte. Die Bank hatte nach Ansicht des Gerichts keine Möglichkeit zu erkennen, dass der Kläger die streitige Anlage wegen der Rückzahlungsbedingungen nicht erwerben wollte. Diese Einschätzung begründet das Gericht mit der Überlegung, dass der Kläger sich im Januar 2000, also über zehn Jahre vor Erwerb der streitigen Anlage im Juni 2011, in die fünfte von sechs Risikostufen eingeordnet hatte und nicht substantiiert dargelegt habe, dass diese Einstufung sich geändert hatte.

Offensichtlich stellen Direktbanken ihren Kunden online teilweise unvollständige Informationen zur Verfügung. Die Kunden nutzen diese Informationen trotzdem – vielleicht gerade, weil sie unvollständig sind. So können sie dem „information overload“ entgehen, der sie erwartet, wenn die Banken ihren Informationspflichten ordnungsgemäß nachkommen. Der Direktbank entsteht ein bizarrer Haftungsvorteil. Weil die Information unvollständig ist, haftet sie weder nach den Grundsätzen der Prospekthaftung, noch aus Auskunftsvertrag oder wegen einer Nebenpflichtverletzung. Die unvollständige Online-Information führt eine paradoxe Situation herbei. Der Verbraucher vertraut im Zweifel auf etwas, auf das er sich rechtlich gesehen nicht verlassen sollte. Man kann sich fragen, ob eine Entscheidung zugunsten des Klägers möglich gewesen wäre. Tatsächlich ist es schwierig, der Bank bei unvollständiger Informationsbereitstellung ein erhöhtes Haftungsrisiko aufzuerlegen. Das Gesetz kennt bezüglich der Bereitstellung von Online-Informationen (bislang?) keine erhöhten Sorgfaltspflichten. Die Informationspflichten aus §31 Abs.3 WpHG, denen die Direktbank wohl nicht bei jedem neuen Ausführungsgeschäft nachkommen muss¹⁰⁸ und die mit dem speziellen Finanzprodukt des jeweiligen Ausführungsgeschäfts im Zweifel auch nicht mehr viel zu tun haben, reichen vorliegend nicht für einen effektiven Schutz des Kunden.

Der Kläger vor dem OLG Schleswig war nachweislich ein erfahrener Anleger. Was passiert aber, wenn durch die Eröffnung des Online-Zugangs auch unerfahrene Anleger in Kontakt mit Direktbanken kommen? Ein „verletzlicher“ oder „vertrauender“ Verbraucher ist weit

¹⁰⁷ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 02. Juni 2014 – 5 U 67/14.

¹⁰⁸ siehe z.B. BGH, Urteil vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03 Leitsätze bei juris.

anfälliger für unvollständige Informationen. Man könnte andenken, dass die Rechtsprechung eher bereit wäre, eine Warnpflicht anzunehmen. Eine Warnpflicht besteht schon analog nur eingeschränkt. Sie existiert je nach den Umständen des Einzelfalls nur, wenn der Discount-Broker erkennt, dass die Aufträge des Kunden von dessen zuvor erklärten Zielvorstellungen deutlich abweichen, wenn für ihn klar erkennbar ist, dass Tragweite und Risiko des Auftrags falsch eingeschätzt werden oder wenn der Discount-Broker eine tatsächlich bestehende Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden erkennt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat.¹⁰⁹ In einer Entscheidung des BGH zu Discount-Brokern heißt es sogar, es sei nicht die Angelegenheit des Wertpapierdienstleistungsunternehmens, den Kunden durch Begrenzung seiner Entscheidungsfreiheit vor sich selbst zu schützen. Der Discount-Broker dürfe auch objektiv unvernünftige Aufträge eines ausreichend aufgeklärten und gewarnten Kunden ausführen.¹¹⁰ Teilweise wird vertreten, dass ein stillschweigender Auskunftsvertrag zustande kommt, wenn die Information für ihren Benutzer von erheblicher Bedeutung ist.¹¹¹ Wie aber soll eine solche Warnpflicht online entstehen? Das Problem liegt in den Kerncharakteristika der Digitalisierung: Massenverträge und Anonymität. In der Regel kann die Direktbank aufgrund des mangelnden Kundenkontaktes nicht erkennen, wozu der Benutzer seine Information braucht. Sie wird nicht mit einer unbestimmten Vielzahl von Nutzern Auskunftsverträge abschließen wollen.¹¹² Zumindest verantwortliche Verbraucher werden eine diffuse Vielzahl von Informationsquellen nutzen. Wie soll die Direktbank nachweisen, welche der Informationen von zentraler Bedeutung für den Anleger war? Sind die Wertpapierdienstleistungsunternehmen überhaupt die richtigen Anspruchsgegner? Sollen sie die Alleinverantwortung für die Folgen tragen, die die Digitalisierung mit sich bringt? Wie sieht es mit einer möglichen Haftung der Informationsportale aus?

Falschinformationen können grundsätzlich eine „irreführende Angabe“ im Sinne des UWG darstellen.¹¹³ Auch bei unvollständigen Informationen kann eine irreführende Angabe angenommen werden, §5a UWG. Voraussetzung ist stets, dass denjenigen, der die Information bereitstellt, eine Aufklärungspflicht trifft.¹¹⁴ Hier lässt sich auf die Rechtsprechung zu den Warnpflichten verweisen. Im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein wird eine Aufklärungspflicht nur selten angenommen werden. Damit wäre eine Inanspruchnahme der Direktbanken aus irreführender Werbung gegenstandslos.

Ergebnis: Online-Direktbanken, die ihre Kunden nicht beraten, werden nach der aktuellen Rechtslage zum Risiko für den Verbraucher. Sie stellen eine Vielzahl von Informationen zur Verfügung, behelfen sich mit Haftungsausschlüssen und beraten nicht. Die „Auto-Beratung“ des Verbrauchers kann aufgrund der Unvollständigkeit der Informationen fehlschlagen – haften muss die Direktbank trotzdem nicht.

3.3 Vergleichs- und Vermittlungsportale

Ebenso wie bei den Robo-Advisoren sind auf den Seiten von Vergleichsportalen vor der Ermittlung passender Angebote durch den Algorithmus häufig Fragebögen auszufüllen. Die Fragen nach der Haftung für eine fehlerhafte Beratung stellen sich hier ebenfalls. Im Fall einer Vermittlung von Darlehensverträgen beziehen sie sich allerdings auf das Entstehen eines Kreditberatungsvertrages.

Bevor sich die Frage nach der Haftung aus einem Beratungsvertrag stellt, ist zu klären, ob es sich bei den Vermittlungsportalen nicht teilweise um echte „Kreditvermittler“ oder

¹⁰⁹ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 02. Juni 2014 – 5 U 67/14, Rn. 21, -juris; und BGH, Urt. v. 19. März 2013 - XI ZR 431/11, Rn. 25, -juris.

¹¹⁰ siehe BGH, Urteil vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03, Leitsätze bei juris.

¹¹¹ Pfüller, Handbuch Multimediarecht, Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Stand 42. Ergänzungslieferung 2015, Verlag C.H. Beck; Teil 13.7, Rn. 15.

¹¹² Pfüller, Handbuch Multimediarecht, Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Stand 42. Ergänzungslieferung 2015, Verlag C.H. Beck; Teil 13.7, Rn. 15.

¹¹³ Bornkamm, Kommentar zum UWG, Köhler/Bornkamm (Hrsg.), 33. Aufl. 2015, Verlag C.H. Beck, Rn. 4.88-4.96 zu §5.

¹¹⁴ Bornkamm, Kommentar zum UWG, Köhler/Bornkamm (Hrsg.), 33. Aufl. 2015, Verlag C.H. Beck Rn. 8-28zu §5a.

„Versicherungsvermittler“ im Sinne der GewO handelt. Diese müssen ihr Gewerbe gem. §§34c, 34d GewO beim zuständigen Gewerbeaufsichtsamt genehmigen lassen. Versicherungsvermittler haben weiterhin eine Informationspflicht nach §11 VersVermV. Man fragt sich, wann Online-Portale unter diese Vorschriften fallen. Aufschlussreich ist eine Entscheidung des BGH zur Website von Tchibo.¹¹⁵ Tchibo bot auf www.tchibo.de sowohl Versicherungsverträge als auch Finanzdienstleistungen an. Dabei wurden die Versicherungsunternehmen als „von Tchibo ausgewählter Experte“ oder „Versicherungs-Partner“ bezeichnet. Auf der Website konnten zum Beispiel „Online-Anträge“ für Versicherungen gestellt werden, auf die eine Bestätigungs-Email folgte. Der Verband Wirtschaft im Wettbewerb e.V. reagierte und klagte auf Unterlassung dieser Aktivitäten. Er stützte seinen Anspruch auf §§8 Abs. 1, 3, 4 Nr.11 UWG i.V. m §§34c, 34d GewO und machte außerdem den Aufwendungsersatzanspruch nach §12 Abs. 1 S. 2 UWG geltend. Tchibo wand ein, nicht als eigentlicher Vermittler zu agieren – der Versicherungsvertrag selbst werde über die Websites der Partner-Unternehmen abgeschlossen. Überdies werde auf der Tchibo-Website darauf hingewiesen, dass die anbietenden Versicherungsunternehmen den Vertrag vermitteln würden. Hätte dieser Einwand Bestand gehabt, wäre Tchibos Tätigkeit nicht als erlaubnispflichtig nach §§34c, 34d GewO gewesen und auch eine Informationspflicht nach §11 VersVermV hätte nicht bestanden.

Die Argumentation des Verbandes und des BGH ist in zweierlei Hinsicht repräsentativ für Rechtsfindung im digitalen Zeitalter: Zum einen erfolgt die Beweisführung anhand von Bildern der einzelnen Seiten von www.tchibo.de. In der Akte, die teilweise im Urteil wiedergegeben ist, finden sich verschiedene Anlagen, die Fotos von den einzelnen Seiten gestalten. Zwischenzeitlich hatte Tchibo die Website geändert.¹¹⁶ Ob dies geschah, um die Beweisführung im Prozess zu erschweren oder dem Unterlassungsanspruch des Verbandes nachzukommen, ist unklar. So oder so kann es zu Unsicherheiten führen, wenn im Nachgang nicht mehr klar ist, wann die Seite wie aussah. Der BGH arbeitete mit den Abbildungen der einzelnen Websites. Da das Tchibo-Logo immer präsent blieb, konnte sich dem Verbraucher der angebliche „Wechsel“ zu den Websites der Versicherungsunternehmen nicht erschließen. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass es auf das objektive Erscheinungsbild der ausgeübten Tätigkeit ankomme. Als hilfreich erweist sich die Richtlinie 2002/92 EG über Versicherungsvermittlung,¹¹⁷ auf der die relevanten Rechtsvorschriften beruhen. Der BGH geht noch einen Schritt weiter. Dass Tchibo keine Kenntnis der konkreten Daten der Verbraucher erhält, die diese bei der Online-Buchung auf den Internetseiten der Versicherungsunternehmen eingeben, sei unerheblich.¹¹⁸ Tchibo wird durch die Entscheidung zu einem Versicherungsvermittler, der seine Kunden nicht kennt. Die durch die Digitalisierung entstehende Anonymität wird auf eine neue Ebene gehoben.

Noch ein weiterer Aspekt ist hervorzuheben: Der BGH betont, dass das fehlende Einschreiten des zuständigen Gewerbebeamten nicht zu einer „Legalisierung“ des Verhaltens des Portals führen kann.¹¹⁹ Der BGH greift schützend ein: die Untätigkeit eines Gewerbebeamten soll nicht entlastend wirken, wenn Private rechtlich gegen das Verhalten des Portals vorgehen. Die skizzierte Problematik der den Gewerbebeamten übertragenen Aufsicht ist bei den Vergleichs- und Vermittlungsportalen noch weitreichender, da sie teilweise Untergesellschaften betreiben und in Branchen tätig sind, die verschiedene Erlaubnisse erfordern – nicht nur die §34f-Erlaubnis wie bei Robo-Advisors. Auf dem Vergleichs- und Vermittlungsportal Check24 finden sich Hinweise auf die IHK München, das Kreisverwaltungsreferat der Landeshauptstadt München, das Bürgeramt Wentorf bei Hamburg und die IHK Berlin für die jeweiligen Genehmigungen der einzelnen

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 28.11.2013 – I ZR 7/13.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 28. November 2013 – I ZR 7/13, Rn. 3, -juris.

¹¹⁷ O.J. 2009, L 9, Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, inzwischen geändert durch O.J. 2016, L 26, Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 28. November 2013 – I ZR 7/13, Rn. 13, -juris.

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 28. November 2013 – I ZR 7/13, Rn. 28, -juris.

Untergesellschaften des Portals. Zu dem Ressourcenproblem der Gewerbeämter tritt ein Koordinierungsproblem. Insofern erscheint es doppelt sinnvoll, dass der BGH eingreift und eine „Legalisierung“ verneint.

Festzuhalten ist: Einige online-Portale nehmen sich nicht als professionelle „Vermittler“ wahr, sondern nur als „Informationsdienstleister“, auf die das Aufsichtsrecht gegebenenfalls keine Anwendung findet. Der Verbraucher wird nicht vernünftig informiert, gleichzeitig ist es für ihn schwer erkennbar, ob es sich um ein reines Informationsportal oder um ein echtes Vermittlungsportal handelt. Die Rechtsdurchsetzung erfolgt, wenn nicht die BaFin zuständig ist, nicht durch die damit eigentlich betrauten Gewerbeämter, sondern vielmehr durch private Verbände. Dieses Phänomen ist nicht auf die digitale Welt beschränkt.¹²⁰ Bemerkenswert ist, dass private Verbände als Interessenvertreter der analogen Welt agieren können, die durch eine Klage ihr Geschäftsmodell vor der Digitalisierung verteidigen wollen. Ein Beispiel dafür ist die vom Bund Deutscher Versicherungskaufleute gegen das Vermittlungsportal check24 beim Landgericht München eingereichte Klage. Sie stützt sich auf Vorschriften aus dem UWG. Das Landgericht hat zwischenzeitlich entschieden, dass das Portal als Versicherungsmakler agiert und darauf, sowie auf die entsprechenden Provisionen, hinweisen muss.¹²¹ Was passiert, wenn kein privater Verband Interesse an einer Klage hat und auch Verbraucherverbände nicht reagieren? Online-Vermittlungsportale bewegen sich in einem „rechtsfreien Raum“.

3.4 Mehr Information, weniger Beratung?

Lässt sich hinsichtlich der Auswirkungen der Digitalisierung auf Information und Beratung eine Tendenzaussage treffen? Robo-Advisor liefern ein Weniger an Beratung oder eine „andere“ Beratung. Die Informationspflichten bleiben gleich. Direktbanken offerieren ebenfalls ein Weniger an Beratung; dafür ein Mehr an Information, Information für die unter Umständen nicht gehaftet werden muss. Vermittlungsportale bewegen sich dazwischen. Ungeklärt ist, inwiefern Verbraucher ein Weniger an Beratung online über die eigene Suche oder die Suche nach dem teilweise ergänzend zur Verfügung gestellten Kontakt durch das Unternehmen kompensieren können. Sicher ist nur, dass die Digitalisierung zu einem Mehr an Informationen führt.

4 Fragen de lege ferenda

Die teilweise unklaren Auswirkungen der Digitalisierung auf das Recht machen auch die Suche und Beantwortung von Fragen de lege ferenda schwierig. Man kann die Digitalisierung zum Anlass nehmen, sich folgende Fragen zu stellen:

Soll das Recht verändert werden in Bezug auf einen verbesserten Zugang, Haftungsregeln, integrierte Rechtsdurchsetzung? Kann die Rechtsentwicklung überhaupt mit der Digitalisierung Schritt halten? Ist mehr als ex post Regulierung möglich? Welche alternativen oder innovativen Regelungstechniken lassen sich entwickeln, mit denen sich verhindern lässt, dass das Recht der technologischen Entwicklung ständig hinterherhinkt? Kann Digitalisierung ein Anlass sein, übergreifende „digitale Regeln“ für einzelne Sektoren zu schaffen? In der digitalen Welt treten Defizite in der Rechtsdurchsetzung auf. Das ist per se nichts Neues, gleiches gilt für die analoge Welt. Wie können diese Defizite behoben werden? Hier lässt sich vom Speziellen zum Generellen denken:

4.1 Haftung für unvollständige Informationen

Bisher haften Internetplattformen (bzw. Direktbanken) nicht für die Bereitstellung von (unvollständigen) Informationen. Sollen sie haftbar gemacht werden? Dagegen spricht, dass das Informationszeitalter auf den sich selbstständig informierenden User vertraut. Im

¹²⁰ siehe im Kontext auch Micklitz, „The Transformation of Enforcement in European Private Law, Preliminary Considerations“, 23 European Review of Private Law (2015), 491-524, insb. 506f.

¹²¹ siehe FAZ vom 13.7.2016, „Vergleichsportal muss Kunden besser informieren“, <<http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/versichern-und-schuetzen/nachrichten/vergleichsportal-muss-kunden-besser-informieren-14338413.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Gegenzug werden Informationen scheinbar kostenlos zur Verfügung gestellt. Tatsächlich bezahlt der Verbraucher mit der Freigabe seiner persönlichen Daten. Von analoger Beratung oder Informationsbereitstellung sind Verbraucher, gerade im Zusammenhang mit der Finanzkrise, häufig enttäuscht. Viele fühlten sich von Beratern hintergangen, die am Ende den eigenen Profit im Blick hatten. Zugang zu Informationen ist eine Form des „empowerment“. Durch „Selbst-Beratung“ kann der Verbraucher den Enttäuschungen der analogen Beratung entgehen. Das kann zu aktiveren Verbrauchern vor allem im Bereich der Finanzprodukte führen. Eine Haftung der Informationsprovider könnte/würde in eine Einpreisung des Haftungsrisikos münden, jedenfalls soweit der Wettbewerb das zulässt. Die digitale Welt würde sich teilen: kostenlose – unvollständige (?) Informationen für alle, kostenpflichtige – vollständige (?) Informationen für die, die es sich leisten können. Auch das ist keine wirklich neue Erkenntnis. Was sich jedoch verändert, sind die Grenzverschiebungen zwischen Werbung und Information. Die Tchibo-Entscheidung des BGH, so verbraucherfreundlich sie auch sein mag, wird das hinter der Entscheidung stehende Problem nicht lösen.

Eine Form der Information, die es bereitzustellen gilt, ist die Aufklärung über den genauen Anbieter der Leistung (z.B. Versicherung oder Darlehen) im Bereich der Vermittlungsportale. Im oben beschriebenen Fall hätte Tchibo verpflichtet werden können, genau zu kennzeichnen, dass es Produkte von Drittanbietern vermittelt. Gleiches gilt für Universaldienstleister, wie zum Beispiel eBay und Amazon, die Dienstleistungen Dritter anbieten, ohne selbst Vertragspartei zu werden. Eine Möglichkeit, die Informationslücke zu schließen, wäre die Plattformen zur Offenlegung dieser Informationen zu verpflichten. Hier setzt ein französisches Gesetzgebungsprojekt an.¹²² Online-Plattformen, die mehr als nur Informationsdienstleister, nämlich Vermittler, sind, haben zuverlässige, wahre und verständliche Informationen zu liefern. Wer zusätzlich Verbrauchermeinungen sammelt und veröffentlicht, muss ihre Richtigkeit vorher verifizieren. Anbieter müssen offenlegen, mit wem der Vertragsschluss erfolgt und ob sie selbst in den Vertrag einbezogen werden. Dazu sollen die Anbieter eine Art „best-practice“-Code mit eigens entwickelten Parametern aufstellen und diesen regelmäßig in Zusammenarbeit mit den Behörden, Wirtschaftsverbänden und Verbraucherschutzorganisationen evaluieren. Auch kostenlos arbeitende, reine Vergleichsportale, die nicht selber als Vermittler tätig werden, werden zur Offenlegung von Informationen verpflichtet. Das lässt sich mit der Tchibo-Entscheidung des BGH damit begründen, dass der Verbraucher regelmäßig nicht auf einen Blick erkennen kann, wie das Geschäftsmodell der entsprechenden Website funktioniert, ob zum Beispiel check24 eine Provision für die Vermittlung bekommt oder ob Tchibo selbst der Anbieter ist oder nicht.

Selbst wenn das französische Gesetz die Identifizierung des Vertragspartners erleichtert, ist in einem nächsten Schritt zu fragen, wie dieser erreichbar ist. Elektronische Handelsregister könnten helfen. Sie sind in vielen Ländern bereits Wirklichkeit. Ihre Einführung wird von der EU vorangetrieben. Nur, auch die französische Regelung muss überwacht, Rechtsverstöße aufgedeckt und Sanktionen durchgesetzt werden. Wer soll das machen? Eine staatliche Instanz oder Behörde? Die Konkurrenten? Die Verbraucher als Nutzer mit Hilfe der ihre Interessen wahrnehmenden Organisationen? Was schließlich passiert im Fall der Insolvenz von solchen Unternehmen? Kommt es zu Problemen wie in der Finanzkrise von 2008, muss der Klagegegner erst gesucht und gefunden werden. Aber der Vertragspartner muss nicht erst zum Zeitpunkt einer Klage, sondern schon vorher für Fragen erreichbar sein. Jeder Verbraucher ist mit Hotlines vertraut, in denen er viel nutzlose Zeit verbringen und vielleicht sogar noch Geld verlieren kann, wenn sich die Unternehmen nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten. Ein Online-Unternehmen, dass seine Identifizierung oder eine Kommunikationsaufnahme mit dem Verbraucher unterbindet, könnte dem Ordnungswidrigkeitsrecht unterfallen. Informationen vor der Verhängung einer Buße könnten auch durch online-Beschwerdesysteme gesammelt werden. Problematisch bliebe nur die Vollstreckung der Sanktionen im Fall von Unternehmen mit ausländischem Firmensitz. Das Phänomen ist aus der analogen Welt gut bekannt. In der digitalen Welt jedoch wird ein

¹²² siehe dazu unten Teil C, 3.3.

Randphänomen zur Regel. Die Digitalisierung hebt die Territorialität des Rechts auf, damit auch die Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers und seiner Rechtsverfolgungsinstanzen Zugriff zu nehmen.

Eine weitere Frage ist die Durchsetzung von Ansprüchen für fehlerhafte Informationen. Wie soll der Verbraucher wissen, dass er fehlerhaft informiert oder aufgeklärt wurde? Wie kann ein Anreiz für Verbraucher geschaffen werden, individuell einen Anspruch auf richtige Information durchzusetzen? Oder im Kollektiv? In der Regel wird der Verbraucher erst zur Tat schreiten, wenn es zu einem Schaden gekommen ist – dann steht ihm der Schadensbeweis im Wege. Eine einzelne falsche Information löst möglicherweise nicht direkt einen Schaden aus. Hier wäre eine kollektive Rechtsdurchsetzung effizienter. Kommt es durch Veröffentlichung vieler verschiedener Falschinformationen zu einer Art „Netzeffekt“, ist auf lange Sicht ein Vertrauensverlust der Verbraucher in bestimmte Informationsanbieter die Folge. Es gilt, ein Gleichgewicht zu finden zwischen der Möglichkeit, unbegrenzt und sorglos Information bereitstellen und darauf zugreifen zu können und der Notwendigkeit, Falschinformation und daraus entstehenden ökonomischen Schäden vorzubeugen.

4.2 Haftung für fehlerhafte Beratung

Wäre es sinnvoll, Robo-Advisor aus Beratungsverträgen haften zu lassen? Welche Verantwortung trägt der Verbraucher? Kann er selbst abschätzen, ob nur eine unvollständige Beratung stattfindet? Soll man überhaupt vom Zustandekommen eines Beratungsvertrages sprechen? Würde es Sinn machen, kollektive Ansprüche für fehlerhafte Beratung einzuführen? Auch die Frage nach einer Beweislastumkehr nicht nur für das Verschulden, sondern auch für den Nachweis eines kausalen Schadens stellt sich. Sollte man unterstellen, dass eine Falschberatung zu einem Schaden führt? Kann das Unternehmen beweisen, keinen Schaden verursacht zu haben?

In Betracht zu ziehen sind auch neue Formen der Selbstorganisation über das Netz, die die Grenzen des territorialen Rechts überwinden und mit blaming und shaming zum Ziel gelangen. Nicht zu übersehen sind auch die Möglichkeiten, Aufsichtsbehörden in die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen einzuschalten. Der Weg dorthin ist nicht mehr weit, aber ohne eine transnationale Zusammenarbeit geht es nicht.

4.3 Neue Haftungsmodelle?

Die hohe Dynamik digitaler Veränderungen bringt neue generelle regulatorische Probleme hervor: Wie schnell kann das Recht an die digital stattfindenden Veränderungen angepasst werden? Die Vielzahl der Gesetzesänderungen der vergangenen Jahre im Bereich Verbraucherrecht zeugt von der Schwierigkeit, mit den Entwicklungen mitzuhalten. Man denke nur an die Entwicklung der Regelung zum Fernabsatz. 1997 verabschiedete die EU die Richtlinie zum Fernabsatz, die 2011 in der Verbraucherrechte-Richtlinie aufging, die nun von der Initiative zur Regelung vertragsrechtlicher Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes überholt werden könnte.¹²³ Ist es sinnvoll, jedes neue Phänomen individuell zu regulieren oder individuell von Regulierung auszuschließen? Ist langfristig eine Verlagerung der Lösungsfindung auf Institutionen und eine „Regulierung light“ durch Generalklauseln sinnvoller?

Statt Einzelregelungen für fehlerhafte Information und fehlerhafte Beratung für die einzelnen Geschäftsmodelle (siehe oben: Vermittlungsportal, Finanzdienstleistungsunternehmen etc.) könnte ein differenziertes Haftungsmodell entwickelt werden. Grob gesehen könnte es auf der Unterscheidung zwischen Standardfragen des Verbraucherrechts und einer Art „Notfallmanagement“ bestehen. Standardfragen des Verbraucherrechts machen 90% aller Verbraucherprobleme aus. Hier bietet sich eine Standardisierung geradezu an, die mit Hilfe der Digitalisierung noch beschleunigt werden kann. Schon im Zuge der Diskussion um ein einheitliches Kaufrecht hatte die Europäische Verbraucherorganisation angedacht, das materielle Recht und die Rechtsdurchsetzung miteinander zu verzahnen. Ein Code of Conduct, verankert im geltenden Recht und verknüpft mit automatisierter Streitschlichtung

¹²³ KOM (2015) 635 final, 9.12.2015.

online, könnte sich auch im Bereich der Kapitalanlage und des Verbraucherkredits als eine Möglichkeit erweisen, Standardprobleme von geringerer Relevanz schnell vom Tisch zu bringen.¹²⁴ Die sich im Zuge der Fluggastrechte-Verordnung etablierenden elektronischen Beratungsfirmen tun letztendlich nichts Anderes.¹²⁵ Daneben bleibt aber ein Bestand an Rechtsfragen, die nicht standardisiert lösbar sind. Hier braucht es ein „Mehr“. Das ist, was sich mit Notfallmanagement umschreiben lässt. Hier sind andere Formen der Durchsetzung gefragt, möglicherweise allein in der analogen Welt. Aufsichtsbehörden und Verbraucherorganisationen müssen zusammenarbeiten. Denkbar wäre eine Art „task force“ zu gründen, die flexibel, kompetent und grenzüberschreitend auf neue Phänomene in der digitalen Welt reagiert, empirische Untersuchungen unter Hinzuziehung externer Hilfe initiiert und neue Lösungswege einschlägt. Hierzu bedarf es eines flexiblen institutionellen und eines flexiblen Rechtsrahmens. Die Details sind auszuarbeiten.

4.4 Integrierte Rechtsdurchsetzung

Schon in der analogen Welt fehlt es an einer „integrierten Rechtsdurchsetzung“. In der Zusammenschau von analoger und digitaler Welt vervielfältigen sich die Friktionen und verstärken die Notwendigkeit nach einer holistischen Betrachtung. Integrierte Rechtsdurchsetzung verlangt zweierlei: eine Gesamtbetrachtung, die die analoge und die digitale Welt umschließt und die Möglichkeiten wechselseitiger Komplementaritäten sucht. Das ist nur der erste Schritt. In einem zweiten Schritt sind die verschiedenen Rechtsträger, Zivilgesellschaft (Verbraucherorganisationen), Gerichte, Behörden und außergerichtliche Streitschlichtungsinstanzen digital und analog zu vernetzen. Wie kann das aussehen?

Sollen außergerichtliche Streitbeilegungsinstanzen digital organisierte Lösungen anbieten? Falls ja, einseitig bindend zulasten des Unternehmens, zweiseitig als Schiedsspruch? Sollen Streitschlichtungsinstanzen – Schiedsstellen, Ombudspersonen, Schiedsgerichte - die Gerichte anrufen können? Sollen Verbraucherorganisationen diesen Weg erzwingen können? Sollen Verbraucherorganisationen die Behörden zum Tätigwerden zwingen können, so wie es der EuGH im *Janecek* Verfahren für den Bereich des Umweltschutzes verlangt und wie es im Vereinigten Königreich seit Jahren der Fall ist?¹²⁶ Das Thema integrierte Rechtsdurchsetzung wirft Fragen auf, die den Rahmen dieses Beitrages sprengen würden.

5 Fazit

Die Analyse zeigt, dass es Unsicherheiten über die Anwendung analogen Rechts im digitalen Bereich gibt. Es ist nicht eindeutig, wie und durch wen Robo-Advisor beaufsichtigt werden bzw. ob über sie Beratungsverträge zustande kommen. Direktbanken können für Verbraucher zu einem Risiko werden, wenn diese sich nicht auf ihre Informationen verlassen können. Der Abschnitt zu den Portalen belegt, wie Vermittlung im Internet zu einem Problem werden kann, falls Interessenkonflikte unaufgedeckt bleiben. Besonders der Zugang zu Informationen ist für den Verbraucher im Internet von erheblicher Wichtigkeit – der Anteil an persönlicher Beratung scheint abzunehmen. Digitale Beratung erfolgt, wenn überhaupt, nicht wie in der Bankfiliale zugeschnitten auf das individuelle Profil des Verbrauchers, sondern mittels Algorithmen, die Verbraucherverhalten einem Cluster zuordnen. Zu den Abgrenzungsfragen von Information, Beratung und Vermittlung gesellt sich das hinlänglich bekannte Problem der Rechtsdurchsetzung. Ob dieses durch die Digitalisierung eine neue, andere Qualität erhält, wird sich zu erweisen haben. Die Vermischung von öffentlichem Recht und Privatrecht, die durch europäische Gesetzgebungsbestrebungen befördert wird, schreitet weiter voran.

¹²⁴ Howells/Micklitz/Reich, Optional Soft Law Instrument on EU Contract Law for Business and consumer, prepared for BEUC, 2011 <http://beuc.org/custom/2011-09955-01-E.pdf> (abgefragt 7.11.2016)

¹²⁵ vgl. dazu Rott, „Claims Management Services: An Alternative to ADR?“, (2016) *European Review of Private Law*, 143-160

¹²⁶ Rott, Behördliche Durchsetzung von Verbraucherschutz in Großbritannien, den Niederlanden und den USA, erscheint in H. Schulte-Nölke (Hrsg.), 2016.

B Gesundheit

Ähnlich dem Finanzbereich ergeben sich auch im Gesundheitsbereich Online-Phänomene, die die Bereitstellung von Information und Beratung und die Vermittlung von Gesundheitsleistungen verändern. Eingegangen werden soll im Folgenden auf drei Erscheinungsformen, die einen besonderen Verbraucherbezug haben. Wer mit dem Begriff „digital health“ konfrontiert ist, der mag zuerst an „Health IT“ und „quantified self“ mit den entsprechenden „wearables“ und den dazugehörigen Applikationen denken.

Bei Health IT geht es um den Aufbau von Datennetzwerken aus Patienteninformationen. Ein Beispiel ist der gescheiterte Versuch des National Health Service in Großbritannien, eine nationale Gesundheitsdatenbank bestehend aus verschiedenen Einzeldatenbanken zusammenzustellen. Diese Datenbank sollte sämtlichen britischen Krankenhäusern aber auch sonstigen Gesundheitsdiensten alle Patientenakten Großbritanniens zur Benutzung zur Verfügung stellen, zerbrach schlussendlich aber an einer Kostenexplosion.¹²⁷

Unter dem Bereich „quantified self“ versteht man die Möglichkeit gesundheitlicher Optimierung mit Hilfe von so genannten „wearables“, wie zum Beispiel Armbanduhren, die Bewegungsmuster nachverfolgen oder berechnen, oder über Applikationen in denen der eigene Kalorienverbrauch oder Ähnliches eingetragen werden kann.

Während der Bereich Health IT eher einen öffentlich-rechtlichen bzw. datenschutzrechtlichen Bezug aufweist, gibt es im Bereich „quantified self“ durch die Verwendung von sogenannten „Health Apps“ bereits privatrechtliche Bezüge. Health Apps informieren und beraten den Verbraucher digital über bestimmte Aspekte seiner Gesundheit. Das Phänomen Health Apps wirft verschiedene Fragen auf, beispielsweise nach den rechtlichen Beziehungen zwischen App-Ersteller und Verbraucher, aber auch dem App Store als Vermittler und dem Verbraucher. Unklar ist, inwiefern eine echte „Behandlung“ über solche Health Apps erfolgen darf. Diese Frage stellt sich auch im Zusammenhang mit dem Phänomen der „Telemedizin“. Digitale Behandlungsformen, bei denen digital informiert und gesundheitlich beraten wird, sind heute in Deutschland aufgrund des Fernbehandlungsverbotes untersagt. Wie findet Telemedizin dennoch statt und was sind die rechtlichen Implikationen? Inwiefern ändert sich das Arzt-Patienten-Verhältnis durch die Telemedizin? Eine weitere Erscheinung, die das Arzt-Patienten-Verhältnis nachhaltig formen dürfte, sind online Arztbewertungsportale, auf denen Patienten ihren Ärzten ein Rating geben. Wie gestaltet sich die neue Dreierbeziehung zwischen Portalbetreiber, Patient und Arzt?

Telemedizin, Arztbewertungsportale und Health Apps sind drei Geschäftsmodelle, die sich um Information, Beratung und Vermittlung drehen. Bei der Telemedizin wird der Patient auf neuartige Weise über seine Krankheit informiert und beraten, aber auch anders behandelt. Telemedizinische Portale können auch der Vermittlung eines Arztes für den Patienten dienen. Arztbewertungsportale vermitteln ebenfalls Ärzte, die Nutzer können sich dort über sie informieren. Health Apps werden in der Regel über App Stores vermittelt – sie sind vor allem Informationsmedien, in Ausnahmefällen findet auch über die Apps eine Beratung statt. Alle drei Phänomene haben einen besonderen privatrechtlichen Bezug. Auf sie soll daher als neuartige Geschäftsmodelle näher eingegangen werden. Notwendig ist vorab eine genauere rechtliche Einordnung der Begriffe Information und Beratung im Gesundheitsbereich.

1 Recht und Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt

1.1 Information und Beratung im Bereich Gesundheit

Wichtigste Rechtsbeziehung im Gesundheitsbereich ist naturgemäß die zwischen Arzt und Patient. Diese Beziehung ist bereits in der analogen Welt von Information und Beratung geprägt. Der Arzt hat den Patienten immer über den Verlauf der Behandlung zu informieren und über einzelne Maßnahmen aufzuklären. Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient richtet

¹²⁷ siehe dazu die Pressemitteilung des Department of Health, UK: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/en/MediaCentre/Pressreleases/DH_119293> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

sich in der analogen Welt nach einem Vierklang: Es beginnt mit der Anamnese, gefolgt von der Untersuchung des Patienten und anschließender Therapie und Nachsorge. Dieser Vierklang kann in der digitalen Welt ähnlich aussehen: Der Anamnese entspricht die Datengenerierung online, beispielsweise bei telemedizinischen Behandlungen oder Health Apps. Die Untersuchung des Patienten ist digital schwieriger – ein erster Grund für das in Deutschland bestehende Fernbehandlungsverbot. Dennoch gibt es Möglichkeiten der digitalen „Untersuchung“; ein Beispiel sind Health Apps zur visuellen Erkennung von Hautkrebs mithilfe von Fotos. Die Therapie ist in der analogen Welt geprägt von einer persönlichen Beratung, auf die ein Therapieversuch folgt. Die therapeutische Behandlung an sich kann nur schwer digital erfolgen – die Beratung ist allerdings auch per Videochat oder durch sonstige digitale Kommunikationsformen möglich. Auch die Nachsorge kann zumindest in Teilen digital erfolgen, beispielsweise durch eine digitale Nachbereitung der Therapie oder die digitale Ermittlung von eventuell weiterbestehenden Symptomen durch Nachfragen des telemedizinisch behandelnden Arztes oder durch die App.

Im Prinzip kann man bereits hier einen Vergleich zur Finanzberatung ziehen: Das Finanzdienstleistungsunternehmen führt ein Gespräch mit dem Kunden, um seine finanziellen Wünsche festzustellen – Anamnese. Die Untersuchung ist vergleichbar mit den Explorationspflichten des Finanzdienstleistungsunternehmens oder mit der Kreditwürdigkeitsprüfung. Der Therapieversuch im Gesundheitsbereich entspricht dem Anlageversuch oder dem Kreditversuch des Finanzberaters. Die Nachsorge ist nichts Anderes als „After-Sales-Services“ – der Berater hält den Kunden über ähnliche Produkte auf dem Laufenden oder ermuntert ihn zu neuen Kaufentscheidungen. Natürlich sind Finanzen und Gesundheit zwei wesensfremde Rechts- und Lebensbereiche. Im Hinblick auf Information und Beratung lassen sich dennoch Parallelen ziehen.

Der Vierklang ist für die analoge Welt in dem in §§630a ff. BGB geregelten Behandlungsvertrag als rechtlicher Ausgangspunkt für die Beziehung zwischen Arzt und Patient zu finden. Die Bestimmungen entspringen dem Patientenrechtegesetz von 2013, das den Behandlungsvertrag erstmals ausdrücklich konkretisiert.¹²⁸ Der Behandlungsvertrag wird als Dienstvertrag zwischen Behandelndem und Patient charakterisiert. Hauptpflicht des Behandlungsvertrages auf Behandelnden-Seite ist die Behandlung selber, die aus Therapie und Diagnose besteht.¹²⁹ Behandelnder kann nicht nur ein Arzt, sondern beispielsweise auch ein Heilpraktiker oder jeglicher sonstige Angehörige eines Heilberufes sein. Ausgenommen sind zum Beispiel Apotheker.¹³⁰

Auf §630a BGB folgen verschiedene Bestimmungen, die die Begriffe Information und Aufklärung behandeln. Zunächst findet sich in §630c Abs.2 S.1 BGB eine generelle Informationspflicht. Diese entsteht bei jedem Behandlungsvertrag. Dem Patienten sind alle relevanten Umstände zu erläutern. Dazu gehören insbesondere die Diagnose, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen. In §630c Abs. 2 S. 2 BGB

¹²⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz) vom 20.2.2013, BGBl. I 277; dazu Schreiber, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Schulze u.a. (Hrsg.), 8. Auflage 2014, Nomos Verlag, Rn. 1 – 2 zu den Vorbemerkungen zu §§ 630a-630h; dazu auch kurze Erläuterungen der Bundesärztekammer hier: <<http://www.bundesaerztekammer.de/recht/gesetze-und-verordnungen/patientenrechtegesetz/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016); für verschiedene Sichtweisen aus Politik, Rechtsprechung und Ärzteschaft siehe: Thole, „Das Patientenrechtegesetz – Ziele der Politik,“ (2013) Medizinrecht, 145-149; Thurn, „Das Patientenrechtegesetz - Sicht der Rechtsprechung“, (2013) Medizinrecht, 153-157; Montgomery, Brauer, Hübner, Seeböhm, „Das Patientenrechtegesetz aus Sicht der Ärzteschaft“, (2013) Medizinrecht 2013, 149-153.

¹²⁹ siehe dazu Schreiber, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Schulze u.a. (Hrsg.), 8. Auflage 2014, Nomos Verlag, Rn.7, 8 zu §630a. Mansel, Kommentar zum BGB, Jauernig u.a. (Hrsg.), 16. Auflage 2015, Verlag C.H. Beck Rn. 5 zu §630a.

¹³⁰ siehe Schreiber, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Schulze u.a. (Hrsg.), 8. Auflage 2014, Nomos Verlag, Rn. 4, 8 zu §630a.

finden sich „Fehleroffenbarungspflichten“,¹³¹ nach denen der Behandelnde den Patienten über bestimmte Fehlvorgänge zu informieren hat. §630c Abs. 3 BGB gibt eine Art „wirtschaftliche Informationspflicht“ des Behandelnden vor, der einen Patienten darüber zu informieren hat, wenn eine Übernahme der Behandlungskosten seines Wissens nicht gesichert ist. Nach §630c Abs. 4 BGB kann die Information unter bestimmten Umständen entbehrlich sein, beispielsweise bei Verzicht des Patienten auf die Information oder Unaufschiebbarkeit der Behandlung. Was die Informationspflichten anbelangt, so lässt sich wieder der Vergleich zu dem Finanzbereich ziehen: Sie entsprechen im Wesentlichen den Informationspflichten aus §31 WpHG.

Neben diesen generellen Informationspflichten bezeichnet das Patientenrechtegesetz sogenannte „Aufklärungspflichten“. Diese sind gekoppelt an die Pflicht des Behandelnden zur Einholung einer Einwilligung des Patienten vor Durchführung des Eingriffs gem. §630d Abs. 1 BGB. Die Aufklärung ist Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung, §630d Abs. 2 BGB. Die auf die Einwilligung bezogene Aufklärungspflicht aus §630e BGB wird auch als „Selbstbestimmungsaufklärung“ bezeichnet, da sie zu einem „informed consent“ des Patienten in Bezug auf die Eingriffsmaßnahme führen soll.¹³² §630e Abs. 1 S. 2 BGB zählt in Form von Regelbeispielen auf, dass der Patient über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Dringlichkeit, Notwendigkeit etc. aufgeklärt werden muss. Zusätzlich ist gem. §630e Abs. 1 S. 3 BGB auf alternative Behandlungsmethoden hinzuweisen. Der Umfang der Aufklärungspflichten richtet sich nach der Komplexität der Maßnahme.¹³³ Die Beratung hat gem. §630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB mündlich zu erfolgen. Hieran zeigt sich, dass das geltende Recht auf analoge und nicht auf digitale Sachverhalte zugeschnitten ist – der Gesetzgeber geht anscheinend davon aus, dass eine Beratung über E-Mail oder über die Kommunikationsformen von Health Apps unzulässig sei.

Im Bereich Finanzen besteht, wie oben erläutert, eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Beratung, vgl. §34 Abs. 2a WpHG. Ähnlich ergibt sich aus §630f BGB eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Behandlung. Nach §630f Abs. 2 BGB sind Einwilligungen und Aufklärungen zu dokumentieren. Die Dokumentationspflicht aus dem Behandlungsvertrag unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht von den Beratungsprotokollen:

Einerseits hat die Dokumentationspflicht aus §630f BGB einen anderen Zweck als die Dokumentationspflicht aus §34 Abs. 2a WpHG. Während die Beratungsprotokolle im Finanzbereich dem Anlegerschutz dienen sollen, dient die Dokumentationspflicht des Arztes dazu, den Behandlungsverlauf für mitbehandelnde oder andere Ärzte verfolgbar machen zu können. Die Dokumentationspflicht muss medizinisch erforderlich sein. Es geht laut Literatur nicht primär, sondern merkwürdigerweise nur sekundär um die Sicherung von Beweisen für den Patienten.¹³⁴ Andererseits kommt die Dokumentation dem Patienten im Prozess ähnlich zugute wie das Beratungsprotokoll dem Verbraucher im Anlegerschutzprozess: Nach §630h Abs. 3 BGB wird vermutet, dass eine Maßnahme, die nicht dokumentiert wurde, vom Arzt auch nicht getroffen wurde. Anders als das Beratungsprotokoll, das zwar dem Anlegerschutz dienen soll, vom Anleger aber im Prozess nicht genutzt werden kann, wird die Krankenakte dem Patienten regelmäßig nützlich. Sogar eine schlechte Dokumentation kann als Behandlungsfehler eingestuft werden und eine Haftung auslösen, wenn zum Beispiel wegen falscher Dokumentation ein unnötiger Eingriff durchgeführt wurde.¹³⁵

¹³¹ siehe Katzenmeier, „Der Behandlungsvertrag – neuer Vertragstypus im BGB“, (2013) Neue Juristische Wochenschrift, 817-823, 818.

¹³² siehe Katzenmeier, *Arztrecht*, in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), 7. Aufl. 2015, Verlag C.H. Beck, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rn. 5, 7.

¹³³ Schreiber, *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, Schulze u.a. (Hrsg.), 8. Auflage 2014, Nomos Verlag, Rn. 2 zu §630e.

¹³⁴ Konradt, *Arzthaftungsrecht*, in Ehlers/Brogie (Hrsg.), 5. Aufl. 2014, C.H. Beck Verlag, Rn. 102; Pauge, *Arzthaftungsrecht*, (13. Aufl. 2015, RWS Verlag) Rn. 500.

¹³⁵ Pauge, *Arzthaftungsrecht* (13. Aufl. 2015, RWS Verlag) Rn. 505.

In §630h BGB finden sich weitere Beweislastumkehrungen und Vermutungen zu Lasten des Behandelnden: §630h Abs. 1 BGB vermutet einen Behandlungsfehler im Bereich von beherrschbaren allgemeinen Behandlungsrisiken; §630h Abs. 4 BGB vermutet die fehlende Befähigung eines Arztes als Ursache für die Verletzung (Anfängerfehler), und §630h Abs. 5 S.1 BGB vermutet die haftungsbegründende Kausalität eines groben Behandlungsfehlers – diese Vermutung greift nach S.2 bereits bei einfachen Verstößen gegen die Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht.

In §630h Abs.5 BGB lässt sich ein weiterer Bezug zur Sicherung von Verbraucherrechten im Bereich Finanzen herstellen: während dort Schadensersatzansprüche des Verbrauchers an der Kausalität des Schadensbeweises bei der Verletzung von Informations- und Beratungspflichten zu scheitern drohen, wird beim ärztlichen Behandlungsvertrag die Kausalität vermutet. Letztere bezieht sich zwar ebenfalls nicht auf Schadensersatzansprüche aus Beratungsverträgen oder wegen Informationspflichtverletzungen, dennoch mag § 630h Abs. 5 BGB als Beispiel dafür herhalten, dass dem Gesetzgeber eine Kausalitätsvermutung zugunsten des Verbrauchers nicht fremd ist.

Fraglich ist, wie der Begriff der Beratung im Bereich Gesundheit zu verstehen ist. Das BGB kennt keine generelle „Beratungspflicht“ des Arztes. Auch die Existenz spezialgesetzlicher Beratungspflichten im Sinne einer individuellen Empfehlungsabgabe ist zweifelhaft. In §3a Abs.3 Nr.1 Embryonenschutzgesetz (ESchG) findet sich zwar eine Aufklärungs- und Beratungspflicht vor der Präimplantationsdiagnostik. Nach §40 Abs.2 Arzneimittelgesetz (AMG) ist der Proband vor der klinischen Prüfung von Arzneimitteln auf sein Recht auf ein „Beratungsgespräch“ hinzuweisen. Ob damit die Abgabe einer persönlichen Empfehlung durch einen Arzt gemeint ist, ist unklar – vielmehr dürfte es sich um individuelle Aufklärung handeln. Generell wird man sagen können, dass die allgemeine medizinische Behandlung stets einen Therapieversuch beinhalten wird. Dieser stellt sich als Abgabe einer individuellen Empfehlung dar und kann daher als Beratung qualifiziert werden. Ein selbstständiger Beratungsvertrag, wie er im Bereich Finanzen häufig sogar konkludent angenommen wird, findet sich neben dem Behandlungsvertrag in der Regel nicht.

Schließlich lassen sich einige vergleichende Bemerkungen zur Gesetzesstruktur und Gesetzesformulierung in den Bereichen Gesundheit/Finanzen machen. Anders als im Finanzbereich, wo der Vertragsgegenstand ein bestimmtes Produkt ist, dreht sich der Behandlungsvertrag um den Menschen. Allein deshalb gestaltet sich die Information als „individueller“, weil personen- und nicht produktbezogen. Im Finanzbereich dagegen werden anlage- und kreditbezogene Informationen bereitgestellt. Anders als im Finanzbereich hat der Gesetzgeber keine Feinjustierungen hinsichtlich der Informationen vorgenommen. §630c Abs.2 S.1 BGB ist im Vergleich zu beispielsweise §31 WpHG ausgenommen schlank gefasst. Das Patientenrechtegesetz ist eine vielfach kritisierte Kodifikation von Richterrecht.¹³⁶ Im Bereich Gesundheit hielt man es lange für angebracht, Informationspflichten nicht gesetzlich ausdifferenzieren. Auch mit dem Patientenrechtegesetz folgte nur eine grobe Ausformulierung der richterlichen Grundsätze. Man hat es lange der Rechtsprechung überlassen, den Patientenschutz sicherzustellen. Das Patientenrechtegesetz arbeitet eher mit Generalklauseln und beschränkt sich auf die wichtigsten Schutzvorkehrungen. Dagegen ist der Finanzbereich geprägt von komplizierten Vorgaben. Ließe sich diese Herangehensweise auf den Finanzbereich übertragen oder ist dies allein schon aufgrund der spezifischen unionsrechtlichen Vorgaben unmöglich? Wäre es zumindest im digitalen Bereich eine Möglichkeit?

Im analogen Gesundheitsbereich fehlt es weitgehend an Vermittlungsleistungen. Ganz anders sieht es im analogen Finanzbereich aus, wo Kredit- oder Versicherungsvermittler einen integralen Bestandteil des Marktes bilden. Eine entsprechende analoge

¹³⁶ siehe Katzenmeier, „Der Behandlungsvertrag – neuer Vertragstypus im BGB“, (2013) Neue Juristische Wochenschrift, 817-823; oder Mäsch, „Demokratisches Schamanentum in Wahlkampfzeiten – Risiken und Nebenwirkungen des Patientenrechtegesetzes“, (2013) Neue Juristische Wochenschrift, 1354-1356.

Ärztevermittlung scheint eher unwahrscheinlich. An deren Stelle treten heute digitale Arztbewertungsportale, über die der Patient den für ihn passenden Arzt ausfindig machen kann. In einem nächsten Schritt ist zu fragen, wie es sich mit den dargestellten Informations- und Aufklärungspflichten online verhält. Findet online eine ärztliche Information und Aufklärung statt? Oder sind andere Anbieter dafür zuständig? Lassen sich Elemente des Vierklangs aus Anamnese, Untersuchung, Therapie und Nachsorge online wiederfinden? Was sind die tatsächlichen und rechtlichen Grenzen von digital health?

1.2 Individuelle privatrechtliche Rechtsdurchsetzung

Für die individuelle privatrechtliche Rechtsdurchsetzung von Ansprüchen des Patienten gegen den Arzt hat die Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg bestimmte Grundsätze entwickelt. Sie nutzte dazu insbesondere das Vertrags- und Deliktsrecht mit einer weiten Ausgestaltung der Verkehrspflichten für den Arzt. Es folgte eine sehr ausdifferenzierte Präzisierung der einzelnen Pflichten des Arztes. Anders als im Finanzbereich scheint die Rechtsprechung im Gesundheitsbereich den Patienten zu privilegieren.¹³⁷ Man mag sich fragen, woran das liegt, denn die Problematik scheint ähnlich zu sein: Beide Male geht es um Informations- und Beratungsverhältnisse, in denen der Verbraucher (sei er Patient oder Anleger) strukturell unterlegen ist. In beiden Verhältnissen ist es für den Unternehmer (sei er Arzt oder Finanzdienstleister) einfacher, bestimmte Beweise zu erbringen. Der Unternehmer hat in beiden Bereichen einen Informationsvorsprung. Dennoch will die Rechtsprechung im Finanzbereich den Anleger nicht (beweisrechtlich) privilegieren, wohl aus Sorge, der wirtschaftliche Schaden für die Finanzberatung könne zu groß sein. Vor den wirtschaftlichen Konsequenzen für den Arzt infolge einer beweisrechtlichen Privilegierung des Patienten schreckt die Rechtsprechung nicht zurück. Die differenzierte Behandlung lässt sich damit begründen, dass der Arzt den Patienten aufzuklären hat, damit dieser wirksam in den Eingriff einwilligen kann. Die Einwilligung ist wiederum Ausdruck des verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützten Selbstbestimmungsrechts des Patienten über seinen Körper und damit von erheblicher Bedeutung über das Beweisrecht. Ein solcher Vergleich lässt sich für den Finanzbereich nicht ziehen. Aber es schwingt wohl mit, dass der Patient nicht an „unüberwindbaren prozessualen Hindernissen“ scheitern soll; dass eine Waffengleichheit eine „freundliche Praxis“¹³⁸ der Rechtsprechung voraussetzt. Dieses Argument ließe sich auf Finanzstreitigkeiten übertragen. Andererseits wird die Arzthaftung kritisiert, weil die Rechtsprechung in den Anforderungen an Aufklärung und Dokumentation zu weit gegangen sei. Die Arzthaftung sei immer noch im Kern Verschuldenshaftung.¹³⁹ Abschließend kann man sagen, dass in den Bereichen eine ähnliche Diskussion um den Schutz des Verbrauchers vor Informations- und Beratungsfehlern geführt wird.

Die Rechtsdurchsetzung erfolgt in der Regel klassisch im Zweipersonenverhältnis. Möglichkeiten kollektiver Rechtsdurchsetzung sind nicht bekannt – und anders als im Bereich Finanzen wohl auch nicht nötig. Regelmäßig wird es an der Vergleichbarkeit der individuellen Fälle fehlen. Ausnahmen bestätigen die Regel, so etwa bei massenhafter Falschberatung, wenn der Arzt den Stand der Medizin unberücksichtigt lässt. Im Gegenzug kommt im Arzthaftungsbereich der außergerichtlichen Streitbeilegung eine erhöhte Bedeutung zu. Seit 1975 sind bei den Landesärztekammern Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen eingerichtet, die Fälle vor Einschaltung der Gerichte klären sollen.¹⁴⁰ Die Gutachterkommissionen beurteilen nur das ärztliche Handeln als solches. Die

¹³⁷ siehe nur den vorteilhaften §630h BGB, der Kodifizierung von jahrelangem Richterrecht ist; vgl. Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/10488, S.27ff.

¹³⁸ in diesen Worten Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2013, C.H. Beck Verlag, Rn. 840 zu §823.

¹³⁹ Überblicksartig zu diesen Entwicklungen z.B. Katzenmeier, „Patientenrechte und Arzthaftung“, in Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2013 – Patientenrechte und Arzthaftung* (VersR-Schriften) (Verlag Versicherungswirtschaft 2013), S.5ff.

¹⁴⁰ siehe auch die Informationen der BÄK, <<http://www.bundesaerztekammer.de/patienten/gutachterkommissionen-schlichtungsstellen/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Schlichtungsstellen kümmern sich um die Schadensersatzansprüche selbst. Das Verfahren dauert nach Angaben der Bundesärztekammer zwischen 10-12 Monaten und bildet eine attraktive Alternative zum Gerichtsverfahren.

2 Neue Geschäftsmodelle

Schon die Zusammensetzung von Akteuren in der analogen und digitalen Gesundheitswelt ist unterschiedlich. Klassischerweise findet man in der Gesundheitsbranche Krankenhäuser, Krankenkassen, Pharma-Unternehmen und Apotheken bzw. medizinisch-technische Unternehmen auf Unternehmenseite. Diese stehen dem Verbraucher gegenüber, der Patient oder Abnehmer von Medikamenten sein kann. Digital kommen zu dieser Gemengelage heterogene Gruppen von Akteuren hinzu: Dazu gehören die Anbieter von gesundheitsbezogenen Internetseiten, Anbieter von mobilen Gesundheits-Apps und Anbieter von technischen gesundheitsunterstützenden Geräten (Wearables). Alle drei treten direkt mit dem Verbraucher in Kontakt.

Die Inhalte der Gesundheitswebsites sind vielfältig: Es kann sich um Gesundheitsportale handeln, die verschiedene Dienste anbieten; um Arztbewertungsportale; um Foren (Communities, Frage-und-Antwort-Seiten); um E-Commerce von Medikamenten in Online-Apotheken, um Verzeichnisse von Ärzten und anderen Informationen; um E-Learning/E-Coaching in Behandlung oder nicht; um Termin-Services beim Arzt; um E-Therapie/E-Coaching und viele andere.¹⁴¹ Über mobile Gesundheits-Apps können Verbraucher Fitness-Tracking betreiben oder die Anwendungen können krankheitsbezogen sein und der Unterstützung oder Führung einer Therapie dienen. Die Apps lädt sich der Verbraucher auf sein Smartphone, ergänzend kann er auf die Website zugreifen. Wearables können für diese Apps unterstützend wirken.¹⁴²

Die digitalen Angebote sind nicht mehr nur Service- oder Marketingprodukte, sondern können für den Patienten eine wichtige Unterstützung bei der (Selbst-)Therapie oder seiner Fähigkeit, mit einer Krankheit umzugehen sein.¹⁴³ Die Reichweite insbesondere der entsprechenden Websites ist schon heute ausgesprochen hoch.¹⁴⁴ Die schon länger zu beobachtende Veränderung des Arzt-Patienten-Verhältnisses setzt sich fort. Der Arzt wird zum Dienstleister für den Patienten, er wird zum Unternehmer. Das drückt sich in neuen Anwendungen der Telemedizin aus, aber auch in der Werbung, die Ärzte auf Arztbewertungsportalen schalten. Wie ist der Entwicklungsstand von e-Health schlussendlich zu beurteilen? Neben einer Vielzahl arrivierter Informationswebsites gibt es neue Anwendungsformen, deren Erfolg und Auswirkungen noch abzuwarten sind. In den rechtswissenschaftlichen Diskurs ist e-Health bis jetzt eher kaum vorgedrungen.¹⁴⁵ Das muss und wird sich ändern. Im Folgenden muss es darum gehen, einerseits die rechtlichen Probleme herauszuarbeiten, die ältere e-Health-Anbieter mit sich bringen, andererseits im Entstehen begriffene Problemkreise neuer Angebote frühzeitig zu erkennen.

Drei Phänomene werden rechtlich genauer analysiert: die Telemedizin, Arztbewertungsportale und Health-Apps. Alle drei Phänomene weisen verbraucherrechtliche Besonderheiten auf, die wissenschaftlich weitgehend „unberührt“ sind. Vieles deutet darauf hin, dass diese drei Phänomene in der digitalen Welt zukünftig einen hohen Stellenwert einnehmen werden. Anschließend werden die Auswirkungen auf Information und Beratung genauer analysiert.

¹⁴¹ für eine vervollständigte Aufzählung siehe Digitaler Gesundheitsmarktreport 2014, E Patient RSD, S.11f.

¹⁴² für eine genauere Darstellung siehe auch Gigerenzer/Schlegel-Matthies/Wagner, „Digitale Welt und Gesundheit. e-Health und mHealth – Chancen und Risiken der Digitalisierung im Gesundheitsbereich“, Veröffentlichung des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Januar 2016, < <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/2016/01/Digitale-Welt-und-Gesundheit.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁴³ Digitaler Gesundheitsmarktreport 2014, E Patient RSD, S.9.

¹⁴⁴ Digitaler Gesundheitsmarktreport 2014, E Patient RSD, S.13ff.

¹⁴⁵ So auch: Svantesson, „Cross border telemedicine – New Area, Same Legal Challenges?“, in: (2009) Masaryk University Journal of Law and Technology, 227-238.

2.1 Telemedizin

Die Telemedizin ist eine Form der Behandlung über eine gewisse Distanz hinweg, die sich digitale Medien bei der Anamnese, Diagnose, Therapie und Nachsorge zunutze macht. Weit gefasst kann zur Telemedizin jegliche Form von über das Internet verbreiteter medizinischer Information gehören, enger gefasst nur spezielle medizinische Ratschläge (Beratung), entweder mit oder ohne Online-Interaktion. Eine echte „Therapie“ erfolgt bei der Telemedizin nur selten, da eine digitale Einwirkung durch den Arzt auf den Patienten nur eingeschränkt möglich ist. Eine Psychotherapie kann aber beispielsweise auf telemedizinischem Weg erfolgen, ebenso eine „Selbst“-Therapie des Patienten durch Befolgung therapeutischer Anweisungen.

Getrennt wird zwischen „real time“ und „store-and-forward“-Telemedizin.¹⁴⁶ Bei der „real-time“-Telemedizin erfolgt die Behandlung (z.B. Diagnose, aber im Einzelfall auch Therapie) gegenwärtig. Bei store-and-forward wird ein Untersuchungsergebnis zunächst gespeichert und anschließend zum Beispiel an einen Spezialisten weitergeleitet. Insbesondere im Bereich der Dermatologie und Radiologie ist diese Methode weit verbreitet. Telemedizin kann im Arzt-Arzt-Verhältnis erfolgen, z.B. wenn sich Behandelnde per E-Mail oder Telefon Ratschläge bezüglich einer Diagnose geben. Für die Teleradiologie, bei der der zuständige Vollradiologe den Bildgebungsprozess nicht selbst überwacht, sondern selber später nur den Befund gibt ist dies in §§2 Nr.24, 3 Abs. 4, 24 Abs. 1 Nr.1 Röntgenverordnung (RöV) geregelt. Andererseits existiert Telemedizin auch im Arzt-Patient-Verhältnis. Beispielsweise kann es über Distanz ärztliche Konsultationen, Monitoring, Mentoring geben. Noch ganz neu sind die Möglichkeiten der Telechirurgie, Teleonkologie oder Telepathologie.

Ein illustratives Beispiel für die Gefahren der Telemedizin ist folgende Case Study zur Teleonkologie:¹⁴⁷ Ein Hausarzt behandelt eine an Lungenkrebs erkrankte Patientin in einem ländlichen Gebiet. Die Patientin nimmt an einem speziellen Programm für Teleonkologie teil und wird regelmäßig aus der Ferne von einem spezialisierten Onkologen behandelt. Nachdem sich ihr Zustand nicht verbessert, konsultiert der Hausarzt den Spezialisten persönlich und bittet ihn, einen Sondertermin mit der Patientin auszumachen, um ihren Gesundheitszustand eingehender zu diskutieren. Der Spezialist und die Patientin vereinbaren einen Gesprächstermin. Die Patientin verpasst die erste vereinbarte Videokonferenz – der lokale Hausarzt erfährt davon jedoch nichts. Einige Wochen später kommt es zu einem weiteren dieses Mal regulären Termin der Patientin mit dem Spezialisten über Videokonferenz. Die Patientin wird von einer Krankenschwester mit 10-jähriger Arbeitserfahrung in diesem Bereich begleitet. Diese tastet auf Anweisungen des Onkologen die Patientin im Abdomenbereich auf eine angeschwollene Leber ab. Währenddessen bricht aufgrund eines Internetausfalls der Videokontakt. Die Untersuchung muss über Handyverbindung fortgesetzt werden. Die technischen Probleme haben zur Löschung des Videos geführt. Vier Wochen später stellt sich heraus, dass die mit Hilfe des Handys von der Krankenschwester durch den Arzt erstellte Diagnose falsch war. Die Patientin stirbt aufgrund von Metastasen. Das Beispiel ist extrem, zeigt aber alle drei möglichen Problemfelder auf: Kommunikation zwischen den behandelnden Ärzten, Erstellung der Ferndiagnose und technische Probleme. Nicht zuletzt aus diesen Gründen gilt bis heute in Deutschland das Fernbehandlungsverbot, das Telemedizin untersagt, siehe §7 Abs. 4 Musterberufsordnung der Ärzte.

Telemedizin scheint deshalb vor allem in Bereichen verbreitet zu sein, in denen kein direkter Kontakt zum Patienten erforderlich ist, weil ein „optisches Korrelat“¹⁴⁸ zur Diagnose genügt, zum Beispiel ein Röntgenbild, ein Foto etc. Doch immer häufiger reicht die Telemedizin weiter. In Deutschland angeboten wird eine ganze Reihe von telemedizinischen Anwendungen, bei denen es sich nicht nur um die Begutachtung eines „optischen Korrelats“

¹⁴⁶ siehe Whitepaper: Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine, (2011) Journal of Health Care Law & Policy 2-54.

¹⁴⁷ folgender Abschnitt aus: Whitepaper: Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine, (2011) Journal of Health Care Law & Policy 2-54, Appendix C.

¹⁴⁸ Krüger-Brand, „Wann ist Fernbehandlung zulässig?“, in: (2014) Deutsches Ärzteblatt, A1846.

des Patienten handelt. Erstes Beispiel ist „Dr. Ed.“, von aus London betriebene Website deutscher Ärzte. Behandelt werden vor allem Geschlechtskrankheiten von Männern und Frauen, aber auch „Reisemedizin“ (Malariaprophylaxe u.Ä.) und „Innere Medizin“ (Bluthochdruck, Asthma, ...) werden angeboten. Ärztlicher Rat und Behandlung erfolgen online, per Telefon und Video.¹⁴⁹ Eine Möglichkeit der Kostenerstattung durch die Krankenkasse muss vorher vom Patienten selber in Erfahrung gebracht werden – Dr. Ed befreit sich damit selber von der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nach §630c Abs. 3 BGB. Von der Stiftung Warentest wurde Dr. Ed bereits als „riskant“ eingestuft,¹⁵⁰ zumal es eher um „Life-Style-Drugs“ zu gehen scheint. Eine andere Website, „Klara“ (ehemals „Goderma“) erlaubte das Senden eines Fotos von Muttermalen an deutsche Hautärzte, die möglicherweise einen Gang zum Arzt oder zur Apotheke empfehlen, sich jedoch darauf berufen, keine finale Diagnose zu stellen.¹⁵¹ Das Portal „Patientus“¹⁵² soll nicht gegen das Fernbehandlungsverbot verstoßen, weil nur bei einer bestimmten „Bestandspatienten-Sprechstunde“ Patienten im Rahmen einer „Anschlusskonsultation“ behandelt würden.¹⁵³ Das Programm „Medexo“ ist für die Einholung von Zweit-Meinungen gedacht – aus den AGB folgt, dass der „Zweitmeinungsvertrag“ nicht mit dem Plattformbetreiber, der nur als Empfangsvertreter agieren will, sondern mit dem entsprechenden Arzt zustande kommt. Der Mustervertrag macht es ausdrücklich zu einer Obliegenheit des Patienten, persönlich einen anderen Arzt zu konsultieren.¹⁵⁴ Andere Programme wie „Novego“¹⁵⁵ bieten eine Online-Therapie – hier von Depressionen – an. Einfallsreich ist der „NetDoktor“, der mithilfe verschiedener Fragemasken eine Eigendiagnose des Patienten offeriert.¹⁵⁶ In den USA geht die Telemedizin schon viel weiter: Es gibt bereits spezielle Apps, die über Videochat und SMS direkten Kontakt zum Arzt herstellen. Sie werben damit, dass der Doktor auf diese Weise „Hausbesuche“ macht und im Notfall digital immer erreichbar ist.¹⁵⁷ Eine andere Applikation lässt den Patienten selbst die Symptome eingeben und bietet danach die Möglichkeit zur Selbstdiagnose durch eine Auswahl von möglichen Krankheiten an.¹⁵⁸

Neben den Nachteilen und Gefahren telemedizinischer Anwendungen sind auch ihre Vorteile zu beachten: Gerade der immer wieder beschworene Ärztemangel auf dem Land kann durch telemedizinische Applikationen gelindert werden. Ein europäisches Beispiel dafür ist das Projekt „Telehealth Ostsachsen“,¹⁵⁹ finanziert vom Freistaat Sachsen und der EU, das mit Programmen wie „Tele-Stroke“, „Telecoaching“ und „Telepathologie“ telemedizinische Applikationen einführt. Bei Tele-Stroke organisieren Casemanager die ambulante Nachsorge von Schlaganfallpatienten und nutzen die Plattform zur organisatorischen Zusammenarbeit, Telecoaching ist eine Fernanwendung für Patienten mit Herzschwäche, „Telepathologie“ übermittelt Gewebeschnitte über einen Hochleistungsscanner an zweitbefundende Partnerkliniken. Nach einer repräsentativen Umfrage können sich immerhin fast die Hälfte

¹⁴⁹ siehe <www.dred.com> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁵⁰ <<https://www.test.de/DrEd-Riskanter-Besuch-beim-Online-Arzt-4420335-0/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁵¹ <<https://klara.com/#top>>, eine Besprechung des Geschäftsmodells findet sich bei <<http://www.gruenderszene.de/allgemein/goderma>> (beide zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), inzwischen gibt es die App als solche nicht mehr.

¹⁵² <www.patientus.de> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁵³ Interview des RBB mit Dr. Müschenich, Vorstandsmitglied des Bundesverbandes Internetmedizin, <https://www.rbb-online.de/rbbpraxis/rbb_praxis_service/internet-telemedizin/interview-zur-internetmedizin-dr-markus-mueschenich.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁵⁴ AGB von Medexo, §4, <www.medexo.com/agb> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁵⁵ <www.novego.de> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016)

¹⁵⁶ <<http://www.netdoktor.de/service/symptom-checker/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016)

¹⁵⁷ z.B. <<https://www.healthtap.com/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁵⁸ <<https://www.itriagehealth.com/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016)

¹⁵⁹ <<http://www.telehealth-ostsachsen.de/#ziele-1>>, zur Genehmigung der staatlichen Beihilfe durch die Union hier: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1206_de.htm> (beide zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016)

der Deutschen vorstellen, auf telemedizinische Angebote zurückzugreifen. Dazu gehört besonders die ältere Generation.¹⁶⁰

Der vierschriftige Prozess von Anamnese, Untersuchung, Therapie und Nachsorge lässt sich im Ergebnis bei den telemedizinischen Anwendungen nachverfolgen, wenn auch die meisten Anbieter sich auf Anamnese und Untersuchung beschränken.

2.2 Bewertungsportale und Vermittlungsportale

Laut Stiftung Warentest gibt es in Deutschland seit 2007 Arztbewertungsportale, die meisten davon werden kommerziell betrieben.¹⁶¹ Sie bieten neben Arztbewertungen durch die User meist auch Werbung an, die der entsprechende Arzt selbst schalten muss. Beratungsleistungen werden anders als bei der Telemedizin nicht angeboten. Stattdessen kann der User über eine Suchmaschine Informationen und Patientenbewertungen zu bestimmten Ärzten erhalten. Über ein Bewertungssystem können Patienten ihre Ärzte „bepunkten“ und ausformulierte Kritiken schreiben. Meistens erfolgen die Bewertungen anonym. Das kann vorteilhaft sein, wenn sich der Patient bei einer negativen Bewertung seinem Arzt nicht zu erkennen geben will und bringt ebenso viele Nachteile mit sich, wenn es sich um Schmähkritik handelt und der Arzt auf die Plattform zurückgreifen möchte, falls er seinen Widersacher verklagen möchte. Außerdem versagt es dem zukünftigen Patienten eines Arztes die Möglichkeit, bei dessen bewertenden Kunden weiterführende Informationen unter Bezugnahme auf die erstellte Online-Bewertung einzuholen.

Marktüberblick

Am bekanntesten ist in Deutschland das Bewertungsportal Jameda, dass nach einer Umfrage von statista 36,2% der Befragten kannten.¹⁶² Gefolgt wird es in seiner Bekanntheit von Arzt-Auskunft,¹⁶³ Sanego,¹⁶⁴ Docinsider,¹⁶⁵ Weiße Liste,¹⁶⁶ Imedo¹⁶⁷ und Topmedic.¹⁶⁸ Bereits 2012 gab es auf Jameda knapp 130.000 Patientenbewertungen von ca. 107.000 Patienten. Am häufigsten evaluiert wurden Hausärzte, Internisten und Gynäkologen, am wenigsten Laborspezialisten, Nuklearmediziner und Kinder- und Jugendpsychotherapeuten.¹⁶⁹

Zahl der Nutzer und ökonomische Bedeutung

Die Anzahl der Verbraucher, die Arztbewertungsportale heute nutzen, ist nicht zu unterschätzen. Wer sich in der analogen Welt gern auf Mundpropaganda verlässt, der wird begeistert von der „Word-of-Mouth“-Kultur im Internet sein. In Zeiten hoher Mobilität können Arztbewertungsportale nützen, wenn man im Urlaub ist und sich vor Ort nicht auskennt oder gerade umgezogen ist und am neuen Lebensmittelpunkt noch nicht „seinen“ Arzt gefunden hat. Dass Vergleichsportale im Internet einen immer höheren Stellenwert einnehmen, zeigte

¹⁶⁰ siehe (2012) Rechtsdepsche für das Gesundheitswesen, 309-310.

¹⁶¹ <<https://www.test.de/Arztbewertungen-Das-bringen-die-Portale-4206857-0/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶² <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/473405/umfrage/bekannteste-online-arztbewertungsportale-in-deutschland/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶³ <<http://www.arzt-auskunft.de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016)

¹⁶⁴ <<http://www.sanego.de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶⁵ <<http://www.docinsider.de/#/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), inzwischen wahrscheinlich insolvent laut <<http://www.healthcaremarketing.eu/medien/detail.php?rubric=Medien&nr=42853>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶⁶ <<https://www.weiße-liste.de/de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶⁷ <<https://www.imedo.de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶⁸ <<http://www.topmedic.de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁶⁹ so Emmert, Meier, „An Analysis of Online Evaluations on a Physician Rating Website: Evidence From a German Public Reporting Instrument“, 15(8) Journal of Medical Internet Research (2013), e157.

schon eine Studie der EU-Kommission von 2013.¹⁷⁰ Doch auch Bewertungsportale im Internet haben einen hohen Zulauf. Die Tatsache, dass Marktführer Jameda seit 2007 existiert, zeigt, dass die Bewertungsportale auch ökonomisch rentabel für den Betreiber sein können und Start-Ups zu ernst zu nehmenden Unternehmen werden. 37% der deutschen Ärzte wurden inzwischen auf Jameda bewertet.¹⁷¹ Jameda gibt zudem an, dass 20% der Verbraucher, die die Website nutzen, Privatversicherte sind – ein doppelt so hoher Anteil wie der Bundesdurchschnitt von 11%.¹⁷² Damit erscheinen die Portale auch als Werbepattformen für Ärzte attraktiv. Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient kann sich noch weiter weg vom klassischen Arzt-Patientenverhältnis hin zu einem Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis entwickeln. Der Arzt wird zum Dienstleister, der sich auf den Vergleichs- und Bewertungsseiten behaupten muss, die sich als Intermediäre zwischen ihm und den Patienten schieben. Im Bereich Finanzen war der analoge Bankberater schon immer „Dienstleister“, doch auch er sieht sich durch die entstehenden Robo-Advisor und Vergleichsportale einem zunehmenden Leistungsdruck ausgesetzt.

Dass Bewertungsportale ökonomisch gesehen interessant sind, zeigt die Vielfalt der Forschung zur Entwicklung von „Electronic Word of Mouth“ (eWOM).¹⁷³ Ob die Frequentierung der Ärzte langfristig tatsächlich von ihrer Online-Bewertung beeinflusst werden wird, bleibt abzuwarten. Fest steht, dass eWOM sich auf zahlreiche andere Produkte auswirkt, so zum Beispiel auf Bücher,¹⁷⁴ Hotelbuchungen¹⁷⁵ oder generell Kaufvorgänge online.¹⁷⁶ Jameda wirbt damit, dass zumindest die Kunden des „Gold“-Paketes einen Anstieg von Privatpatienten und gesetzlich krankenversicherten Patienten zu verzeichnen haben.¹⁷⁷ Man kann davon ausgehen, dass eWOM Vertrauen im sonst anonymen Internet generiert. Der Verbraucher, der Arztbewertungsportale nutzt, verlässt sich auf die Bewertungen von Patienten, mit denen er sich über das Bestehen ähnlicher gesundheitlicher Probleme identifizieren kann. Vertrauen reduziert bekanntlich die Komplexität von Systemen – und hier die Komplexität der Entscheidung des Verbrauchers, der auf der Suche nach einem Arzt ist. Damit verfügen die Portale ein Steuerungspotenzial auf dem Gesundheitsmarkt. Teilweise wird vertreten, dass der gute Ruf eines bestimmten Anbieters von dem Vertrauen des Verbrauchers in eine andere Bewertung in den Schatten gestellt werden kann.¹⁷⁸ Sollte der Verbraucher sich aufgrund von falschen Bewertungen für einen Arzt entscheiden, stellt sich nicht mehr nur die isolierte Frage nach einer Manipulation des Verbrauchers, sondern auch

¹⁷⁰ EU Kommission, Study on the coverage, functioning and consumer use of comparison tools and third-party verification schemes for such tools, EAHF/FWC/2013 85 07, siehe oben zu den Vergleichsportalen im Finanzbereich.

¹⁷¹ so Emmert, Meier, „An Analysis of Online Evaluations on a Physician Rating Website: Evidence From a German Public Reporting Instrument“, 15(8) Journal of Medical Internet Research (2013), e157.

¹⁷² <<https://www.jameda.de/fachkreise/?jamsess=aeae4e55769ee6d42843a2384b087f22>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016); die Zahlen stimmen in etwa mit einer Analyse von Statista überein: <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/155823/umfrage/gkv-pkv-mitglieder-und-versichertenzahl-im-vergleich/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁷³ Einen Überblick bieten Racherla/King, What We Know and Don't Know About Online Word-Of-Mouth: A Systematic Review and Synthesis of the Literature (November 9, 2012), Verfügbar bei SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2187040>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), und Nyilasy, „Word of Mouth – What We Really Know – And What We Don't,“ in: Kirby/ Marsden (Hrsg.), *Connected Marketing* (London, UK 2005: Butterworth- Heinemann), 161-185.

¹⁷⁴ Chevalier/Mayzlin, „The Effect of Word of Mouth on Sales: Online Book Reviews“, 43 Journal of Marketing Research (2006), 345-354.

¹⁷⁵ Ye/Law/Gu/Chen, „The influence of user-generated content on traveler behavior: An empirical investigation on the effects of e-word-of-mouth to hotel online bookings“, 27 Computers in Human Behaviour, (2011), 634-639.

¹⁷⁶ <<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/2053/umfrage/beeinflussung-der-kaufentscheidung-durch-online-bewertungen/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁷⁷ <<https://www.jameda.de/fachkreise/?jamsess=aeae4e55769ee6d42843a2384b087f22>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁷⁸ Utz/Kerkhof/van den Boost, „Consumers rule: How consumer reviews influence perceived trustworthiness of online stores“, 11 Electronic Commerce Research and Applications (2012), 49-58.

die Frage nach den Auswirkungen von Bewertungsportalen auf die Qualität der Gesundheitsangebote. Die so beförderte Bedeutung gibt Anlass für eine kritische Untersuchung ihrer Funktionsweise. Geht es tatsächlich um eine Sucherleichterung für den Verbraucher, oder profitieren am Ende nur die Ärzte?

Repräsentativität der Bewertungen

Fraglich ist, wie repräsentativ die auf einem Portal abgegebenen Bewertungen sind. Die Vermutung liegt nahe, dass nur besonders positive und besonders negative Erfahrungen dokumentiert werden, die Masse der mittelmäßigen bis guten Arztbesuche jedoch aus dem Raster fallen. Eine Studie analysierte die auf Jameda abgegebenen Bewertungen. Dort geben ca. zwei Drittel der User die Bewertung „sehr gut“ ab, 13% die Bewertung gut und nur 3% bewerten mit „ungenügend“. Unterschiedliche Professionen von Ärzten werden unterschiedlich gut oder schlecht bewertet. Ältere User geben eher gute Kritiken als jüngere User. Circa ein Drittel der bewerteten Ärzte war weiblich, was ungefähr mit dem Anteil von Ärztinnen in der Bundesrepublik übereinstimmt (40%). Ärztinnen wurden ein bisschen besser bewertet als Ärzte.¹⁷⁹ Frauen verlassen sich eher auf die Bewertungen anderer als Männer, die selbst online bewerteten.¹⁸⁰

Nicht alle Bewertungsportale bieten die gleichen Kriterien für die Bewertung im Punktesystem an. Bewertungskriterien sind zum Beispiel Information und Beratung, Ärztliche Kompetenz oder Kommunikation, Vertrauen und Erreichbarkeit; formale Kriterien, die den Patienten ebenfalls wichtig erscheinen sind Praxisambiente und Praxisorganisation.¹⁸¹ Da die Auswahl der Kriterien durch die Portale vorgenommen wird, können diese beeinflussen, wie sich das Qualitätsverständnis von Patienten von ihren Ärzten entwickelt. Unterschiedlich starke Portalbetreiber können eine Führungsrolle einnehmen – oder aber die Kriterien der Portale sind so unterschiedlich, dass es eine Vergleichbarkeit der einzelnen Anbieter ausscheidet.

Die Repräsentativität der Bewertungen wird durch ihren subjektiven Charakter relativiert. In qualitativer Hinsicht erscheinen die Bewertungen schlussendlich nicht repräsentativ. In quantitativer Hinsicht stärkt die Anzahl der Reviews das Vertrauen in einen Arzt; ob die Reviews emotional oder sachlich ausfallen, wirkt sich nicht unbedingt auf die Einstellung zum Arzt aus.¹⁸² Das könnte bedeuten, dass eine Vielzahl von nicht repräsentativen Bewertungen, die teilweise sogar unsachlich verfasst sind, einen Zulauf bei einem Arzt bewirken. Dieser Arzt muss nicht unbedingt der beste Arzt sein, den das Bewertungsportal zu bieten hat. Vielleicht behandelt er einfach nur mehr internetaffine Patienten. Weiterhin ist in quantitativer Hinsicht zu berücksichtigen, dass nicht alle Ärzte von den Bewertungsportalen abgedeckt werden. Der Verbraucher bekommt kein vollständiges Bild des Marktes. Wichtig wäre es herauszufinden, welche Ärzte nicht bzw. welche von den Bewertungsportalen erfasst werden.

Für Filmbewertungsportale wurde konstatiert, dass nur besonders gute oder schlechte, besonders umstrittene, besonders unbekannte oder besonders viral gewordene Werke

¹⁷⁹ siehe die Studie von Emmert, Meier, „An Analysis of Online Evaluations on a Physician Rating Website: Evidence From a German Public Reporting Instrument“, 15(8) Journal of Medical Internet Research (2013), e157. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen in den USA López/Detz/Ratanawongsa/Sarkar, „What patients say about their doctors online: a qualitative content analysis“, 27(6) Journal of General Internal Medicine (2012), 685-692 und Kadry/Chu/Kadry/Gammas/Macario, „Analysis of 4999 online physician ratings indicates that most patients give physicians a favorable rating“, 13(4) Journal of Medical Internet Research (2011); e95.

¹⁸⁰ Awad/Ragowsky (2008), „Establishing Trust in Electronic Commerce through Online Word of Mouth: An Examination Across Genders“, 24 Journal of Management Information Systems (2008), 101-121.

¹⁸¹ siehe diese Bewertungskriterien bei Strech/Reimann, „Deutschsprachige Arztbewertungsportale“, (2012) Gesundheitswesen, 74: e61-e67.

¹⁸² Grabner-Kräuter/Waiguny, „Insights into the impact of online physician reviews on patient's decision making: randomized experiment“, 17(4) Journal of Medical Internet Research (2015), e93.

kritisiert wurden.¹⁸³ Für das Urlaubsbewertungsportal Tripadvisor fand man heraus, dass als besonders „riskant“ empfundene Angebote eher bewertet wurden.¹⁸⁴ Wie verhält es sich bei den Ärzten? Deuten die besonders guten Reviews auf Jameda darauf hin, dass es sich um besonders gute Ärzte handelt, oder handelt es sich nur um bekannte Ärzte oder um Ärzte mit internetaffinen Patienten oder gar um Ärzte mit kritiklosen Patienten? Wenn es so wäre, könnte sich die fehlende Repräsentativität für den Verbraucher zu einem echten Problem auswachsen.

Dynamik der Bewertungserstellung

Der Entstehungsprozess der Bewertungsstruktur auf den Portalen ist komplex. Eine Frage ist, warum Verbraucher überhaupt Online-Bewertungen erstellen. Welche psychologischen Erwägungen spielen für die Motivation zur Bewertung eine Rolle – ist es Gewissenhaftigkeit, Gruppenzwang, Altruismus? Bereits 1966 wurden für analoge Word of Mouth Kommunikation vier wesentliche Motive identifiziert:¹⁸⁵ product-involvement, self-involvement, other-involvement und message-involvement. Mit product-involvement ist gemeint, dass der Verbraucher eine so entschiedene Meinung hat, dass er sich dazu gedrängt fühlt, von seinen Erfahrungen zu berichten. Self-involvement bedeutet, dass der Verbraucher das Produkt dazu nutzt, eigene Gefühle mitzuteilen. Other-involvement bedeutet, dass der Verbraucher das Bedürfnis hat, mit seiner Bewertung anderen etwas zu geben, z.B. eine Warnung mitzuteilen oder vom Erfolg des Produkts zu profitieren. Message-involvement meint ein Bedürfnis, an durch Werbung ausgelösten Diskussionen teilnehmen zu können. Online können prinzipiell die identischen Motive vorliegen. Hinzu könnte kommen, dass der Verbraucher sich auf den Portalen in eine soziale Gemeinschaft integriert fühlt. Die Portale bieten die Möglichkeit, kollektiv Produkte oder Dienstleistungen/Dienstleister zu kritisieren und bieten eine seltene Möglichkeit, kollektiv Macht auf Unternehmen/Unternehmer auszuüben.¹⁸⁶

Interessant ist auch, welche Dynamiken sich bei der Erstellung von Reviews zwischen den Bewertenden ergeben können.¹⁸⁷ Werden Verbraucher davon abgehalten, zu bewerten, wenn existierende Bewertungen (das Bewertungsumfeld) zu alt ist? Wie wirkt sich ein Zeitablauf auf die Bewertungsstruktur ab? Sind viele positive Bewertungen, ein Anlass ebenfalls zu bewerten und halten negative Bewertungen von einer Beteiligung ab? Bedeutet dies im Umkehrschluss, dass ein Bewertungsportal, das besonders viele Bewertungen anbietet, gar nicht unbedingt das Repräsentativste ist und dass viele abgegebene Bewertungen nicht auf eine besondere Ausdifferenziertheit des Portals hindeuten müssen? Die Mechanismen der selbstreferentiell arbeitenden Portale müssen noch genauer erforscht werden.

Manipulation

Online-Bewertungen können manipuliert werden. Teilweise wird vertreten, dass 10% der aufgelisteten Bewertungen manipuliert seien.¹⁸⁸ Wie aber kann der Verbraucher zwischen

¹⁸³ Dellarocas/Narayan, „What motivates people to review a product online? A study of the product-specific antecedents of online movie ratings“, Workshop on Information Systems and Economics (WISE), Evanston, IL, December 2006, http://ebusiness.mit.edu/wise2006/papers/2B-3_FinalWISE2006abstract-dell-narayan.pdf (zuletzt abgerufen am 21. März 2016).

¹⁸⁴ Jurca/Garcin/Talwar/Faltings, „Reporting Incentives and Biases in Online Review Forums“, 4 ACM Transactions on the Web (2010), 5:1-27.

¹⁸⁵ Dichter, „How Word of Mouth Advertising Works“, 44 Harvard Business Review (1966), 147-160.

¹⁸⁶ zu diesen zusätzlichen Motiven online Hennig-Thurau/Gwinner/Walsh/Gremler, „Electronic Word-of-Mouth Via Consumer-Opinion Platforms: What Motivates Consumers to Articulate Themselves on the Internet?“ 18 Journal of Interactive Marketing (2004), 38-52, 42 mit weiteren Nachweisen.

¹⁸⁷ dazu Moe/Schweidel, „Online Product Opinions: Incidence, Evaluation and Evolution“, 31 Marketing Science (2012), 372-386.

¹⁸⁸ Hu/Bose/Koh/Liu, „Manipulation of online reviews: An analysis of ratings, readability, and sentiments“, 52 Decision Support Systems, (2012), 674-684, oder speziell für die Vergleichsportale Tripadvisor und Expedia: Mayzlin/Dover/Chevalier, „Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Review Manipulation“, 104 American Economic Review (2014), 2421-2455.

einer echten und einer falschen Bewertung unterscheiden, wie erwägen, ob ärztliches Personal oder wirklich ein Patient am Werk waren? Manipulierte Bewertungen werden in der Regel unbemerkt bleiben und den Entscheidungsfindungsprozess des Verbrauchers weiter verzerren.

Relevanz der Bewertungen für den Verbraucherschutz

Geradezu verstörend erscheint, dass auf diese Gemengelage von nicht repräsentativen Bewertungen die subjektive Wahrnehmung des Verbrauchers stößt. Zum Beispiel wird negativen Bewertungen grundsätzlich ein höherer Wert zugemessen als positiven.¹⁸⁹ Fraglich ist nicht nur, warum der Verbraucher im Internet auf die Meinungen von Fremden vertraut, sondern auch, auf welche Art von Bewertungen er vertraut. Wenn man davon ausgeht, dass der Verbraucher eher auf positive Bewertungen vertraut, können sich Verzerrungseffekte ergeben. Angenommen 90% der Patienten mit guten Erfahrungen geben dem Arzt eine gute Bewertung, aber nur 25% der Patienten dieses Arztes haben dort wirklich eine gute Erfahrung gemacht: Da zufriedener Verbraucher eher eine gute Bewertung abgeben, kann auch ein weniger guter Arzt eine bessere Reputation aufrechterhalten.¹⁹⁰ Abschließend lässt sich sagen, dass Bewertungsportale eine Vielzahl von wissenschaftlich noch nicht stringent beantworteten Fragen aufwerfen. Ihre Repräsentativität und die negativen Auswirkungen auf den Verbraucher sind nicht geklärt. Manipulationen der Bewertungen können definitiv negative Auswirkungen auf die Verbraucherentscheidung entfalten. Andererseits bieten die Portale dem Verbraucher eine Hilfestellung – ist es besser in der analogen Welt „nichts“ zu wissen als in der digitalen Welt „etwas“ zu wissen, was möglicherweise falsch ist?

Vermischung von Werbung und Information

Auf den Portalseiten vermischen sich Information und Werbung. Die Portale Sanego und Jameda bieten den Ärzten beispielsweise „Premium“-Angebote an. Gegen einen Aufpreis erscheint der zahlende Arzt „über“ der Suchergebnisliste, bis zu einem Gerichtsurteil¹⁹¹ sogar besser platziert in der Suchergebnisliste selbst. Nicht nur, dass diese Vorgehensweise von Jameda als fragwürdig erscheint, weil sie einige Ärzte zwingen könnte, den Premium-Service zu nutzen, sie verfälscht das Bewertungssystem selbst. Der Verbraucher kann durch diese Art der Darstellung nicht einwandfrei erkennen, ob es sich tatsächlich um einen gut bewerteten Arzt handelt oder ob der Arzt lediglich für sich wirbt. Damit wird ein ähnliches Problem aufgeworfen, wie bei den Vergleichsportalen im Finanzbereich: In der Trias von Portalbetreiber, Vergleichendem und Verbraucher treten Interessenkonflikte auf. Während der Verbraucher eine möglichst unverzerrte Marktdarstellung sucht, verfolgen die beiden anderen Parteien ökonomische Interessen. Der Portalbetreiber muss seine Website rentabel halten – was besonders in Zusammenarbeit mit den Bewerteten oder den Herstellern der verglichenen Finanzprodukte gelingt. Während einige Vergleichsportale für die Abbildung auf ihrer Seite eine Provision verlangen, behelfen sich die Arztbewertungsportale mit der Werbefunktion für Ärzte. In einem Verfahren vor dem BGH brachte der eingetragene Arzt vor, dass die Bewertungen der Verbraucher nur ein Mittel zum Zweck seien. Sie seien gedacht, den Arzt unter Druck zu setzen und diesem die Werbefunktion „anzudienen“, um nicht durch den Patientenzulauf bei anderen besser bewerteten Ärzten auf dem Portal in finanzielle Schwierigkeiten zu geraten.¹⁹²

Nutzen für den Verbraucher

Kann der Verbraucher einen Nutzen aus den Bewertungsportalen ziehen? Motive für die Nutzung von Bewertungsportalen sind die Reduktion von Risiken, die von dem bewerteten

¹⁸⁹ so für Videospiele Yang/Mai (2010), „Experiential Goods with Network Externalities Effects: An Empirical Study of Online Rating System“, 63 Journal of Business Research, (2010), 1050-1057.

¹⁹⁰ Diesen Zusammenhang behandeln für bestimmte Behandlungsformen (Diäten und Fruchtbarkeitsbehandlung) de Barra/Eriksson/Strimling, „How feedback biases give ineffective medical treatments a good reputation“, 16(8) Journal of Medical Internet Research (2014), e193. doi.

¹⁹¹ LG München I, Urteil vom 18. März 2015 – 37 O 19570/14.

¹⁹² BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, Rn. 17, - juris.

Produkt oder dem dienstleistenden Arzt ausgehen; aber auch Zeitersparnis wird als Motiv genannt.¹⁹³ Schließlich sind Informationen auf Bewertungsportalen wenn auch nicht repräsentativ und vollständig, so doch aufbereitet. Informationsasymmetrien können Märkte zerstören, indem sie opportunistisches Verhalten hervorrufen.¹⁹⁴ Bewertungsportale helfen, so ließe sich argumentieren, Informationsasymmetrien abzubauen, indem sie dem Verbraucher den Gesundheitsmarkt überhaupt erst zugänglich machen. Anstatt über ein analoges Ärzteverzeichnis den nächstgelegenen Doktor aufzusuchen, hat der Verbraucher online eine - wenn auch unvollkommene – Möglichkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen. Der dadurch entstehende Wettbewerb zwischen den Ärzten könnte für das Gesundheitssystem förderlich sein.

Sonderproblem Arzt-Vermittlungsportale

Ein verwandtes, aber selten vorkommendes Geschäftsmodell bilden Arztvermittlungsportale. Anders als auf den Bewertungsportalen wird der Patient direkt einem Arzt zugeführt. Bekannt ist die Website 2te-zahnarztmeinung.de,¹⁹⁵ auf der Patienten, die bereits einen Behandlungsvorschlag eines Arztes erhalten haben, ein alternatives Angebot einholen können. Das Portal beschreibt sich als „Auktionsportal für Zahnersatz“. Die Patienten stellen ihren bereits existierenden Heil- und Kostenplan in anonymisierter Form auf die Auktionsplattform. Ärzte aus der Umgebung können ein günstigeres Gebot abgeben. Der Patient kann anschließend diese Ärzte kontaktieren und mit ihnen einen unverbindlichen Behandlungstermin vereinbaren. Bei diesem Termin gibt der Arzt seine zweite Meinung ab. Ein Behandlungsvertrag kommt wenn überhaupt erst bei dem in der analogen Welt stattfindenden Termin zustande. Der Plattformbetreiber ist in den Behandlungsvertrag nicht involviert und gibt auch nicht vor, zahnärztlichen Leistungen anzubieten.

Finanziell trägt sich die Plattform einerseits über die Gebühren, die Patienten zu zahlen haben. Sie zahlen für eine Auktion bzgl. eines Zahnbleachings, ein zusätzliches Angebot der Website, 5€. Eine Zahnersatz-Auktion kostet 25€. Für Angehörige von Partnerkrankenkassen, darunter die AOK-Niedersachsen und verschiedene Betriebskrankenkassen sind die Auktionen kostenlos. Andererseits erhalten auch die Ärzte, die tatsächlich einen Patienten behandelt haben, eine Gebührenrechnung von der Plattform. Die Informationen für Zahnärzte erhält man, indem man ein einfaches Kontaktformular (Adresse, Telefonnummer, E-Mail) auf der Website ausfüllt, über das man anschließend einen Link zugesendet bekommt. Folgt man diesem kann man Einsicht in die AGB für Zahnärzte nehmen. Der Zahnarzt bezahlt nach §3 der AGB grundsätzlich 10% Gebühren auf sein Auktionsgebot, sprich auf den online eingestellten Preis.¹⁹⁶ Steigt das vom Zahnarzt auf der Plattform erzielte Umsatzvolumen über 50.000€, erhöht sich der Anteil auf 15%, bei über 100.000€ auf 20%. Kommt es nicht zu einer Behandlung des Patienten fallen keine Gebühren an.

Kritisch zu betrachten ist die Möglichkeit des Qualitätsverlustes. Wenn Zahnärzte versuchen, sich gegenseitig zu unterbieten, kann die Qualität der Behandlung sinken. Hinzu kommt, dass der Arzt durch die Funktionsweise der Plattform gezwungen ist, einen Kostenvoranschlag abzugeben, ohne den Patienten vorher persönlich untersucht zu haben. Das Portal versucht diesem Effekt vorzubeugen: Nach Abschluss der Behandlung bewerten sich Arzt und Patient gegenseitig, siehe §7 der AGB für die Patienten. Wenn der Patient nach einer Auktion die Kontaktdaten eines bietenden Arztes anfordert, kann er einsehen, welche Bewertung der Bieter auf der Plattform erhalten hat. So soll Qualitätsmängeln vorgebeugt werden. Ob dieses Konzept effektiv ist, hängt von der Durchschnittsqualität der

¹⁹³ dazu Hennig-Thurau/Walsh, „Electronic Word-of-Mouth: Motives for and Consequences of Reading Customer Articulations on the Internet“, 8 International Journal of Electronic Commerce (2003), 51-74, 53f.

¹⁹⁴ Akerlof, „The „Market for Lemons“, Quality Uncertainty and the Market Mechanism“, 84 Quarterly Journal of Economics (1970), 488-500.

¹⁹⁵ <www.2te-zahnarztmeinung.de> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁹⁶ AGB erhältlich nach Ausfüllen des Kontaktformulars hier: <<https://www.2te-zahnarztmeinung.de/zahnarzt-information-auktion.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

auf der Website mitbietenden Ärzte ab. Handelt es sich um Zahnärzte, die einen durch Mangel an Professionalität bedingten Patientennotstand haben, wird das Bewertungssystem auf der Website kaum helfen können.

Fazit

Arztbewertungsportale bringen verschiedenste Problematiken mit sich. Es ergeben sich Fragen zur Repräsentativität der Bewertungen, der Dynamik der Bewertungserstellung, dem Nutzen für den Verbraucher, der Relevanz der Bewertungen für den Verbraucherschutz etc. Diese Problematiken lassen sich auf Handelsplattformen übertragen. Große Plattformen wie Amazon und eBay arbeiten mit Bewertungssystemen. Aber auch im Finanzbereich lassen sich Bewertungssysteme finden. Anzudenken wäre entweder ein einheitliches gesetzgeberisches Konzept (siehe dazu Teil C, 3.3) oder aber unterschiedliche Abstufungen je nach Bereich zu formulieren. Sind im Gesundheitsbereich oder im Finanzbereich höhere Schutzmaßnahmen als im Handelsbereich erforderlich?

2.3 Health Apps

Wie aus dem Gesundheitspapier des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen vom 19.1.2016 hervorgeht, nutzten 2014 bereits 20% der Surfer App-Anwendungen mit Wearables, Messgeräte und Ähnliches. Jeder dritte Smartphone Nutzer in Deutschland hat bereits mindestens eine App aus dem Gesundheits- oder Fitness-Spektrum installiert. Viele benutzen Apps in Verbindung mit einem medizinischen Gerät zur Datensammlung. Einige Nutzer können sich eine Weitergabe der eigenen Daten an die Krankenversicherung vorstellen.¹⁹⁷ Im Bereich Finanzen gibt es ebenfalls Apps, zum Beispiel zum Vergleich von Zinskonditionen und Anleiherisiken oder Börsenkursen vor allem zur Kontrolle der eigenen Ausgaben. Die Selbstvermessung des Verbrauchers setzt sich fort, von den Finanzen hin zum eigenen Körper.

Marktüberblick

Man kann zwischen verschiedenen Zielgruppen und Präventionsbereichen unterscheiden.¹⁹⁸ Es gibt Apps für Gesunde, für betroffene Kranke und für deren Angehörige, für Gesunde Apps zur Gesundheitsförderung, z.B. Apps für Fitnessübungen oder Ernährungs-Apps, die Kalorien mit Hilfe von „Food Databases“ zählen bzw. „Vorsorge-Apps“, die z.B. vermerken, wann der nächste Impftermin ist, oder wie viel Alkohol jemand getrunken hat bzw. noch trinken darf, die den Schlafrhythmus oder den Zyklus der Frau mitverfolgen; Apps zur „Sekundärprävention“, die helfen, mit dem Rauchen aufzuhören. Doch damit nicht genug. Apps existieren zur „Tertiärprävention“ für chronisch Erkrankte, insbesondere im Bereich Asthma, Diabetes, Allergien oder Rheuma, die Monitoring von Therapien und Ähnliches bieten. Apps für Angehörige verlegen sich auf Tipps zur Pflege.

Health Apps können den Verbraucher auch Geld kosten. In den USA bietet FitMo¹⁹⁹ dem Verbraucher die Möglichkeit, für 40\$ im Monat einen Vertrag mit einem Personaltrainer abzuschließen, der über SMS und Videochat mit dem Verbraucher in Kontakt tritt. Noch interessanter ist „Pact“²⁰⁰: Der Verbraucher schließt einen „Pakt“ mit der Health Community ab. Er verpflichtet sich über das Smartphone zum Abnehmen, Sport zu treiben oder gesünder zu essen. Darauf „wettet“ er mit einem bestimmten Betrag – wer seinen Pakt nicht einhält, muss zahlen, wer einhält, bekommt das Geld von Usern, die ihren Pakt nicht eingehalten haben.

¹⁹⁷ Gigerenzer/Schlegel-Matthies/Wagner, „Digitale Welt und Gesundheit. e-Health und mHealth – Chancen und Risiken der Digitalisierung im Gesundheitsbereich“, Veröffentlichung des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Januar 2016, S.13, < <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/2016/01/Digitale-Welt-und-Gesundheit.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁹⁸ siehe Abbildung bei Scherenberg/Kramer, „Schöne Neue Welt: Gesünder mit health-Apps?“ (2013) HealthCareMarketing, 115-119. New Business Verlag, http://www.healthon.de/sites/default/files/wp-content/uploads/2013/09/JB_HCM_2013_Apollon.pdf (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

¹⁹⁹ <<https://fitmo.com/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁰⁰ <<http://www.pactapp.com/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Es gibt eine unüberschaubare Vielzahl von Health Apps, nicht nur für Patienten, auch für Ärzte zur Behandlungsunterstützung und Information, sodass schon von einem „App-Overload“ gesprochen wird.²⁰¹ In den größten App-Stores, Google Play und Apple App Store, existieren allein für „Gesundheit und Fitness“ sowie „Medizin“ mehr als 100.000 Apps weltweit; zählt man noch Sport, Lifestyle und Ernährung hinzu, beläuft sich die Zahl auf mindestens 380.000 Anwendungen.²⁰² Ein Gutteil davon sind „Low Quality Apps“, die im Wettbewerb nicht bestehen und wieder vom Markt genommen werden. „Low Quality Apps“ sind solche, die technisch unsicher sind, und die eventuell ihre Download-Zahlen manipulieren. Die meisten Health Apps richten sich an Gesunde, weil es einfach nicht genug Kranke gibt, für die sich die Entwicklung diverser Apps lohnen würde.

Vor- und Nachteile von Health Apps

Health Apps könnten einen wichtigen Beitrag zur Gesundheit von Verbrauchern leisten. Wer als Gesunder Health Apps aktiv nutzt, der hat die Möglichkeit einfach und zumeist kostenlos sein Fitnessprogramm zu überprüfen, sich Ziele zu setzen oder sich Ideen für neue Sportarten zu suchen. Health Apps werden zum Begleiter im Alltag. Die Gesundheit kann täglich optimiert werden. Bedenkt man die Anzahl der Übergewichtigen in Deutschland, so könnten Health Apps zur Problembewältigung beitragen. Andererseits sollte man diesen Vorteil nicht überbewerten. Viele der Fitness-Apps werden von Software-Entwicklern erstellt, die sich nur wenig mit Theorien zur Änderung von Gesundheitsverhalten (Health Behavior Theory) beschäftigen. Möglicherweise ist ein Großteil der existierenden Fitness-Apps deshalb nicht in der Lage, das Gesundheitsverhalten von Verbrauchern nachhaltig zu verändern.²⁰³ Umgekehrt gilt: Wenn nicht offengelegt wird, wer Autor der App ist, ob es Sponsoren gibt, wie die notwendigen Datenpools (z.B. für das Zählen von Kalorien etc.) erstellt werden oder die entsprechenden Informationen gesammelt werden, die zum Funktionieren der App nötig sind, kann der Verbraucher die Effektivität der Health App nicht einschätzen.

Auch für Kranke bieten Apps Vorteile: So kann zum Beispiel die Einnahme von Medikamenten überwacht werden, was gerade bei chronisch Kranken die Risiken unterlassener Medikamentierung reduziert. Apps könnten, wenn richtig angewendet, zu einer beachtlichen Effizienzsteigerung im Gesundheitswesen führen. Schließlich wird die Hälfte der verschriebenen Medikamente nicht richtig von den Patienten eingenommen. Non-Compliance kann sich zu einem ökonomischen Problem auswachsen,²⁰⁴ dem mit App-Unterstützung entgegengewirkt werden kann. Manche Apps werden von Krankenkassen gefördert. Ein Beispiel ist die Caterna App, die Sehschwächen bei Kindern behandelt und vom Arzt verschrieben werden kann. Die Kosten werden von der Barmer GEK erstattet.²⁰⁵

Für Menschen mit Erkrankung besteht ein besonderes Risiko im Falle von technischen Mängeln der Apps. Besonders umstritten sind Apps zur Erkennung von Hautkrebs. Teilweise wird vertreten, dass dringend eine regulatorische Überwachung nötig ist, da die Apps nicht akkurat genug arbeiten. Besonders die App SkinVision, ehemals SkinScan, wurde kritisiert.²⁰⁶ Eine von SkinScan selbst in Auftrag gegebene Studie an der Ludwig-Maximilians-

²⁰¹ van Velsen/Beaujean/van Gemert-Pijnen, „Why mobile health app overload drives us crazy, and how to restore the sanity“, (2013) BMC Medical Informatics and Decision Making, 23-27.

²⁰² Studie des Universitätsklinikums Freiburg, Zahlen in Bezug auf 2014, Schwankungen möglich; <<https://www.tk.de/centauros/servlet/contentblob/724464/Datei/143238/Studie-Gesundheits-und-Versorgungs-Apps.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁰³ Cowan/Van Wagenen/Brown/Hedin/Seino-Stephan/Hall, „Apps of Steel: Are Exercise Apps Providing Consumers With Realistic Expectations? A Content Analysis of Exercise Apps for Presence of Behavior Change Theory“, 40 Health Education Behavior (2012), 133-139.

²⁰⁴ weiterführend Schäfer, *Patientencompliance – Messung, Typologie, Erfolgsfaktoren*, (1. Auflage 2011, Gabler Verlag) S.209.

²⁰⁵ <<https://www.barmer-gek.de/leistungen-beratung/leistungen-a-z/app-auf-rezept-8606>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁰⁶ Ferrero/Morrell/Burkhart, „Skin scan: a demonstration of the need for FDA regulation of medical apps on iPhone“, 68(3) Journal of the American Academy of Dermatology (2013), 515-516.

Universität München bestätigte die Verlässlichkeit der App,²⁰⁷ auch wenn die Diagnose eines Hautarztes als sicherer eingestuft wurde. Vorteil der App ist, dass sie dem Patienten vorab Informationen über einen möglichen Hautkrebs bereitstellen kann, was die Arzt-Patient-Kommunikation verbessert. Probleme können entstehen, wenn Verbraucher blind auf das Funktionieren der App vertrauen. Inzwischen haben über 10.000 Nutzer die App, die auf Englisch, Deutsch und Niederländisch verfügbar ist, gedownloadet.²⁰⁸

Health Apps bieten spezialisierte Hilfestellung für Ärzte in der Diagnosefindung oder bei der Suche nach dem richtigen Medikament für den Patienten. Auch hier stellen sich Fragen zur Qualitätssicherung. Jedenfalls werfen Health Apps Datenschutzproblem auf. Einerseits ist zu befürchten, dass Anbieter gesammelte Daten an andere Unternehmen weiterverkaufen, die daraus einen für den Verbraucher nachteilhaften Nutzen ziehen. Der Verbraucher könnte die Entscheidungshoheit darüber verlieren, wer wie mit seinen Daten umgeht und sich beispielsweise nicht mehr der Tatsache erwehren, dass sein Arbeitgeber seinen Blutdruck kennt.

Nutzung von Health Apps durch Krankenkassen

Die Bundesdatenschutzbeauftragte Voßhoff hat in ihrem Tätigkeitsbericht von 2014²⁰⁹ vor den Risiken gewarnt und eine entsprechende Pressemitteilung²¹⁰ veröffentlicht. Gesetzlichen Krankenkassen ist das Sammeln von Daten über Health Apps nicht erlaubt. Möglich wäre es den privaten Krankenkassen, für die die Landesdatenschutzbeauftragten zuständig sind. Versicherten ließen sich Beitragsnachlässe einräumen oder andere Vorteile versprechen, wenn sie mittels ihrer Daten einen guten Gesundheitszustand nachweisen. Das könnte umgekehrt zu einer Erhöhung der Beitragssätze für gesundheitlich belastete Versicherte führen. Gewarnt wird auch vor dem „gläsernen Patienten“.²¹¹ Die Datensätze könnten sich etwa auf regelmäßige sportliche Betätigungen der Versicherten beziehen. Sie könnten regelmäßige therapeutische Medikamenteneinnahme, Arztbesuche und weiteres dokumentieren. Gut jeder Dritte wäre statistisch zu einer Weitergabe von gesundheitsbezogenen Daten an den Krankenversicherer bereit.²¹²

Nicht zu unterschätzen sind die Vorteile, die aus einer Weitergabe von Gesundheits-Daten an Krankenversicherungen resultieren könnten. Durch die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Arzt, Krankenkasse und Patient treten „Moral Hazard“-Probleme auf. Der privatversicherte Patient strebt aufgrund seiner hohen Beitragssätze die bestmögliche ärztliche Behandlung an. Der Arzt könnte aufgrund der höheren Gewinnmarge bei Privatpatienten unnötige Behandlungen anbieten, die die Krankenkassen bezahlen müssen. Über Health-Apps könnte die Krankenkasse am Behandlungsprozess teilnehmen und Moral Hazard vorbeugen. Ein weiterer Fall von Moral Hazard ist die erhöhte Risikobereitschaft aufgrund des Umstandes, dass im Schadensfall die Versicherung einspringt. Durch die Weitergabe von Health-App-Datensätzen könnte die Krankenkasse das Risikoverhalten des Patienten besser bewerten (bspw. wenn aus den Daten hervorgeht,

²⁰⁷ Maier/Kulichova/Schotten/Astrid/Ruzicka/Berking/Udrea, „Accuracy of a smartphone application using fractal image analysis of pigmented moles compared to clinical diagnosis and histological result“, (2015) Journal of the European Academy of Dermatology and Venereology, 663–667.

²⁰⁸ <<http://www.appbrain.com/app/skinvision-melanoma-app/com.rubytribe.skinvision.ac>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁰⁹ <http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB_BfDI/25TB_13_14.pdf?__blob=publicationFile&v=9> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Punkt 13.1.

²¹⁰ <http://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2015/18_WarnungVorFitnessapps.html?nn=5217040> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²¹¹ Stinner, „Der gläserne Patient: Ein fragwürdiges Synallagma von Gesundheitsdaten und Versicherungsprämien“, JuWiss, 16.12.2014, <<https://www.juwiss.de/137-2014/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²¹² Studie von YouGov, <<https://yougov.de/loesungen/ueber-yougov/presse/presse-2015/pressemitteilung-self-tracking-rund-jeder-dritte-wurde-gesundheitsbezogene-daten-an-krankenversicherer-weitergeben/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

dass der Patient zu wenig Sport treibt und korrelativ erhöhte Blutdruckwerte nachgewiesen werden) und dagegen vorgehen, indem sie den Patienten informiert, eventuell sogar verwarnet und eventuell als letzte Konsequenz die Beitragssätze erhöht.²¹³

Bislang spielen Gesundheits-Apps eine begrenzte Rolle. Einerseits scheint es an der Akzeptanz der Versicherten zu fehlen.²¹⁴ Andererseits wurden bisher nur wenige Kooperationen mit den Krankenkassen entwickelt. Notwendig wäre, die technischen Voraussetzungen für die sichere Erhebung der Daten und ihrer Weitergabe zu schaffen. Das neue „Vitality“-Programm der Generali Gruppe, das zuerst in der Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherung eingesetzt werden wird, bringt Bonuspunkte für gesundheitsbewusstes Verhalten.²¹⁵

2.4 Auswirkungen auf Information und Beratung

Schon länger wird darauf hingewiesen, dass besser informierte Patienten ein anderes Verhältnis zu ihrem Arzt haben und dass sich dies auf die Struktur und den Ablauf der Behandlung positiv auswirken kann.²¹⁶ Ein besser informierter Patient benötigt in der analogen Welt möglicherweise weniger ärztliche Basisinformationen. Gleichzeitig entsteht so Raum für die Nachfrage nach spezifische Informationen, um die Situation genauer einschätzen zu können. Der Patient wird eine individuellere, passgenauere Beratung verlangen. Zu klären ist, wie sich diese Zweiteilung auf den medizinischen Aufklärungsstandard auswirkt – muss der Arzt gleichwohl alle Basisinformationen liefern oder kann der Standard im Einzelfall herabgesenkt werden?²¹⁷ Soll der Arzt überhaupt noch aufklären, wenn der Patient schon informiert ist?

Diese Fragen setzen sich online fort: Kann sich der Patient im Internet ausreichend selbst aufklären? Reichen die bereitgestellten Informationen an Tiefe und Sachlichkeit aus? Kennt der Patient die richtigen Informationsquellen und wie zuverlässig sind diese? Braucht ein telemedizinisch behandelter Patient zusätzliche Beratungsleistungen? Durch die im Internet bereitgestellten Informationen kann sich das persönliche Verhältnis zwischen Arzt und Patient auf ein Minimum reduzieren. Bei der Inanspruchnahme von Diensten bestimmter Websites könnte der Patient theoretisch ständig den Arzt wechseln und dadurch gar nicht in den Genuss einer vernünftigen Behandlung bekommen. Andererseits wird durch Phänomene wie 2te-Zahnarztmeinung.de das durchschnittliche Beratungspensum eines Patienten in der analogen Welt gesteigert. Über das Internet findet der Patient zusätzliche Anlaufstellen, die ihn ebenfalls beraten können. Dadurch können Patienten möglicherweise umfassender aufgeklärt werden. Informationen und Beratung über Health Apps stößt an technische Grenzen. Allein die Visualisierung der Wellness- oder Gesundheitsangebote auf dem kleinen Bildschirm des Smartphones zeigt, dass hier nur begrenzt Informationen umgesetzt werden können.

Ähnlich dem Teil Finanzen ist zu konstatieren, dass Information grundsätzlich digital, wenn auch teilweise verkürzt bereitgestellt werden kann. Der Patient geht über zu einer „Auto-Beratung“. Wie bei Finanzen ist eine digitale Beratung eher die Ausnahme. Wahrscheinlicher ist, dass Verbraucher online auf analoge Beratungsangebote stoßen. Die Gefahren der Masseninformation und der Auto-Beratung sind bei der Gesundheit die gleichen. Auch hier ist zu fragen, ob möglicherweise eine Haftung für falsche Informationen eingeführt werden muss, und ob im Haftungsregime zwischen „wichtigen“ Informationen und „unwichtigen“ Informationen unterschieden werden muss.

²¹³ zu diesen vor- und nachteilhaften Entwicklungen siehe Nguyen/Lindemeier/Fritsch/Kerssenfischer, „Zum Einfluss mobiler Endgeräte auf das individuelle Gesundheitsverhalten von PKV-Versicherten“, in Verclass, Linnhof-Popien (Hrsg.), *Smart Mobile Apps* (Springer 2012, Berlin Heidelberg), S. 19-26.

²¹⁴ Nguyen/Lindemeier/Fritsch/Kerssenfischer, „Zum Einfluss mobiler Endgeräte auf das individuelle Gesundheitsverhalten von PKV-Versicherten“, in Verclass, Linnhof-Popien (Hrsg.), *Smart Mobile Apps* (Springer 2012, Berlin Heidelberg), S. 19-26, 23.

²¹⁵ <<https://www.generali-vitalityerleben.de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²¹⁶ zum Beispiel Rosoff, „Informed consent in the electronic age“, 25 *American Journal of Law & Medicine* (1999), 367-386.

²¹⁷ so auch Dreezen, „Telemedicine And Informed Consent“, (2004) *Medicine and Law*, 541-549, 543.

Information und Beratung können sich vermischen, wenn Information dem Verbraucher als Beratung dargestellt wird. Das kann passieren, wenn er digitale Gesundheitsanwendungen nutzt, die über Masken standardisierte Ergebnisse für „ihn persönlich“ erarbeiten. Eine Health App, die durch eingeschickte Fotos zu erkennen versucht, ob der Patient Hautkrebs hat, wird immer versuchen, das Bild in Raster einzuordnen. Die anschließende „persönliche Empfehlung“ der Health App ist keine wirkliche Beratungsleistung, sondern die Information aus dem entsprechenden Raster, dass der Algorithmus der Health App identifiziert und ausgewählt hat.

3 Rechtlicher Rahmen und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt

3.1 Telemedizin

Für die Telemedizin ist das in Deutschland geltende Fernbehandlungsverbot aus §7 Abs. 4 der Musterberufsordnung für Ärzte zu beachten, das von den Ärztekammern der Länder in die eigenen Berufsordnungen übernommen wurde. Das Fernbehandlungsverbot ist denkbar undeutlich formuliert: „Ärztinnen und Ärzte dürfen individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen. Auch bei telemedizinischen Verfahren ist zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt.“ Eine speziellere Norm zum Fernbehandlungsverbot findet sich in der Legaldefinition aus §9 Heilmittelwerbegesetz: „jede Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht.“ Wichtig ist, dass die ärztliche Behandlung „nicht ausschließlich“ über Kommunikationsmedien erfolgen darf. Der Anwendungsbereich des Verbotes ist damit eingeschränkt – Telemedizin ist grundsätzlich möglich, darf aber nicht für sich stehen.²¹⁸

Ein Beispiel für eine zulässige telemedizinische Anwendung ist das Einholen einer Zweitmeinung über ein Telearztzentrum, was nach dieser Interpretation zweifellos legal ist und im Übrigen von vielen Krankenkassen erstattet wird. Auch das Einholen einer Zweitmeinung durch den behandelten Arzt selbst bei einem Konsiliararzt wird als zulässig eingestuft – das ergibt sich schon im Umkehrschluss aus §7 Abs.4 MBO-Ä, der vorsieht, dass bei telemedizinischen Verfahren eine unmittelbare Behandlung dennoch zu gewährleisten ist. Aber es können sich auch Fallkonstellationen ergeben, in denen eine telemedizinische Anwendung zunächst alleine stehen kann. Ein Beispiel ist das Hinzuziehen eines telemedizinischen Notarztes während eines Rettungseinsatzes. Hier wird teilweise davon ausgegangen, dass Sinn und Zweck des Fernbehandlungsverbotes nicht sein kann, den Patienten in einer gesundheitsgefährdenden Situation gänzlich von einer Behandlung auszuschließen, nur weil gerade kein Arzt verfügbar ist.²¹⁹

Wie sieht es mit telemedizinischen Behandlungen aus, die ohne das Vorliegen einer Notsituation erfolgen, nicht durch eine „analoge“ Konsultation eines Arztes ergänzt werden und sich im Arzt-Patienten-Verhältnis abspielen? Solche Behandlungen sind derzeit unzulässig.²²⁰ Doch können sich Abgrenzungsprobleme ergeben: Wann handelt es sich bei einer Internetanwendung um Beratung, im Sinne einer Behandlung, die nach §7 Abs.4 MBO-Ä verboten wäre, und wann handelt es sich um bloße Information? Die Grenzen verwischen. Nach den Hinweisen und Erläuterungen zu §7 Abs.4 MBO-Ä der AG Telemedizin der Bundesärztekammer sind allgemeine Erörterungen zu einer medizinischen Frage ohne Bezug auf einen bestimmten Patienten und sein geschildertes Krankheitsbild zulässig,²²¹

²¹⁸ siehe die Hinweise der AG Telemedizin der BÄK zu §7 Abs.4 MBO-Ä, <http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Recht/2015-12-11_Hinweise_und_Erlaeuterungen_zur_Fernbehandlung.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²¹⁹ so Katzenmeier/Schrag-Slavu, *Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin im Rettungsdienst* (Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010), S.169ff. für eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

²²⁰ siehe Krüger-Brand, „Wann ist Fernbehandlung zulässig?“, (2014) Deutsches Ärzteblatt, A1846.

²²¹ Hinweise der AG Telemedizin der BÄK zu §7 Abs.4 MBO-Ä, S.2, <http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Recht/2015-12-11_Hinweise_und_Erlaeuterungen_zur_Fernbehandlung.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

damit also nur in Form einer Informationskomponente. Außerdem ist nicht für alle medizinischen Fachbereiche klar, ob das Fernbehandlungsverbot gilt. Beispielsweise wird eine Ausnahme oder zumindest eine Lockerung im Bereich der psychotherapeutischen Online-Beratung vermutet.²²² Das wird damit begründet, dass die ethischen Richtlinien der deutschen Gesellschaft für Psychologie und des Berufsverbandes deutscher Psychologinnen und Psychologen von der beratenden und kommentierenden Tätigkeit im Internet sprechen.²²³

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die Reichweite des Fernbehandlungsverbotes so eingeschränkt ist, dass es nur noch die telemedizinische Beratung zwischen Arzt und Patient ohne komplementäre „analoge Behandlung“ betrifft. Die verbotenen Fälle der Telemedizin haben bereits die Gerichte beschäftigt. Die obergerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass jeder potenzielle Verstoß im Hinblick auf das Fernbehandlungsverbot einzeln beurteilt werden muss – und nicht etwa die telemedizinische Website an sich.²²⁴ Die nach dem UWG klageberechtigte Vereine stützen sich auf §3a UWG in Kombination mit berufsrechtlichen Vorschriften. In der Regel werden Ärzte, aber auch Portalbetreiber verklagt, wenn auf den entsprechenden Websites eine individuelle medizinische Beratung stattfand – vielfach in „Frage-Antwort-Foren“, auf denen der Beratungsprozess für alle User sichtbar ist.²²⁵ Klagen von Patienten gegen fehlerhafte Online-Behandlungen sind bislang nicht bekannt geworden. Daraus könnte man schließen, dass Schadensfälle äußerst selten sind, womöglich auch wegen der wenig riskanten Behandlungsfelder, in denen reine Telemedizin bislang stattfindet.

Aufweichen des Fernbehandlungsverbots durch das Unionsrecht?

Grenzüberschreitende Behandlungen werden durch die EU-Patientenmobilitätsrichtlinie²²⁶ gefördert. Wer dem Fernbehandlungsverbot entgehen will, kann dies übers Internet tun. Die Frage bleibt, ob die deutsche Krankenkasse die Kosten erstattet. Dies ist zwar nach Art. 7 Abs.1 der Patientenmobilitätsrichtlinie weiterhin eine nationale Angelegenheit. Der 26. Erwägungsgrund der Richtlinie stellt jedoch klar, dass grundsätzlich auch eHealth-Leistungen erstattet werden sollten. Gesundheit und die Telemedizin fallen nicht in den Anwendungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU.²²⁷ Das folgt aus der technischen Komplexität, der weitgehend öffentlichen Finanzierung und dem Charakter der Dienstleistung, die im öffentlichen Interesse erbracht wird.

Jedoch fallen telemedizinische Leistungen in den Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie.²²⁸ Nach deren Artikel 3 Abs.1 gilt das Herkunftslandprinzip. Danach werden in

²²² Kern, „Zur Zulässigkeit der ärztlichen Beratung im Internet“, (2001) Medizinrecht 2001, 495-498, 495.

²²³ Ethische Richtlinien der deutschen Gesellschaft für Psychologie und des Berufsverbandes deutscher Psychologinnen und Psychologen, Punkt V.7.

²²⁴ so OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. Juni 2013 – I-20 U 137/12, 20 U 137/12 im Leitsatz und im Ergebnis auch LG Köln, Urteil vom 08. November 2011 – 81 O 56/11; OLG München, Urteil vom 02. August 2012 – 29 U 1471/12.

²²⁵ siehe LG Köln, Urteil vom 08. November 2011 – 81 O 56/11; OLG München, Urteil vom 02. August 2012 – 29 U 1471/12; OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. Juni 2013 – I-20 U 137/12, 20 U 137/12.

²²⁶ O.J. 2011, L 88, Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung.

²²⁷ Art. 3 Abs.3b und Erwägungsgründe 11, 30 der Verbraucherrechterichtlinie, O.J. 2011, L. 304, Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates; sowie Commission Staff Working Document on the applicability of existing EU legal framework to telemedicine services, SWD(2012) 414 final vom 6.12.2012, S.20.

²²⁸ O.J. 2000, L 178, Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen

Deutschland in Anspruch genommene telemedizinische Leistungen nach den rechtlichen Bestimmungen des Mitgliedstaates, aus dem sie stammen, beurteilt. Das deutsche Fernbehandlungsverbot findet keine Anwendung. Die Richtlinie schafft die Möglichkeit, das Fernbehandlungsverbot zu umgehen, indem der Anbieter den Sitz des telemedizinischen Internetanbieters in ein EU-Ausland verlegt, in dem kein Verbot existiert. Gemäß Art. 3 Abs. 4 i) der E-Commerce-Richtlinie sind Abweichungen vom Herkunftslandsprinzip zum Schutz der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit möglich. Das Verfahren nach Art. 3 Abs. 4 unterliegt einer Vorab-Beurteilung durch die Europäische Kommission. Deutschland hat von dieser Möglichkeit bisher keinen Gebrauch gemacht. Verbraucher in Deutschland könnten theoretisch aus dem EU-Ausland behandelt und beraten werden.

Umgekehrt könnte man sich fragen, ob Deutschland das Angebot telemedizinischer Anwendungen überhaupt noch untersagen darf. Das Fernbehandlungsverbot betrifft das Anbieten von telemedizinischen Leistungen aus Deutschland heraus in andere EU-Mitgliedstaaten. Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV wird eingeschränkt. Denn Art. 56 AEUV umfasst grundsätzlich auch Korrespondenzdienstleistungen und schützt sowohl die passive als auch die aktive Dienstleistungsfreiheit.²²⁹ Hier würde die passive Dienstleistungsfreiheit der im EU-Ausland ansässigen potentiellen Patienten beschränkt. Auch potentielle Kunden werden von der Dienstleistungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH erfasst.²³⁰ Auch die aktive Dienstleistungsfreiheit der Anbieter wird beschränkt. Dass die Beschränkung durch Satzungsrecht der Ärztekammern und nicht durch den Gesetzgeber erfolgt, ist nach der Rechtsprechung des EuGH unerheblich.²³¹ Deutschland müsste die Beschränkung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen können. Einerseits käme der Schutz der öffentlichen Gesundheit in Betracht. Zu bedenken ist zweierlei: Einerseits ist Telemedizin in anderen EU-Ländern zulässig, sodass die restriktive deutsche Politik unter hohem Rechtfertigungsdruck steht. Die Kommission scheint Einschränkungen der Telemedizin nicht zu befürworten.²³² Eine Beantwortung der Frage der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht wäre im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV möglich, sollte in der Zukunft einmal ein wettbewerbsrechtliches Verfahren mit grenzüberschreitendem Bezug gegen einen der Anbieter geführt werden.

Anforderungen an Information und Aufklärung

Ergeben sich für telemedizinische Anwendungen andere Anforderungen an die Informations- und Beratungspflichten aus §§630c, 630e BGB? Teilweise wird vertreten, dass erhöhte Anforderungen an die Aufklärung nicht nötig sind.²³³ Da eine telemedizinische Anwendung noch nicht Standard ist, sollte darüber aufgeklärt werden, dass eine solche durchgeführt

Geschäftsverkehr"); so Hanika, „Telemedizin – Handlungs- und Weiterentwicklungsbedarf“, (2001) Medizinrecht, 107-111, 109.

²²⁹ siehe z.B. Rs. 286/82 und 26/83, Graziana Luisi und Giuseppe Carbone v. Ministero del Tesoro, EU:C:1984:35; speziell für Gesundheitsleistungen Rs. C-158/96, Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie, EU:C:1998:171 und Rs. C-157/99 B.S.M. Smits, verheiratete Geraets, v. Stichting Ziekenfonds VGZ und H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, EU:C:2001:404.

²³⁰ siehe Rs. C-384/93, Alpine Investments BV v. Minister van Financiën, EU:C:1995:126.

²³¹ siehe nur Rs. C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman, EU:C:1995:463.

²³² Commission Staff Working Document on the applicability of existing EU legal framework to telemedicine services, SWD(2012) 414 final vom 6.12.2012, S.5.

²³³ Schütze/Kamler, „Juristische Aspekte der Telemedizin in Deutschland“, (2007) Deutsche Medizinische Wochenschrift, 453-457, 454 mit Verweis auf Kern, „Rechtliche Konsequenzen für medizinischen Standard, Methodenfreiheit, Sorgfaltsmaßstab und Aufklärung“, in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, (1. Aufl. 2001, Springer Verlag Berlin Heidelberg New York), 55-66.

wird.²³⁴ Der Patient muss davon in Kenntnis gesetzt werden, inwiefern sich die telemedizinische Behandlung von einer normalen Behandlung unterscheidet und wer im Einzelnen die telemedizinische Behandlung durchführt. Der Patient muss überdies aufgeklärt werden, wie mit seinen Gesundheitsdaten umgegangen wird. Er muss wissen, welche technischen Risiken sich durch die telemedizinische Behandlung ergeben.²³⁵ Die Information über den behandelnden Telemediziner ist zentral. Nicht nur, dass der Patient sich eventuell über dessen Expertise rückversichern will, der behandelnde Telemediziner kann bei Behandlungsfehlern zum Adressaten von Haftungsansprüchen werden. Besonders fatal wäre eine Unkenntnis des behandelnden Arztes, wenn die Telemedizin unter Verstoß gegen das Fernbehandlungsverbot stattfindet und es keine Einbettung in eine analoge Behandlung gibt. Dann könnte es dazu kommen, dass der digitale Patient seinen Vertragspartner nicht kennt oder nicht erreichen kann, ein weithin verbreitetes Problem in der Internetkommunikation. Einen gewissen Schutz können die Informationsvorschriften der E-Commerce-Richtlinie bieten.

Wer ist im Falle von in normale Behandlungsvorgänge eingebetteter Telemedizin für die Aufklärung verantwortlich? Ist es der Telemediziner oder der tatsächlich behandelnde Arzt; oder unterliegen beide der Aufklärungspflicht? Die Antwort hängt davon ab, mit wem der Patient einen Behandlungsvertrag geschlossen hat. Kommt ein solcher mit dem Konsiliararzt zustande, so hat dieser eine eigene Aufklärungspflicht. Ist dies nicht der Fall, so ist der Konsiliararzt genau genommen nicht in der Informations- und Aufklärungspflicht. Der behandelnde Arzt steht dem Patienten in der Regel näher. Andererseits verfügt der Telemediziner eventuell über eine bessere Sachkunde was die telemedizinische Maßnahme betrifft, sodass man eine Aufklärungspflicht befürworten könnte. Unklar ist, wann ein Online-Dienst zu einer telemedizinischen Beratung und damit zum Abschluss eines Behandlungsvertrags führt, und wann es sich um reine Online-Informationen handelt. Somit schwierig festzulegen, wann die Informations- und Aufklärungspflichten aus dem BGB ausgelöst werden.

Dokumentationspflichten

Fraglich ist, ob eine Dokumentation im Rahmen telemedizinischer Behandlung erforderlich ist. Rechtsprechung gibt es bislang nicht. Doch wird davon auszugehen sein, dass alle telemedizinischen Anwendungen dokumentiert werden müssen, die medizinisch für den Patienten von Bedeutung sind.²³⁶ In der Realität sind Situationen vorstellbar, in denen die Anonymität des Internets dazu führt, dass der Arzt den Patienten gar nicht kennt. Bei Health Apps, die telemedizinische Funktionen und Beratung anbieten, wird das regelmäßig der Fall sein. Liegt ein analoger Behandlungsvorgang vor, führt der hauptverantwortliche Arzt die Patientenakte.

Privatrechtliche Haftung

In Betracht kommt bei telemedizinischen Behandlungsfehlern eine Haftung aus dem Behandlungsvertrag im Sinne von §§630a ff. BGB. Unklar ist, ob §7 Abs. 4 MBO-Ä als eine Verbotsnorm im Sinne von §134 BGB einzustufen ist. Bei einer untersagten Fernbehandlung im Arzt-Patienten-Verhältnis ohne Einbettung in eine „analoge Behandlung“ würde die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages den Patienten weitgehend schutzlos stellen. In Betracht käme eine Haftung aus einfachem Dienstvertrag nach §611 BGB – eine unzureichende Lösung die gegen eine Anwendung des §134 BGB spricht. Vertreten wird, dass die Fernbehandlung einen groben Behandlungsfehler darstellt, da sie eine

²³⁴ so Heyers/Heyers, „Arzthaftung – Einsatz von Telematik im Behandlungsprozess, (2001) Deutsche Medizinische Wochenschrift, 918-925, 923; andere Ansicht Pflüger, „Haftungsfragen der Telemedizin“, (1999) Versicherungsrecht, 1070-1075.

²³⁵ siehe diese Anforderungen bei Dreezen, „Telemedicine And Informed Consent“, (2004) Medicine and Law, 541-549, 541, 543-544.

²³⁶ Schütze/Kamler, „Juristische Aspekte der Telemedizin in Deutschland“, (2007) Deutsche Medizinische Wochenschrift, 453-457, 454.

„Standardunterschreitung“ darstelle.²³⁷ Das setzt wiederum einen Behandlungsvertrag voraus. Erfolgt die Telemedizin komplementär zur normalen Behandlung, gelten die normalen Arzthaftungsvorschriften. Handelt es sich (wie in der Regel) um Telemedizin, die den behandelnden Arzt fachlich unterstützt, ist im Einzelnen zu prüfen, ob der Konsiliararzt mit dem Patienten einen eigenen Behandlungsvertrag geschlossen hat. Problematisch kann im Falle von zwei behandelnden Ärzten sein, wer den Behandlungsfehler begangen hat. Parallel zur Vertragshaftung läuft die deliktische Haftung nach §§823ff. BGB. Kommen bei der Telemedizin Health Apps zum Einsatz, so außerdem sind die Vorschriften des Medizinproduktegesetzes und andere zu beachten.²³⁸

Problematisch kann die Haftung im Falle der grenzüberschreitenden Telemedizin werden. Schon bei der Bestimmung des Gerichtsstandes nach der neuen EU-Verordnung Brüssel-Ia,²³⁹ Art.17-19, ergeben sich Probleme. Ist der Patient überhaupt ein „Verbraucher“ im Sinne der Verordnung? In welchen Fällen richtet ein Anbieter von Telemedizin seine Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers im Sinne von Art. 17 Abs.1 c) Brüssel-Ia-VO aus? Welches wäre der „Ort des Geschehens“ für eine deliktische Haftung?²⁴⁰ Eine weitere Frage ist die der Wirksamkeit von Rechtswahlklauseln in den AGB der telemedizinischen Anbieter. Hier ergeben sich komplexe Fragen zur Verzahnung von AGB-Recht (Klausel-Richtlinie²⁴¹) und Internationalem Privatrecht (Rom-I-Verordnung²⁴²). Der EuGH hatte sich jüngst mit den AGB von *Amazon* zu beschäftigen.²⁴³ Diese erklärten uneingeschränkt luxemburgisches Recht für anwendbar. Ein österreichischer Verbraucherschutzverband hält die Rechtswahlvereinbarung für missbräuchlich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Klausel-Richtlinie. Der EuGH entschied, dass eine Rechtswahlklausel missbräuchlich ist, wenn sie den Eindruck vermittelt, dass nur das gewählte Recht anwendbar ist und nicht auch die zwingenden Rechtsvorschriften des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers.²⁴⁴ Ob dieses Ergebnis sich stimmig in das Verhältnis von AGB-Recht und Internationalem Privatrecht einpasst, lässt sich anzweifeln.²⁴⁵

Was wird erstattet?

Der Bewertungsausschuss des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes ist nach §87 SGB V inzwischen verpflichtet, bessere Abrechnungsgrundlagen für (legale) telemedizinische Leistungen zu schaffen. Nach §87 Abs. 2a S.7 SGB V hat der Bewertungsausschuss sich insbesondere mit telemedizinischen Leistungen zu beschäftigen. Nach §87 Abs. 2a S.17 SGB V muss insbesondere für den Bereich der Radiologie und für Video-Sprechstunden bis Juni bzw. September 2016 eine Regelung gefunden werden. Auch für Privatpatienten gibt es Bestrebungen, bessere Abrechnungsgrundlagen zu schaffen. Auf dem 118. Deutschen Ärztetag 2015 wurde beschlossen, die Telemedizin in die Gebührenordnung für Ärzte aufzunehmen.²⁴⁶

²³⁷ so Kern, „Zur Zulässigkeit der ärztlichen Beratung im Internet“, (2001) *Medizinrecht* 2001, 495-498, 497.

²³⁸ siehe dazu Teil B, 3.1.3, Health Apps.

²³⁹ O.J. 2012, L 351, Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

²⁴⁰ all diese Fragen bei Krockner, „Medizintourismus im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht“, (2013) *Verbraucher und Recht*, 243-253, 246f. für tatsächliche Medizinreisen.

²⁴¹ O.J. 1993, L 95, Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

²⁴² O.J. 2008, L 177, Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)

²⁴³ Rs. C-191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, EU:C:2016:612.

²⁴⁴ Rs. C-191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, EU:C:2016:612, Rn. 71, beck-online.

²⁴⁵ Mankowski, „Verbandsklagen, AGB-Recht und Rechtswahlklauseln in Verbraucherverträgen“, (2016) *Neue Juristische Wochenschrift*, 2705-2708, 2706.

²⁴⁶ Beschlussprotokoll des 118. Deutschen Ärztetages, VI-442; S. 336.

Auf EU-Ebene ist die Patientenmobilitätsrichtlinie 2011/24/EU zu beachten. Nach Erwägungsgrund 26 sind grundsätzlich auch eHealth-Leistungen erstattungsfähig. Nach Art. 7 Abs.1 hat der Mitgliedstaat jedoch nur sicherzustellen, dass die Leistungen erstattet werden, auf die der Versicherte im entsprechenden Mitgliedstaat Anspruch hätte. Wenn in Deutschland bestimmte telemedizinische Leistungen nicht erlaubt sind, so kann der Versicherte keinen Anspruch auf ihre Kostenerstattung haben. Art. 7 Abs.1 lässt Raum für die Durchsetzung des Fernbehandlungsverbots auf nationaler Ebene. Die Verordnung 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist auf telemedizinische Leistungen nicht anwendbar.²⁴⁷

Ergebnis

Zwar gibt es Bestrebungen, das geltende Gesundheitssystem an telemedizinische Entwicklungen anzupassen. Dennoch treten rechtliche Lücken auf, insbesondere was eine differenziertere Ausgestaltung des Fernbehandlungsverbotes angeht, aber auch was die im Einzelnen zu erfüllenden Informations- und Aufklärungspflichten betrifft. Der grenzüberschreitende Bereich zeichnet sich durch komplexe Rechtsprobleme aus.

3.2 Arztbewertungsportale

Aus unionsrechtlicher Perspektive gelten für die Internetportale im Wesentlichen drei vollharmonisierende, horizontal geltende Richtlinien.²⁴⁸ Dies sind die E-Commerce-Richtlinie²⁴⁹, die Verbraucherrechterichtlinie,²⁵⁰ und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie).²⁵¹

Die E-Commerce-Richtlinie wurde im Telemediengesetz (TMG), im BGB und im EGBGB umgesetzt. Grundsätzlich ist die E-Commerce-Richtlinie anwendbar auf Dienste der Informationsgesellschaft (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2) und damit auf gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf Abruf eines individuellen Empfängers erbrachte Dienstleistungen. Der Verbraucher hat in der Regel unentgeltlichen Zugriff auf die Informationen der Arztbewertungsportale. Nach der Rechtsprechung des EuGH erfordert die E-Commerce-Richtlinie keine direkte Zahlung des Users an den Betreiber der Website. Es reicht aus, wenn dieser seine Dienste über Werbeanzeigen auf der Website finanziert.²⁵² Somit ist die E-Commerce-Richtlinie auf die unentgeltlich zugänglichen Arztbewertungsportale anwendbar. Das Herkunftslandprinzip (Artikel 3 der E-Commerce-Richtlinie und §3 TMG) und die Zulassungsfreiheit (Artikel 4 der E-Commerce-Richtlinie und §4 TMG) kommen zum Tragen. Gemäß Artikel 5 der Richtlinie und §5 TMG hat der Dienstleister eine gewisse Anzahl von Mindestinformationen bereitzustellen. Dazu gehören unter anderem Name und Anschrift, Kontaktadresse, die entsprechende Handelsregisternummer und bestimmte steuerliche Identifikationsnummern. Die Impressumspflicht dient vor allem dem Verbraucherschutz: Nur wer den Anbieter kennt und ihn auch erreichen kann, kann ihm gegenüber Rechte geltend machen.²⁵³ Durchgesetzt wird sie über §3a UWG, §2 Abs. 2 Nr.2

²⁴⁷ O.J. 2004, L 200, Berichtigung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Art. 20 und Commission Staff Working Document on the applicability of the existing EU legal framework to telemedicine services, SWD(2012)414 vom 6.12.2012, S.17.

²⁴⁸ siehe dazu Teil C, 2.

²⁴⁹ Richtlinie 2000/31/EG.

²⁵⁰ Richtlinie 2011/83/EU.

²⁵¹ O.J. 2005, L 149, Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

²⁵² vgl., Rs. C-291/13, Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd und andere, EU:C:2014:2209.

²⁵³ siehe auch Micklitz/Schirmbacher, Recht der elektronischen Medien, Spindler Schuster (Hrsg.), 3. Auflage 2015, Verlag C.H. Beck, Rn. 2 zu §5 TMG.

UKlaG und im Falle eines Schadens auch über §823 Abs. 2 BGB; außerdem besteht die Möglichkeit, ein Bußgeld in Höhe von bis zu 50.000€ nach §16 Abs.2 und 3 TMG zu verhängen.

Die Frage ist, ob zwischen Verbraucher und Portalbetreiber ein „Nutzungsvertrag“ oder Ähnliches zustande kommt. Allein die Unentgeltlichkeit des Verhältnisses schließt das Bestehen eines Vertrages nicht aus. Plattformen, auf denen der Verbraucher über längere Zeit und mit einem eigenen Account unterwegs ist, sollen zumindest ein quasi-vertragliches Verhältnis zwischen ihm und dem Plattformbetreiber begründen.²⁵⁴ Jameda definiert zum Beispiel für seine registrierten User in den AGB den Umfang der Leistungen, die Pflichten des Nutzers, die Folgen von Pflichtverstößen, die eigene Haftung und die Kündigungsbestimmungen.²⁵⁵ Registrierte User würden von vertraglichen Informationspflichten nach Art. 10 und 11 der E-Commerce Richtlinie profitieren. Art. 10 spricht jedoch von einem entgeltlichen Vertrag oder zumindest einem Vertrag über Waren oder Dienstleistungen, wenn er von „bestellen“ spricht. Auch Erwägungsgrund 18 der E-Commerce-Richtlinie scheint im Fall der Unentgeltlichkeit eher nicht von einem Vertragsschluss auszugehen: „Die Dienste der Informationsgesellschaft beschränken sich nicht nur auf Dienste, bei denen online Verträge geschlossen werden können, sondern erstrecken sich, soweit es sich überhaupt um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, auch auf Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen, wie etwa Online-Informationsdienste (...).“ Artikel 14 E-Commerce-Richtlinie verpflichtet den Anbieter als Host, bei Kenntnis oder Bewusstsein über rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen auf seiner Website gegen diese vorzugehen. Eine allgemeine Überwachungspflicht gibt es nicht. Wichtigste Vorschrift der E-Commerce-Richtlinie für die Portale bleibt die einfache Impressumspflicht – die im Übrigen wohl sämtliche hier erwähnten Geschäftsmodelle treffen wird.²⁵⁶

Für die allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt die Klausel-Richtlinie zur Anwendung. In Bezug auf die Arztbewertungsportale ergibt sich eine ähnliche Problemlage wie auch sonst bei online-AGB. Der Verbraucher liest sich die AGB in der Regel nicht durch und wenn sie missbräuchlich sein sollten, wird er es in der Regel nicht wissen.

Die Verbraucherrechterichtlinie nimmt den zwischen Unternehmer und Verbraucher geschlossenen Vertrag als Ausgangspunkt für Regelungen, Art. 1 bzw. Art. 5-8. Geht man von einem Vertrag zwischen Verbraucher und Portalbetreiber, wären die Vorschriften der Verbraucherrechterichtlinie wohl anwendbar. die Account-Erstellung wäre ein etwas ungewöhnlicher Fernabsatzvertrag, bei dem kostenlos Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden. Nach Art. 6 der Verbraucherrechterichtlinie müsste der Portalbetreiber dem Verbraucher verschiedene zusätzliche Informationen zur Verfügung stellen. Dazu gehören seine Identität, die wesentlichen Eigenschaften der Dienstleistungen, seine Kontaktdaten, Leistungsbedingungen, und viele weitere. Auch die formalen Anforderungen des Art. 8 würden gelten.

Die UGP-Richtlinie wurde in Deutschland durch die UWG-Novelle von 2008 umgesetzt. Anders als in der Verbraucherrechterichtlinie und der E-Commerce-Richtlinie finden sich im UWG keine verbraucher-spezifischen Informationspflichten, sondern lauterkeitsrechtliche Verbote. Nach Art. 5 der UGP-Richtlinie und §3 UWG sind unlautere Geschäftspraktiken verboten. Beispiele finden sich in §4 UWG und Art. 8 und 9 der Richtlinie. Der Anhang der Richtlinie bzw. des UWG verweist auf eine schwarze Liste inkriminierter Geschäftspraktiken. Nach §5 UWG bzw. Art. 6 der Richtlinie sind irreführende Handlungen zu unterlassen. Information und Werbung sind voneinander zu trennen. Wie viele andere Website-Betreiber auch, verdienen die Betreiber von Arztbewertungsportalen über Werbung Geld. Diese

²⁵⁴ siehe Wendehorst, „Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 30-33, 31 und Glossner, in Leupold u. a. (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht* (3. Auflage 2013, Verlag C.H. Beck), Rn. 358.

²⁵⁵ <<http://www.jameda.de/jameda/agb.php?show=agb>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁵⁶ siehe ausführlicher Teil C, 2.1.

Tatsache steht im Widerspruch zu dem Ziel des Portals, Informationen zu übermitteln. Ein Beispiel für eine brisante Vermischung Jameda: Auf dem Portal konnten interessierte Ärzte „Premium-Partner“ werden. Gegen eine Gebühr tauchte der Arzt bei der Suche weiter oben in der Rangliste auf, gekennzeichnet mit einem Sternchen anstelle der „Rangziffer“ und der Aufschrift „Premium-Partner“. Wer als Verbraucher über die Aufschrift „Premium-Partner“ mit dem Cursor fuhr, wurde darüber informiert, dass es sich um ein zusätzlich vom Arzt gebuchtes Werbepaket handelte, und nicht um einen Arzt, der aufgrund guter Bewertungen an dieser Stelle der Rangliste auftauchte. Dagegen klagte die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main. Das Landgericht München stufte das Vorgehen als irreführend nach § 5 Abs.1 S.2 Nr.1 UWG ein.²⁵⁷ Das LG München beschäftigte sich eingehend mit der Platzierung des Hinweises „Premium-Partner“ als graphisches Element. Dieser befand sich in „kleiner Schrift, weiß auf hell-grauem Hintergrund, ganz rechts am Ende der Einblendung und damit abseitig, zudem entgegen der Leserichtung angebracht“²⁵⁸. Anschließend setzte sich das LG mit dem zur Aufklärung des Verbrauchers eingesetzten „Mouseover“-Effekt und der Frage auseinander, ob dieser die Darstellung rechtfertigen könne. Auch mit dem Sternchen als Platzhalter befasste sich das LG.

Trotz des gerichtlich festgestellten Verbotes besteht weiterhin Möglichkeit, bei Jameda Premium-Pakete zu bestellen.²⁵⁹ Wer als Arzt das laut Jameda beliebteste Zusatzpaket „Premium Gold“ ordert, kann anders als Ärzte mit einem Basiszugang ein persönliches Porträt hinterlegen, das in der Suchergebnisliste auftaucht. Auf der Webseite von Jameda wird keine Werbung für andere Ärzte in der Umgebung angezeigt. Besonders brisant: Nach wie vor besteht die Möglichkeit, für spezielle Suchbegriffe oder bestimmte Fachgebiete hervorgehoben zu werden. Anders als früher erscheint über der Suchergebnisliste ein Feld mit dem bezahlenden Arzt. Oben rechts in dem Feld steht klein „Anzeige“ in grauer Schrift auf grauem Grund. Dadurch, dass das Feld zudem *über* der Ergebnisliste erscheint, sieht es fast so aus, als sei der entsprechende Arzt bestbewertet. Liegt hier nicht eine neue Irreführung vor? Den Verbraucher werden solche Spitzfindigkeiten bei seiner Suche nach einem geeigneten Arzt nicht interessieren: Wer ein professionelleres Bild vermittelt, so wie die Premium-Kandidaten, wird wohl eher in seine engere Auswahl kommen. Zur Finanzierung ist Jameda auf die Mitwirkung der Ärzte angewiesen. Nach dem Urteil des LG München wurde lediglich der Webauftritt geringfügig verändert. Werbung und Information verwischen sich.

Abschließend lässt sich feststellen, dass das derzeit geltende EU-Recht den Portalbetreiber insbesondere dazu auffordert, den Verbraucher über sich als Portalbetreiber selbst aufzuklären. Keine der genannten Vorschriften soll den Verbraucher aber darüber aufklären, wie das Arztbewertungsportal selbst funktioniert. Etwaige Interessenkonflikte des Portalbetreibers, der sich im Spannungsfeld zwischen unabhängiger Information und werbefinanzierter Tätigkeit befindet, können verschleiert werden. Auch voreingestellte Sucheinstellungen können dazu beitragen, dass der Verbraucher auf den Seiten nicht unbedingt die Information bekommt, die er haben möchte.

Schließlich ist auf das Problem der Persönlichkeitsrechte der Ärzte einzugehen. Während einige Ärzte die Arztbewertungsportale zur Eigenwerbung erfolgreich nutzen, möchten andere auf diesen Portalen nicht genannt werden. Wieder andere sehen sich auf den Portalen der unerwünschten Kritik unzufriedener Patienten ausgesetzt. Dazu häufen sich inzwischen Klagen. Im September 2014 hat sich erstmals auch der BGH geäußert.²⁶⁰ Ein niedergelassener Gynäkologe, der mit akademischem Grad, Praxisanschrift, Namen und Fachrichtung bei Jameda aufgeführt worden war, verlangte die Löschung seiner Daten gem. § 35 Abs.2 S.2 Nr.1 BDSG. Nach § 29 BDSG ist die Datenerhebung zulässig, wenn es sich um eine geschäftsmäßige Datenerhebung und –speicherung zum Zwecke der Übermittlung

²⁵⁷ LG München I, Urteil vom 18. März 2015 – 37 O 19570/14.

²⁵⁸ LG München I, Urteil vom 18. März 2015 – 37 O 19570/14, Rn. 69 - juris.

²⁵⁹ <siehe <https://www.jameda.de/premium/bestellen/bestellen.php>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁶⁰ BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13.

handelte. Der Arzt hatte sich auf §28 BDSG berufen. Schließlich sei die Personenbewertung auf Jameda nur dazu gedacht, den betroffenen Ärzten andere Service-Leistungen „anzudienen“²⁶¹, sprich, ihnen das oben erläuterte Premium-Paket zu vermitteln. Da der Arzt diesen Einwand erst in der Revision vorbrachte, konnte der BGH sich zum eigentlichen nicht äußern.

Folglich hatte sich der BGH nur mit der Frage zu befassen, ob Ärzte ein schutzwürdiges Interesse an der Löschung aus einem Portal haben können. Vorliegend ging es nicht um eine Schmähkritik oder negative Bewertungen. Der BGH sieht das Recht des Arztes auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG und sein Recht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 Abs.1 GG tangiert. Auf Seiten der Portalbetreiber sei ebenfalls das Recht auf freie Berufsausübung, sowie das Recht auf Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 Abs.1 GG betroffen, da das Portal als „unverzichtbare Mittlerperson“ zwischen den kommunizierenden Verbrauchern diene. Auch die Meinungs- und Informationsfreiheit der Verbraucher sei berührt, da das Portal aus ihrer Sicht den Anspruch erhebe, ein vollständiges Bild über die Nutzerbewertungen zu zeichnen.²⁶² Der BGH sieht die Gefahren von Arztbewertungsportalen. Schließlich könnte die Bewertung die „berufliche Existenz (des Arztes) gefährden“²⁶³. Jedoch bezieht der BGH Stellung zugunsten der Portalbetreiber. Ein Portal wie Jameda könne trotz der Subjektivität der dort abgegebenen Bewertungen grundsätzlich zu mehr „Leistungstransparenz im Gesundheitswesen“²⁶⁴ beitragen. Die Argumentation scheint angreifbar. Wenn ein Großteil der auf Jameda abgegebenen Kommentare positiv ist, wie soll das Portal Leistungstransparenz liefern? Ist es nicht vielmehr ein Pool von im Internet gut bewerteten Ärzten, der sich zulasten von Niedergelassenen auswirkt, deren Patienten nicht Internet affin sind?

Für den Fall einer manipulierten Bewertung hat der BGH seine Rechtsposition präzisiert.²⁶⁵ Der Kläger, ein Zahnarzt, behauptete, den Bewertenden nie behandelt zu haben und forderte eine Löschung der Bewertung. Hier entschied der BGH zugunsten des Bewerteten: Dieser habe ein Recht darauf, dass der Portalbetreiber die Sachlage prüft und dem Bewerteten die nötigen Informationen zukommen lässt. Die Prüfpflicht werde jedoch erst durch die Beschwerde des Arztes ausgelöst.

Arztvermittlungsportale

Zuletzt ist noch auf das Randphänomen der Arztvermittlungsportale wie 2te-Zahnarztmeinung.de einzugehen. Dem Verhältnis zwischen Patient und dem Portalbetreiber als Intermediär und demjenigen zwischen Arzt und Portalbetreiber ist besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Der Patient schließt durch die Erstellung eines Nutzeraccountes auf dem Portal mit dem Betreiber einen Nutzungsvertrag ab: Dies geht aus §1 der AGB und konkludent aus §3 der AGB (überschrieben mit „Kündigung“) hervor.²⁶⁶ Ebenso wie bei den Arztbewertungsportalen wäre für den Verbraucher die Verbraucherrechterichtlinie mit ihren vertragsrechtlichen Bestimmungen anwendbar. Ohnehin anwendbar sind die E-Commerce-Richtlinie und die UGP-Richtlinie. Interessanterweise präzisiert §2 der AGB, dass die Rücknahme, Änderung oder Löschung eines in den Marktplatz eingestellten Behandlungsvorschlages mit Kostenvoranschlag nicht möglich ist. Das erscheint widersinnig. Der Patient soll bei der Auktion selbst noch kein bindendes Angebot im Sinne von §145 BGB abzugeben. Schließlich wird an mehreren Stellen von 2te-Zahnarztmeinung.de präzisiert, dass der Behandlungsvertrag mit dem Arzt erst bei diesem in der Praxis und nicht online zustande kommt. Warum dann das Angebot nicht rücknehmbar sein soll, ist nicht einzusehen. Es gibt niemanden, der auf dieses vermeintliche Vertragsangebot mit einer Annahme reagieren könnte. Damit könnte die Klausel unwirksam im Sinne von §307 BGB sein.

²⁶¹ BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, Rn. 17, - juris.

²⁶² BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, Rn. 28, - juris.

²⁶³ BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, Rn. 32, - juris.

²⁶⁴ BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, Rn. 40, - juris.

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 01.03.2016 - VI ZR 34/15, mit Stand 8.7.2016 noch nicht veröffentlicht.

²⁶⁶ <<https://www.2te-zahnarztmeinung.de/?agb#a7>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Zwischen Arzt und Portalbetreiber kommt ein gesonderter Vertrag zustande. Dies wird in §2 der AGB für Zahnärzte,²⁶⁷ überschrieben mit „Vertragsschluss“, ausdrücklich präzisiert. Der Zahnarzt ist verpflichtet, seine eigenen Daten stets aktuell zu halten. Die Plattform garantiert jedoch nicht die Richtigkeit der Patientendaten. §4 Abs. 2 der AGB für Zahnärzte formuliert: „Die 2te-ZahnarztMeinung ist berechtigt, den Funktionsumfang der Plattform jederzeit ohne vorherige Mitteilung zu erweitern oder in angemessener Weise einzuschränken.“ Die Plattform ist nicht nur bloßer Vermittler zwischen zwei Vertragsparteien, sie bestimmt über die Möglichkeit der Entstehung dieser Vertragsverhältnisse. Ist ein Zahnarzt auf der Plattform besonders aktiv, so kann ein Abhängigkeitsverhältnis entstehen. Wer die Kontrolle über den Marktplatz hat, hat Kontrolle über Angebot und Nachfrage. Genau wie bei Jameda gibt es auch bei 2te-Zahnarztmeinung eine Klausel (§6 Abs. 4 AGB), die zwischen den zugelassenen Anbietern eine Art Klassensystem aufstellt: Bei der Premiummitgliedschaft ist die Abgabe von Angeboten für den Zahnarzt zu jeder Uhrzeit möglich, bei der Basismitgliedschaft nur von 19 bis 8 Uhr und auch quantitativ begrenzt. In §6 Abs. 3 der AGB für Zahnärzte wird präzisiert, dass die Behandlung und auch die Laborarbeiten in Deutschland stattfinden müssen. Die Plattform nutzt ihre Position, um einen gewissen Qualitätsstandard für die Patienten zu garantieren.

Inzwischen liegen zwei höchstrichterliche Urteile vor. Das BVerfG hatte sich mit der Verfassungsbeschwerde eines Zahnarztes zu befassen, der von einem Berufsgesicht aufgrund seiner Aktivität auf der Plattform verurteilt worden war. Die Vermittlung von Ärzten gegen Entgelt ist nach §31 der Musterberufsordnung für Ärzte und §2 Abs.8 der Musterberufsordnung für Zahnärzte untersagt. Auf Gutscheinportalen konnten die Patienten Gutscheine für zahnärztliche Leistungen erwerben, zum Beispiel für Bleachings. Diese Art der zahnärztlichen Werbung wurde bereits gerichtlich untersagt.²⁶⁸ Wie sieht es für Portale wie 2te-Zahnarztmeinung aus, die nicht direkt Werbung für die Ärzte machen, sondern eine andere Art der Vermittlungsarbeit leisten? Das BVerfG hat die Praxis des Vermittlungsportals gebilligt und eine berufsrechtliche Ahndung der Teilnahme für unvereinbar mit Art. 12 Abs.1 GG erklärt.²⁶⁹ Das BVerfG qualifiziert die Provision für die Nutzung der Plattform nicht als Entgelt für die Vermittlung eines Auftrags ein, sondern als „Gegenleistung für die Nutzung der Infrastruktur für die Werbung“. Das Auktionsportal wird nicht als Vermittler im klassischen Sinne eingestuft. Der BGH hat sowohl vor als auch nach dem Beschluss des BVerfG die Rechtswidrigkeit des Geschäftsmodells verneint.²⁷⁰ Nach Ansicht des BGH stellt das Portal für den Patienten ein attraktives Angebot dar. Durch die Bewertungsfunktion sei das Risiko „unlauterer Lockvogelangebote“ gering. Im Übrigen würden eher preisbewusste Patienten die Plattform nutzen, die weniger leicht zu täuschen seien.²⁷¹ Die Grenze des Zulässigen liege in den ärztlichen Berufspflichten, die durch die Plattform nicht generell in Frage gestellt würden.²⁷² Die Möglichkeit einer qualitativen Abwärtsspirale durch gegenseitiges Unterbieten diskutiert der BGH nicht.

Zusammengefasst: Arztbewertungsportale führen zu unionsrechtlichen Problemen im Falle der Anwendbarkeit von E-Commerce-, Verbraucherrechte- und UGP-Richtlinie, sowie zu persönlichkeitsrechtlichen Klagen von Ärzten und zu berufsrechtlichen Problemen.

3.3 Health Apps

Health Apps funktionieren ebenfalls über ein dreipoliges Akteurssystem: App-Ersteller, App Store und Verbraucher treten zueinander in Rechtsbeziehungen. Daraus ergeben sich

²⁶⁷ Anzufordern über oben erwähntes Kontaktformular hier: <<https://www.2te-zahnarztmeinung.de/zahnarzt-information-auktion.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

²⁶⁸ siehe LG Köln, Urteile vom 21.6.2012 - 31 O 25/12 und 31 O 767/11.

²⁶⁹ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 08. Dezember 2010 – 1 BvR 1287/08.

²⁷⁰ BGH, Urteil vom 24.3.2011 – III ZR 69/10, ebenso schon BGH, Urteil vom 01.12.2010 – I ZR 55/08.

²⁷¹ BGH, Urteil vom 01. Dezember 2010 – I ZR 55/08, Rn.17, – juris.

²⁷² BGH, Urteil vom 24. März 2011 – III ZR 69/10, Rn. 11, – juris.

verschiedene Rechtsanwendungsprobleme in Bezug auf den richtigen Vertragspartner, die AGB, die Vertragsart, die Einhaltung der Informationspflichten sowie die Haftung.²⁷³

Vertragspartner

Welche vertraglichen Beziehungen entstehen zwischen den einzelnen Akteuren beim Erwerb einer Health App? Die offiziellen App Stores von iOS und Windows verfolgen das Konzept, dass Apps für ihre Betriebssysteme nur über ihre offiziellen Vertriebskanäle verkauft werden können. Aufgrund der Marktmacht von Apple werden viele App-Anbieter ihre Apps für iOS kreieren. In der Folge sind sie gezwungen, die Geschäftsbedingungen von Apple für den Vertrieb über den Apple App Store anzunehmen. Die folgende Analyse bezieht sich auf den Apple App Store. Für andere Vertriebskanäle, wie Google Play, Microsoft Windows Phone Marketplace, BlackBerry App World oder Amazon AppStore for Android ergibt sich eine ähnlich komplizierte Gemengelage.²⁷⁴

Die Geschäftsbeziehungen zwischen Apple und dem Anbieter der App sind im iOS Developer Program License Agreement geregelt (nachfolgend iOS Agreement).²⁷⁵ Apple nimmt im Bezug zum Anbieter einer kostenpflichtigen App die Stellung eines nach luxemburgischen Recht geregelten „commissionaires“ ein. Dieser ist vergleichbar mit dem deutsche Kommissionär nach §383 ff. HGB, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt.²⁷⁶ Bei kostenlosen Apps ist Apple der „legal agent“ des Anbieters, für den Vertrieb an Endnutzer in Deutschland ist Apple wieder „commissionnaire“ nach luxemburgischem Recht.²⁷⁷ Aus Anbieterperspektive gesehen wird der App Store als Vertreiber Vertragspartner des Verbrauchers.

Wie sieht es mit der Verbraucherperspektive aus? Die Nutzungsbedingungen des App Stores regeln laut Apple einerseits die Nutzungsbedingungen für den App Store und sind damit so etwas wie ein Zugangsvertrag, gleichzeitig regeln sie die Nutzung selbst. Laut Nutzungsbedingungen des App Stores wird nur eine „Lizenz zur Nutzung der Softwareprodukte des App Stores“ verkauft, und nicht die App selber.²⁷⁸ Diese Lizenz stelle den „gesamten Vertrag“²⁷⁹ zwischen Apple und dem Verbraucher dar. Weiter unten findet sich die „Endnutzer-Lizenzvereinbarung“, in der für den Kauf von Apps, die von Dritt-Anbietern erstellt wurden, geregelt wird, dass die iTunes „Endnutzer-Lizenzvereinbarung“ zwischen dem Verbraucher und dem Dritt-Anbieter Anwendung findet, es sei denn, dieser hat eine eigene Endnutzer-Lizenzvereinbarung.²⁸⁰ Der Apple iTunes Store werde nicht Vertragspartner dieser Vereinbarung.

Damit widersprechen sich der Vertrag zwischen dem App Store und dem Anbieter, (das iOS Agreement) und zwischen dem App Store und dem Verbraucher (die iTunes Nutzungsbedingungen). Laut ersterem wird der App Store Vertragspartner des Verbrauchers, jedenfalls soweit es sich um kostenpflichtige Apps handelt; laut letzterem wird

²⁷³ Der folgende Abschnitt beruht im Wesentlichen auf Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3.

²⁷⁴ siehe für die anderen Anbieter Engelhard, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3, Rn. 177ff. und 302ff.

²⁷⁵ https://developer.apple.com/programs/terms/ios/standard/ios_program_standard_agreement_20140909.pdf (zuletzt abgerufen am 25. März 2016).

²⁷⁶ Engelhard, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3 Rn. 180.

²⁷⁷ Ziff. 7.1 iOS agreement iVm Schedule 1, §1 und Exhibit A zu Schedule 1.

²⁷⁸ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Abschnitt C, Lizenz für die Produkte aus dem Mac App Store und dem App Store Stand 21.10.2015.

²⁷⁹ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html#APPS>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Abschnitt C, Rubrik Verschiedenes, Stand vom 21.10.2015.

²⁸⁰ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Abschnitt G, Endnutzer-Lizenzvereinbarung, Stand 21.10.2015.

der Anbieter selbst Vertragspartner des Verbrauchers.²⁸¹ Man könnte sich dieser widersprüchlichen Rechtslage entziehen, indem man auf die Sichtweise des Verbrauchers abstellt. Wie aber der Verbraucher eine solche Situation beurteilen würde, ist umstritten. Er wird vermutlich davon ausgehen, mit dem Anbieter einen Vertrag abzuschließen. Nach anderer Ansicht findet sich nirgendwo ein Hinweis darauf, dass mit dem Anbieter ein Vertrag eingegangen werden soll, sodass der Verbraucher nur von einem Vertrag mit dem App Store ausgehen könne.²⁸² Die Frage nach dem Vertragspartner lässt sich nicht eindeutig beantworten.

AGB des Apple App Stores

Die rechtlichen Unklarheiten werden noch extremer, wenn man die AGB des Apple App Stores heranzieht.²⁸³ Die Nutzungsbedingungen des App Stores verweisen auf deutsches Recht.²⁸⁴ Die §§305 ff. BGB sind anwendbar. Die Wirksamkeit ihrer Einbeziehung nach §305 BGB ist zweifelhaft. Die Nutzungsbedingungen werden dem Verbraucher nur einmal bei Erstellung seines iTunes-Kontos für den Apple App Store angezeigt, beim Kauf der einzelnen App nicht und es wird auch nicht auf sie verwiesen. Wenn man davon ausgeht, dass beim Download jeder einzelnen App ein neuer Vertrag mit dem App Store zustande kommt, müssten für jeden einzelnen dieser Verträge die Nutzungsbedingungen für den Apple App Store wirksam einbezogen werden.²⁸⁵ Auch die Qualifizierung der Nutzungsbedingungen als Rahmenvereinbarung im Sinne von §305 Abs. 3 BGB wäre unschlüssig.²⁸⁶ Dazu müsste Apple bei Eröffnung des iTunes-Kontos ausdrücklich auf die Nutzungsbedingungen hinweisen und erklären, dass diese immer zur Anwendung kommen, wenn eine App gedownloadet wird. Die Überschrift der Nutzungsbedingungen für den Apple App Store spricht nur von der Regelung der „Nutzung“ des App Stores, nicht vom Download einzelner Apps. Weiterhin besagen die Nutzungsbedingungen: „Diese Vereinbarung stellt den gesamten Vertrag zwischen Ihnen und iTunes dar und regelt Ihre Nutzung der Stores“.²⁸⁷ Das deutet darauf hin, dass selbst Apple die Nutzungsbedingungen nicht als Rahmenvereinbarung für verschiedene Folge-Verträge deutet. Die Formulierung widerspricht der oben erläuterten Ansicht, die von einem Vertrag pro gedownloadeter App ausgeht. Andererseits kann man auf die Verbraucherperspektive abstellen. Der Verbraucher, der sich ein Konto bei iTunes erstellt, wird nicht damit rechnen, dass die Erstellung dieses reinen „Zugangs“ den Abschluss eines Rahmenvertrages für sämtliche folgende App-Downloads bedeutet. Unklar ist sowohl, ob die Nutzungsbedingungen überhaupt einbezogen werden, als auch auf welchen Vertrag (die Erstellung eines Kontos bei iTunes oder den Download einer App) sie sich beziehen.

Die AGB/Nutzungsbedingungen des App Stores beziehen sich nicht nur auf den mobilen App Store, sondern auch auf für den iTunes Stores, den Mac App Store, den App Store für Apple TV, den iBook Store und den Apple Music Dienst gelten. In einem seitenlangen Dokument befinden sich AGB für 6 verschiedene Angebote von Apple, eine Nummerierung

²⁸¹ siehe für die Argumentation aus diesem Abschnitt Lachenmann, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3 Rn. 177ff., 339ff.

²⁸² siehe ebenfalls Lachenmann, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3 Rn. 342.

²⁸³ siehe Lachenmann, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013, Kap.3 Rn. 323ff., ebenfalls dazu Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 10-15.

²⁸⁴ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Abschnitt J „Anwendbares Recht“.

²⁸⁵ so im Ergebnis Lachenmann, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3 Rn. 318.

²⁸⁶ dazu ebenfalls Lachenmann, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3 Rn. 319.

²⁸⁷ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html#APPS>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), Abschnitt C, Rubrik Verschiedenes, Stand vom 21.10.2015.

der einzelnen Paragraphen fehlt. Das Dokument ist äußerst unübersichtlich. Einzelne Themen werden vermischt. Einmal abgesehen von der fehlenden Transparenz stellen sich auch inhaltlich eine Reihe von Fragen.

Ganz nebenbei wird in den Nutzungsbedingungen darauf hingewiesen, dass die Richtigkeit medizinischer Informationen in bestimmten Apps nicht garantiert wird.²⁸⁸ Apple selbst will sich mit dieser Klausel einer Haftung für den Fall entziehen, dass das Unternehmen doch als Vertragspartner des Health App Users angesehen wird. In der Regel wird auch der Anbieter der Health App eine solche Klausel in seine AGB hineinschreiben. Nicht geklärt ist, ob Klauseln, selbst wenn sie wirksam einbezogen worden sein sollten, der Inhaltskontrolle nach §307ff. BGB standhalten. Es könnte sich um einen unzulässigen Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit nach §309 Nr.7 BGB handeln. Angesichts der vagen Formulierung kommt auch eine Unwirksamkeit nach §307 Abs.1 oder Abs.2 BGB in Betracht. Nach Abs. 2 Nr.2 BGB ist eine Klausel unwirksam, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Wenn Zweck der Health App bspw. für Kranke darin besteht, dass der Gesundheitszustand des Verbrauchers verbessert werden soll, so erscheint es widersprüchlich, die Haftung für medizinische Informationen auszuschließen. Schlussendlich stellt sich das Problem der Haftung für Informationen – eine Haftung, der sich Apple entziehen will, obwohl die Informationen als sensibel einzustufen sind.

Fehlende Einhaltung der Informationspflichten

Der Download einer Health App ist unkompliziert und geschieht mit einem Klick. Nach Aufrufen der gewünschten App über den entsprechenden Vertriebskanal klickt man auf „Installieren“ und der Download erfolgt. Das wäre normalerweise die Gelegenheit für den Unternehmer, seinen Informationspflichten nach dem BGB nachzukommen. Wenn auch eine genaue Typisierung des Vertrags, der beim Download einer Health App entsteht, noch aussteht, so handelt es sich doch jedenfalls um einen Fernabsatzvertrag gem. §312c BGB. Folglich kommt §312d BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB zum Tragen, soweit der Vertrag entgeltlich ist²⁸⁹ und auch §§312i, 312j BGB, da es sich auch um einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr handelt. §312d BGB dient der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) und §312i, j der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG).²⁹⁰ Beide Richtlinien haben digitale Sachverhalte zumindest im Blick gehabt.²⁹¹ Der 5. Erwägungsgrund der Verbraucherrechterichtlinie stellt explizit auf den Internethandel ab, die E-Commerce-Richtlinie ist ganzheitlich auf digitale Zusammenhänge ausgerichtet. In Bezug auf Health Apps bleiben die Richtlinien hinter den digitalen Entwicklungen zurück. Nicht nur, dass die für die analoge Welt gedachten schuldrechtlichen Vorschriften des BGB nur schwer Anwendung finden. Selbst Gesetze, die bereits die digitale Welt im Blick hatten, werden nicht umgesetzt oder sind schwer umzusetzen. Für den Verbraucher erscheint es eher als Last, vor dem simplen Download einer App noch informiert werden zu müssen – für den Unternehmer wird es schwierig, alle Pflichten zu beachten und den Verbraucher an der richtigen Stelle und zum richtigen Zeitpunkt zu informieren.

²⁸⁸ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html#APPS>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016) Teil G, Endbenutzer-Lizenzvertrag für lizenzierte Applikationen, d), S.3: „Daten, die in einer Lizenzierten Applikation oder einem externen Dienst angezeigt werden, insbesondere Finanz-, Gesundheits- und Standortinformationen, dienen lediglich allgemeinen Informationszwecken und werden nicht vom Lizenzgeber oder seinen Vertretern garantiert.“

²⁸⁹ Zur Frage, ob das Gebot der Entgeltlichkeit mit dem EU Recht vereinbar ist, z.B. F. Faust, „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?“, in *Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages*, Band I (Verlag C.H. Beck 2016), S.A 24.

²⁹⁰ zur Anwendbarkeit des Unionsrechts auf den Download von Apps siehe auch Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 10-15.

²⁹¹ siehe auch Commission Staff Working Document on the existing EU legal framework applicable to lifestyle and wellbeing apps, 10.4.2014, SWD(2014) 135 final, S. 7-10.

Vertragsart

Unklar ist, ob es sich bei dem Erwerb einer kostenpflichtigen App um einen Kaufvertrag gem. §433 BGB handelt.²⁹² Beim Erwerb einer kostenpflichtigen App klickt der Verbraucher auf einen Button mit der Aufschrift „Kaufen“. Die Nutzungsbedingungen des App Stores sehen vor, dass eine Lizenz eingeräumt wird. Es lassen sich lange dogmatische Diskussionen darüber führen, ob der kostenpflichtige App-Download als Kaufvertrag und der kostenfreie als Tauschvertrag oder Vertrag eigener Art zu klassifizieren ist. Daraus resultiert Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten. Das Austauschverhältnis entwickelt in der digitalen Welt einen ganz eigenen Charakter. Anders als bei Verträgen in der realen Welt wird nicht Leistung gegen Geld getauscht, sondern häufig Leistung gegen Daten oder Leistung gegen eine symbolische Summe Geldes.²⁹³ Die Frage ist, ob sich hieraus Bedarf für die Entwicklung neuer Regeln ergibt. Welche Nachteile entstehen dem Verbraucher aus dem Umstand, dass die AGB evtl. unwirksam oder nicht einbezogen sind, er seinen Vertragspartner nicht kennt oder die Vertragsart unklar ist?

Haftungsrisiken für den Verbraucher

Bei Apps mit geringem Gesundheitsrisiko werden die meisten der erörterten Rechtsfragen regelmäßig nicht relevant: Wenn dem Verbraucher die App nicht gefällt, wird er sie von seinem Endgerät löschen. Damit wird der Vertrag über die Nutzung, welcher Art er auch immer und mit wem er auch immer geschlossen sei, gekündigt. Dem Verbraucher entstehen regelmäßig keine wirtschaftlichen Schäden.

Anders sieht es aber bei den oben beschriebenen Health Apps aus, die für Kranke erstellt werden. Vertraut der Verbraucher tatsächlich auf eine Diagnose, die er z.B. von einer App für Hautkrebserkennungen erhalten hat und diese erweist sich als falsch, so kann er einen Schaden davontragen. Ebenso sieht es bei Apps aus, die Messungen vornehmen – zum Beispiel den Blutdruck; oder bei Apps für Asthmatiker oder Diabetiker, wenn diese Apps technische Fehler aufweisen. Natürlich hängt das Risiko eines Schadenseintritts von mehreren Faktoren ab: Wie sehr vertraut der Verbraucher auf die App, mit welcher Frequenz nutzt er sie und in welchem gesundheitlichen Kontext. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass es zu Gesundheitsschäden kommen kann. Einen Schaden für den Verbraucher könnte man z.B. in der nutzlosen Konsultation eines Arztes sehen, wenn eine Health App einen Arztbesuch als notwendig angezeigt hat. Auch im Falle von Health Apps, die von Ärzten als Diagnosehilfe genutzt werden, fallen technische Unsicherheiten schlussendlich auf den Verbraucher bzw. Patienten zurück. Hat allerdings der Arzt die App benutzt, so hat der Verbraucher im Falle einer Fehldiagnose regelmäßig Schadensersatzansprüche aus dem Behandlungsvertrag.

Fällt der Arzt als Intermediär weg und nutzt der Verbraucher die Health App selbst, so wird er regelmäßig nicht wissen, wer sein Vertragspartner ist. Angenommen, der Verbraucher (oder sein Rechtsbeistand) hat den richtigen Anspruchsgegner gefunden, so muss im Anschluss immer noch geklärt werden, welche Anspruchsgrundlage einschlägig ist. Handelt es sich bei dem Nutzungsvertrag nicht um einen speziellen Vertrag, kommen die §§280ff BGB in Verbindung mit einem Schuldverhältnis *sui generis* oder §311 Abs.1 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht. In diesem Zusammenhang wird auch die Frage nach der Einbeziehung und Wirksamkeit der AGB relevant.

Neben der vertraglichen Haftung kommt eine deliktsrechtliche Haftung und eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Betracht, bei der eventuell die „medizinischen Facharztstandards“ zu beachten sind.²⁹⁴ Das würde auf höhere Standards bei den

²⁹² Lachenmann, in Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen* (de Gruyter 2013), Kap.3 Rn. 305ff.

²⁹³ Auf die Diskussion um Daten als Entgelt soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, dazu unter anderem F. Faust „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?“, in Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages, Band I (Verlag C.H. Beck 2016), A 16.

²⁹⁴ Gaßner/Strömer, „Mobile Health Applications – haftungsrechtlicher Standard und das Laissez-faire des Gesetzgebers“ (2015) Versicherungsrecht, 1219-1228, 1223f.

entsprechenden Instruktions- und Aufklärungspflichten nach sich ziehen. Die Erfüllung dieser Standards erscheint im digitalen Bereich nahezu unmöglich. Beim Download einer App wird der Verbraucher sich kaum ein zusätzliches Aufklärungsdokument ansehen, wenn der Anbieter es ihm nicht explizit zeigt und es für ihn verständlich ist.

Regulierungsfragen (Zulassung, Überwachung, Qualitätsmanagement)

Rechtliche Rahmenbedingungen für Health Apps²⁹⁵ folgen aus dem Medizinproduktegesetz (MPG), das die Medizinprodukterichtlinie 93/42/EWG,²⁹⁶ geändert durch die Richtlinie 2007/47/EG,²⁹⁷ umsetzt. Letztere fügte „Standalone Software“ in die Liste von Medizinprodukten ein. In ihren Guidelines zur Qualifizierung und Klassifizierung von Stand Alone Software spricht die EU-Kommission Health Apps zwar nicht direkt an, sie können jedoch als „Stand Alone Software“ definiert werden, weil sie nicht notwendig mit einem technischen Gerät verknüpft sind, sondern für sich genommen Medizinprodukte darstellen können.²⁹⁸ Auch die von der Kommission beaufsichtigte Medical Devices Expert Group on Borderline and Classification verweist auf Health Apps, allerdings vor allem auf von Ärzten genutzte Health Apps,²⁹⁹ §3 Abs.1 MPG.

Die Einordnung hängt von einer entsprechenden Zweckbestimmung durch den Hersteller ab, § 3 Abs. 1 Nr. 10 MPG. Die Software müsste zur Erkennung, Verhütung, Überwachung, Behandlung oder Linderung von Krankheiten; zur Erkennung, Verhütung, Überwachung, Behandlung, Linderung oder Kompensierung von Verletzungen oder Behinderungen; zur Untersuchung, Ersetzung, oder Veränderung des anatomischen Aufbaus oder eines physiologischen Vorgangs oder zur Empfängnisverhütung bestimmt sein, §3 Abs. 1 a)-d) MPG.

Nicht medizinisch ausgerichtete Health Apps für Kranke oder Gesunde, also reine „Gesundheits“-Apps fallen nicht unter das Medizinproduktegesetz und unterliegen keiner präventiven Regulierung. Man könnte andenken, dass Apps, die einen physiologischen Vorgang untersuchen, unter §3 Abs.1 Buchstabe c) MPG fallen, soweit sehen der Wortlaut des Gesetzes und auch der Richtlinie nicht eindeutig eine medizinische Zweckbestimmung vor. Ein System, das zu Forschungszwecken menschliche Gehirnströme aufzeichnen kann, jedoch keine medizinische Zweckbestimmung aufwies, fällt nach der Auffassung des EuGH nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.³⁰⁰ Damit kommt es auch bei Messgeräten entscheidend auf die medizinische Zweckbestimmung an. Der EuGH betonte, dass andernfalls zahlreiche Sportartikel, die die Funktionen des menschlichen Körpers messen, ansonsten einer Zertifizierung nach dem Konformitätsverfahren bedürften, was er als ungerechtfertigt einstuft.³⁰¹ Schließlich sind die Erfordernisse des freien Warenverkehrs zu berücksichtigen, die zu einem erheblichen Spannungsverhältnis zwischen einer Öffnung des Marktes bei gleichzeitig unklarer Haftungslage führen. Symptomatisch sind die Auseinandersetzungen im Anschluss an den Konkurs des Herstellers von defekten

²⁹⁵ siehe dazu Rübsamen, „Rechtliche Rahmenbedingungen für mobileHealth“, (2015) Medizinrecht, 485-491.

²⁹⁶ O.J. 1993, L 169, Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte.

²⁹⁷ O.J. 2007, L 247, Richtlinie 2007/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Änderung der Richtlinien 90/385/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über aktive implantierbare medizinische Geräte und 93/42/EWG des Rates über Medizinprodukte sowie der Richtlinie 98/8/EG über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten.

²⁹⁸ siehe EU-Kommission, Guidelines on the qualification and classification of stand alone software used in health care within the regulatory framework of medical devices, MEDDEV 2.1/6, January 2012, S.6.

²⁹⁹ Manual on borderline and classification in the community regulatory framework for medical devices, Version 1.17, September 2015, S.60ff.

³⁰⁰ Rs. C-219/11, Brain Products GmbH v. BioSemi VOF und andere, EU:C:2012:742.

³⁰¹ Rs. C-219/11, Brain Products GmbH v. BioSemi VOF und andere, EU:C:2012:742, Rn. 31, -juris.

Brustimplantaten. Derzeit steht der TÜV im Zentrum der Aufmerksamkeit, der die Brustimplantate zertifiziert hatte.³⁰²

Die Regelungen des Medizinproduktegesetzes führen zu einem Abgrenzungsproblem. Wenn die Einstufung eines Medizinproduktes von der Zweckbestimmung durch den Hersteller abhängt, kann dieser sich durch die Zweckbestimmung einer Regulierung entziehen? Auch in Bezug auf diese Frage lässt sich auf obige EuGH-Entscheidung zurückgreifen. Das System zur Messung der menschlichen Gehirnströme war ausdrücklich nicht zu diagnostischen oder therapeutischen Zwecken gedacht, es hätte aber leicht umgebaut und für diese Zwecke genutzt werden können. Diesen Zusammenhang hielt der EuGH für nicht entscheidungserheblich und konstatierte, dass die Richtlinie eindeutig auf die durch den Hersteller vorgenommene Zweckbestimmung abstelle. Problematisch ist, dass im Grunde alle Hersteller von Health/Fitness Apps in ihren AGB eine Bestimmung vorsehen, die vorsieht, dass die Apps nicht für medizinische Zwecke gedacht sind. Damit können sich die Health Apps der CE-Zertifizierung entziehen, auch wenn ihre medizinisch sensible Funktionsweise eine Zertifizierung erfordern könnte. Die erwähnte Entscheidung des EuGH erging auf eine Vorlagefrage des BGH, der schlussendlich klarstellt, dass die maßgeblich subjektive Zweckbestimmung einem Willkürvorbehalt unterliege. Sie dürfe nicht wissenschaftlich unhaltbar oder widersprüchlich sein.³⁰³

Zuständig für die Erfassung, Auswertung und Bewertung der bei Anwendung oder Verwendung von Medizinprodukten auftretenden Risiken ist das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), §29 Abs.1, Abs.3, §32 Abs.1 MPG. In Bezug auf Health Apps ist Aufgabenbereich jedoch stark eingeschränkt. Gem. §29 Abs.1 S.2 Nr.1 MPG kann das Institut keine eigenen Maßnahmen ergreifen, sondern nur Maßnahmen anderer Behörden koordinieren, wenn das Medizinprodukt zum Tode oder zu einer schwerwiegenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten führt. Das Institut verfügt über keine Eingriffsbefugnisse. Vielmehr gibt es das Ergebnis seiner Bewertung an die zuständige Behörde weiter, die über mögliche Maßnahmen entscheidet, §29 Abs.1 S.4 MPG. Das sind die Aufsichtsbehörden der Länder. Eine Übersicht des Deutschen Instituts für Medizinische Dokumentation und Information listet ca. 60 mögliche Behörden auf.³⁰⁴ Das System zur Überwachung von Health Apps/Medizinprodukten ist vorsichtig formuliert komplex.

Medizinprodukte dürfen nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer CE-Kennzeichnung versehen sind und ein entsprechendes Konformitätsverfahren durchlaufen haben, §6 MPG. Selbst wenn der Hersteller einer Health App sich seiner etwaigen Verpflichtung zur Einhaltung der CE-Zertifizierung bewusst wäre, wird ihm die Einholung von Informationen durch die Behördenstruktur erschwert. Zunächst müsste der Hersteller die zuständige Landesbehörde ausfindig machen – diese könnte ihm eine rechtlich verbindliche Auskunft darüber geben, ob es sich bei seiner App um ein Medizinprodukt handelt oder nicht. Im Falle von Unklarheiten besteht nach §13 Abs. 2, Abs. 3 MPG die Möglichkeit und Pflicht, das BfArM anzurufen. Rechtssicherheit bietet dieses System für den Hersteller nicht. Man kann zwar kritisieren, dass Hersteller von Health App sich durch ihre AGB einer medizinrechtlichen Verantwortung entziehen wollen. Andererseits erfordert eine rechtliche Absicherung erheblichen administrativen Aufwand. Die offenen Grenzfragen werden an die AGB-Kontrolle und an die Anwendbarkeit und Reichweite des Haftungsrechts ausgelagert.

Verantwortlich für die Überwachung sind die Landesbehörden, nur sie können Maßnahmen gegen nach §§ 16 und 17 MPG anordnen. Dazu ist es soweit ersichtlich nicht gekommen. So sehen sich die Hersteller einem rechtlich komplexen System gegenüber, das in seiner

³⁰² Rott, Peter/Glinski, Carola. 2015. Die Haftung der Zertifizierungsstelle im Produktsicherheitsrecht. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: 192-210; dieselben 2014. „Ramsch-Implantate“ – Ein Lehrstück europäischer Produktsicherheit, in: Christian Joerges, Tobias Pinkel und Ulf Uetzmann (Hrsg.), Josef Falke zum 65. Geburtstag. 137-152. Bremen: ZERP

³⁰³ BGH, Urteil vom 18. April 2013 – I ZR 53/09, Rn. 15, - juris.

³⁰⁴ <<http://www.dimdi.de/static/de/mpg/adress/behoerden/vk-liste.htm>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Durchsetzung mangelhaft erscheint. Das mag auch der Grund dafür sein, warum bis heute nur wenige Health Apps eine CE-Zertifizierung aufweisen. Bekannte Beispiele sind MySugr und Esysta, die durch Kompatibilität mit Blutdruckmessgeräten eine Art „Zucker-Logbuch“ führen oder ONCOAssist, das speziell Ärzten bei der Krebserkennung hilft. Auch SkinVision, die App die ein Foto eines Leberflecks auf Hautkrebs untersucht und diagnostiziert, gehört hierzu. Interessanterweise wirbt SkinVision im Online-Auftritt sogar damit, die erste und einzige Hautkrebs-App zu sein, die eine CE-Zertifizierung hat.³⁰⁵ Das scheint paradox, wenn man bedenkt, dass die CE-Zertifizierung eigentlich eine Einstufung als risikoreicheres Medizinprodukt und nicht als bloße „Wellnes-App“ bedeutet. Das Unternehmen scheint davon auszugehen, dass die Verbraucher die CE-Zertifizierung als eine Art „Gütesiegel“ wahrnehmen, eine ambivalente Konsequenz.

3.4 Mehr Information, weniger Beratung?

Die Digitalisierung führt zu einem unübersichtlichen „Mehr“ an Informationen für den Patienten. Dieser kann sich im Internet bereits vor Besuch des Arztes über sein mögliches Krankheitsbild informieren. Die Folgen sind paradox: Wie soll der Mediziner den Patienten noch aufklären, wenn dieser schon eine „Auto-Diagnose“ vorgenommen hat? Soll der Arzt nur noch Rezepte verschreiben, ohne dass er beraten muss? Welche Folgen ergeben sich konkret für den ärztlichen Informations- und Aufklärungsstandard?

Gleichzeitig führt die Digitalisierung zu einer neuen Art der Online-Beratung. Auf Online-Portalen für die Telemedizin oder über Health-Apps besteht die Möglichkeit, einen Arzt über Fernkommunikationsmittel zu kontaktieren. Die Beratung durch den Arzt erhält dadurch eine neue, digitale Qualität. Health Apps, Telemedizin und digitale Kommunikation können dazu führen, dass Informationslücken entstehen – sowohl zwischen Ärzten als auch zwischen Arzt und Patient. Im Ergebnis ist ebenso wie in Bezug auf Finanzen festzuhalten, dass die Digitalisierung ein mehr an Information und eine neue, verkürzte Form der Beratung bietet.

4 Fragen de lege ferenda

Zwei Leitfragen lassen sich de lege ferenda identifizieren. Die eine bezieht sich auf die Stellung des Patienten in einer digitalen Welt, ob der Patient in dieser Welt (rechtlich) als Verbraucher wahrgenommen werden sollte; die andere bezieht sich auf die zukünftige Rolle der Rechtsprechung, die bisher die Entwicklung des Arzthaftungsrechts maßgeblich geprägt hat.

Das Verhältnis von Ärzten und Patienten ist ständigem Wandel unterworfen.³⁰⁶ In der Antike handelte es sich dabei um ein stark von Vertrauen geprägtes Fürsorgeverhältnis. Je mehr der Arzt als persönlicher Berater über den Patienten wusste, desto besser sollte er ihn behandeln können. Im 19. Jahrhundert schließlich wandelte sich das Bild des Arztes zum Naturwissenschaftler, Forscher und Techniker.

Heutzutage wird beklagt, dass der Arzt immer mehr zum Dienstleister des Patienten geworden ist. Der Patient informiert sich vorab im Internet. Dadurch weiß er ‚alles besser‘ oder meint alles besser zu wissen als der Arzt, den er anschließend noch zur Sicherheit konsultiert. Selbst wenn schwerkranke oder chronisch kranke Patienten den behandelnden Arzt als Vertrauten wahrnehmen, so stehen kurzfristig erkrankte Patienten oder gar Gesunde mit dem Wunsch, gesundheitliche Beratung erhalten, in einem anderen Verhältnis zu ihrem Arzt. Sie erwarten eine schnelle Beseitigung ihrer Krankheit oder zumindest einen schnellen Rat. Teilweise wird vertreten, dass die Ausdehnung der Arzthaftung durch die Rechtsprechung zu einer „Werkvertrags-Mentalität“³⁰⁷ geführt hat. Wird die Erwartungshaltung des Patienten nicht erfüllt, wird der Arzt direkt in die Haftung genommen.

³⁰⁵ <<https://www.skinvision.com/de>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁰⁶ siehe zu diesem Thema Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Kölner Schriften zum Medizinrecht Bd.1 (Springer Verlag Berlin-Heidelberg 2009).

³⁰⁷ Hoppe, „Die Arzt-Patient-Beziehung im 21. Jahrhundert“, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Kölner Schriften zum Medizinrecht Bd.1 (Springer Verlag Berlin-Heidelberg 2009), S.4.

Vom Arzt wird immer häufiger als „Leistungserbringer“ gesprochen. Er wird zum Gewerbetreibenden. Das Internet scheint diesen Rollenwandel zu verstärken: Auf Online-Portalen werden Ärzte bewertet und bepunktet. Health Apps bieten ärztlichen Rat als eine besondere Art der Dienstleistung an. Die Telemedizin schafft einerseits die Möglichkeit, den Patienten fachspezifischer durch die Hinzuziehung eines entfernten Konsiliararztes zu behandeln oder gar hochtechnisierte medizinische Methoden aus der Ferne anzuwenden – andererseits entwickeln sich Ärzte zu dienstleistenden „Web-Doktoren“, die auf Medizinportalen Beratung anbieten. Diese neue Art der ärztlichen Beratung kommt der kommerziellen Dienstleistung recht nahe.

Entwickelt sich das klassische Arzt-Patienten-Verhältnis durch die Digitalisierung zu einem kommerziellen Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis? Dafür spricht einerseits die Wahrnehmung des Patienten. Zwar verändert sich durch die Digitalisierung das „strukturellen Informationsungleichgewichts“ zwischen Verbraucher und Unternehmer, da Informationen grundsätzlich im Internet bereitstehen. Da sich der Patient sein Fachwissen auch im Internet erst erarbeiten muss und hierbei durch Bewertungs- und Informationsportale, in die Irre geführt werden kann, scheint sich an dem strukturellen Ungleichgewicht nichts zu ändern. Ärzte, die ihre neue Funktion als „Dienstleister“ aktiv annehmen und die Möglichkeiten des Internets nutzen, rücken zwangsläufig in eine Unternehmer-Rolle. Andererseits lässt sich der Patient nicht so ohne weitere als Verbraucher im Sinne des §13 BGB behandeln. Verbraucher ist, wer nicht beruflich oder gewerblich handelt. Ein Patient hat grundsätzlich nicht die Möglichkeit, beruflich oder gewerblich Patient zu sein.³⁰⁸ Sollte man dennoch in Zukunft vom Patienten als Verbraucher sprechen, da er die schwächere Partei darstellt? Ist jede schwächere Partei automatisch ein Verbraucher? Oder genügt es, dass der Patient inzwischen „Konsument“³⁰⁹ ist, um von ihm als Verbraucher zu sprechen?³¹⁰

Könnte die Rechtsprechung bei der Qualifizierung des Verbraucherbegriffs helfen, wie sie ihn auch sonst schon maßgeblich mitgeformt hat. Die §§630aff. BGB zum Behandlungsvertrag gehen in großen Teilen auf die Rechtsprechung zurück, die schließlich im Jahre 2013 kodifiziert wurde. Sollte man der Rechtsprechung die Entwicklung eines digitalen Gesundheitsrechts überlassen? Kann die Rechtsprechung flexibler auf digitale Entwicklungen eingehen, als der Gesetzgeber, ob deutsch oder europäisch?

Die amtierende Europäische Kommission hat die Errichtung eines digitalen Binnenmarktes zu einer ihrer zehn politischen Prioritäten erklärt. Der „E-Health Action Plan“, den die Kommission in einer Mitteilung vom 6. Dezember 2012 veröffentlicht hat,³¹¹ operiert im Kontext des Artikels 14 der Patientenmobilitätsrichtlinie,³¹² d.h. elektronischen Gesundheitsdiensten (z.B. Einrichtung einer elektronischen Patientenakte). Hierher gehören auch die Dokumente der Kommission zu den Bereichen Telemedizin und Health Apps,³¹³ oder das Grünbuch zu mHealth.³¹⁴ Wenig überraschend steht die Kommission den digitalen Entwicklungen grundsätzlich positiv gegenüber.

4.1 Telemedizin

³⁰⁸ so Spickhoff, *Medizinrecht*, Spickhoff (Hrsg.), 2. Aufl. 2014, C.H. Beck Verlag, Rn. 6 zu Rom I/II-Verordnung.

³⁰⁹ Maio, „Dienst am Menschen oder Kunden-Dienst“, in Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Kölner Schriften zum Medizinrecht Bd.1, (Springer Verlag Berlin-Heidelberg 2009), S.25.

³¹⁰ Zur Frage der Verbrauchereigenschaft des Kapitalanlegers siehe Armbrüster, „Kapitalanleger als Verbraucher“, (2006) *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 406-415.

³¹¹ Mitteilung der Kommission vom 6.12.2012, Aktionsplan für elektronische Gesundheitsdienste 2012-2012 – innovative Gesundheitsfürsorge im 21. Jahrhundert, SWD(2012) 413 final.

³¹² Richtlinie 2011/24/EU.

³¹³ z.B. Commission Staff Working Document on the applicability of existing EU legal framework to telemedicine services, SWD(2012) 414 final vom 6.12.2012 oder Commission Staff Working Document on the existing EU legal framework applicable to lifestyle and wellbeing apps, 10.4.2014, SWD(2014) 135 final.

³¹⁴ Grünbuch über Mobile-Health-Dienste vom 10.4.2012, COM(2014) 219 final.

Bevor der deutsche Gesetzgeber auf diese Linie einschwenkt, wäre der Nutzen der Telemedizin zu belegen. Die Vorteile liegen in der Möglichkeit, Patienten in entfernten ländlichen Regionen zu behandeln, räumlich weit entfernte niedergelassene Fachärzte zu konsultieren und die Wegezeiten für den Patienten zu reduzieren. Teilweise wird dennoch vertreten, dass die Kosteneffektivität der Telemedizin nicht ausreichend belegt ist.³¹⁵

Zu diskutieren ist das Fernbehandlungsverbot. Soll es aufgehoben oder präzisiert werden? Ein Fortbestehen der aktuellen Rechtslage erscheint problematisch. Schließlich fehlt eine genauere Ausgestaltung der Kostenerstattung, der Informations- und Aufklärungspflichten sowie der Dokumentationspflicht. Für eine Aufhebung des Fernbehandlungsverbots spricht die mögliche Unionsrechtswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit. Der Gesetzgeber muss sich damit auseinandersetzen, ob und gegebenenfalls wie das Fernbehandlungsverbot eventuell vor dem EuGH gerechtfertigt werden kann oder ob es gänzlich aufgehoben werden sollte.

In der Seeschifffahrt und in der Raumfahrt gehören Fernbehandlungen durch Ärzte seit langer Zeit zum Standard.³¹⁶ Nach §1 Nr. 7a des Gesetzes über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt (SeeAufgG) hat der Bund sogar die Pflicht, einen funk- oder satellitenfunkärztlichen Dienst mit fachärztlicher Beratung bereitzustellen. Auch Art. 7 des Übereinkommens über den Gesundheitsschutz und die medizinische Betreuung der Seeleute von 1987 sieht dies vor, sogar 24h täglich.³¹⁷ Warum sollte nicht auch der ‚Normalmensch‘ von der Telemedizin Gebrauch machen dürfen? Kann nicht die vom Fernbehandlungsverbot gewünschte reelle Nähe des Patienten zum Arzt durch eine „virtuelle Nähe“³¹⁸ ersetzt werden? Die telemedizinischen Risiken könnten eingeschränkt und der Verbraucher mit den nötigen Regressmöglichkeiten ausgestattet werden. Zur gesetzlichen Ausgestaltung könnte der Erfahrungsschatz aus der Seefahrt genutzt werden. Gegen eine vollständige Aufhebung sprechen die damit verbundenen Risiken. Unseriöse Health Apps und „Web-Doktoren“ könnten zu einer Gefahr für den Verbraucher werden. „Unkontrollierte, nicht gegenseitig dokumentierte Arztbesuchen“³¹⁹ sind nicht nur risikoträchtig sondern produzieren auch zusätzliche Kosten.

Geboten ist eine Präzisierung des Fernbehandlungsverbots. Auch für die zulässigen Fernbehandlungen ergeben sich Fragen. Zwar haben Ärzte eine gewisse Freiheit der Methodenwahl, aber was soll geschehen, wenn der Patient über den telemedizinischen Zusatz-Einsatz nicht informiert wird oder widerspricht? Der Behandlungsvertrag ist grundsätzlich mit einem Dienstvertrag vergleichbar, sodass die Leistung nach §613 BGB grundsätzlich persönlich zu erbringen ist. Nicht wünschenswert wäre, wenn der Patient ohne sein Wissen zusätzlich von einem Telemediziner behandelt wird, den er sich nicht explizit ausgesucht hat und dem er möglicherweise nicht vertraut. Gerade deswegen wäre eine Aufnahme jeglicher telemedizinischer Konsultationen oder Anwendungen in die Patientenakte wünschenswert. Mangels einer Präzisierung herrscht Rechtsunsicherheit. Das gilt auch für die Dokumentationspflichten. Ohne Einbettung in eine analoge Behandlung ist nicht geklärt, ob die Dokumentationspflichten in der Telemedizin überhaupt eingehalten werden. Selbst wenn die Telemedizin berufsrechtlich zulässig ist, steht nicht fest, wer für die Dokumentation zuständig ist und wie weit diese gehen muss.

Das deutsche Gesundheitssystem ist von „Selbstverwaltung und Korporatismus“ geprägt.³²⁰ Der Bundesgesetzgeber hat nach Art. 74 Nr.19 GG zwar das Recht, die Heilberufe zu

³¹⁵ Christiansen/Klötzer, „Ist die Telemedizin kosteneffektiv?“, (2015) *Versicherungsmedizin*, 193-196.

³¹⁶ diese Idee bei Gaßner/Strömer, „Mobile Health Applications – haftungsrechtlicher Standard und das Laissez-faire des Gesetzgebers“ (2015) *Versicherungsrecht*, 1219-1228, 1219f.

³¹⁷ In Deutschland seit dem Zustimmungsgesetz vom 29.7.1994 anwendbar, BGBl 1994 II 1206 ff.

³¹⁸ so Pflüger, „Haftungsfragen der Telemedizin“, (1999) *Versicherungsrecht*, 1070-1075 vor Fn. 71.

³¹⁹ Dr. med. Franz-Joseph Bartmann, Vorsitzender des Telemedizin Ausschusses der BÄK in einem Interview mit dem deutschen Ärzteblatt, <<http://www.aerzteblatt.de/archiv/173501>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³²⁰ Petry, „Arzthaftung in Deutschland“, in Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa* (ABW Wissenschaftsverlag 2012), S.55, Rn. 17.

regeln. Das Berufsausübungsrecht der Ärzte liegt jedoch in der Kompetenz der Bundesländer. Hier gibt es einen Rechtsrahmen durch landesspezifische Kammer- und Heilberufsgesetze. Die Landesärztekammern wiederum sind zuständig für die Weiterentwicklung der Berufsordnungen, somit auch für die Präzisierung des Fernbehandlungsverbots. Hierin unterliegen sie den landesrechtlich zuständigen Aufsichtsbehörden.³²¹ Der Einfluss des Bundesgesetzgebers auf das Fernbehandlungsverbot ist gering. Immerhin besteht die Möglichkeit, eine landesrechtliche Debatte anzustoßen. Die Vereinbarkeit des Verbotes mit dem Unionsrecht bietet hierzu den Anlass. Zwar wurde das Fernbehandlungsverbot 2011 reformiert, um der fortschreitenden Digitalisierung Rechnung zu tragen. Möglicherweise ist nun der Zeitpunkt gekommen, eine erneute Überarbeitung in Erwägung zu ziehen.

Angedacht wurde bereits, eine Art vertragliche Haftungsstruktur für telemedizinische Leistungen. Für bestimmte Leistungen könnte ein „medical advice contract“ in Betracht kommen.³²² In Deutschland könnte man sich darunter eine Art „Behandlungsvertrag light“ vorstellen, der speziell für digitale Sachverhalte und damit Beratungen gilt. Schließlich ist das Internet vor allem Beratungsort, während die Praxis Behandlungsort bleibt.³²³ Ein solcher käme auch für die Health Apps in Betracht. Vorgesehen werden könnte, die Reichweite bestimmter Aufklärungspflichten und die einzelnen Haftungsgegner einzugrenzen. Ein Vermittlungsportal könnte Dritt-Partei eines Behandlungsvertrages light werden. Dieser könnte Schadensersatzpflichten im Fall von fehlgeleiteter Beratung vorsehen. In einem kanadischen Fall³²⁴ wurde Schadensersatz auch dann zugesprochen, wenn die im Einzelfall ohne Zustimmung erfolgte Behandlung sich als lebensrettend erwies. Dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird so ein besonderer Stellenwert zugewiesen. Die bloße Aufklärungspflichtverletzung reicht, um einen nominellen Schadensersatz auszulösen. In Frankreich gibt es ebenfalls eine Diskussion über derartige haftungsrechtliche Folgen.³²⁵ Auch wenn das Konzept des nominellen Schadensersatzes sich in die deutsche Rechtsordnung nur schwer einfügen lässt, so könnte der auch dem deutschen Recht bekannte Gedanke der Genugtuung ausbaufähig sein, um einer fehlerhaften oder nicht erfolgten Aufklärung im Internet Rechnung zu tragen. Zu klären bliebe die Frage des Anspruchsgegners. Sollten die Portale, die Telemedizin vermitteln, in Anspruch genommen werden können und nicht nur die dort agierenden Ärzte?

Präzisiert werden sollte die Kostenübernahme für die Telemedizin. Zwar gibt es Ansätze in §87 SGB V. Jedoch ist eine genauere Präzisierung der Bedingungen durch den Bewertungsausschuss wünschenswert. Vertreter von Patientenorganisationen nehmen mit beratender Stimme an den Sitzungen des Gemeinsamen Bewertungsausschusses teil, darunter auch die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.³²⁶ Derzeit plant das Bundesministerium für Gesundheit eine Novelle des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG). „Um den Patientenschutz zu verbessern“ sieht der Entwurf, dass eine Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln grundsätzlich nicht erfolgen darf, wenn die Verschreibung offenkundig nicht nach einem direkten Arzt-Patienten-Kontakt ausgestellt

³²¹ Petry, „Arzthaftung in Deutschland“, in Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa* (ABW Wissenschaftsverlag 2012), S.61, Rn. 55-57.

³²² Niederländischer Rat für Gesundheitsfragen (Raad voor de Volksgezondheid & Zorg), Report on Consumer Health an das niederländische Gesundheitsministerium 2015, <https://www.raadrvs.nl/uploads/docs/Consumer_ehealth.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), S.61.

³²³ Auch das könnte sich aber in Zukunft ändern, wenn z.B. Medikamente durch 3D-Drucker hergestellt werden etc., siehe dazu Süddeutsche Zeitung, 12.8.2015, Hinnerk Feldwisch-Dertrup: 3D-Drucker im Krankenhaus, <<http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/zulassung-fuer-gedruckte-tabletten-d-drucker-im-krankenhaus-1.2604794>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³²⁴ Malette v Shulman et al (1990), 72 O.R. (2d) 417 (ON CA).

³²⁵ Carval/Sefton-Green, „Arzthaftung in Frankreich“, in Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa* (AWB Wissenschaftsverlag 2012), S.156 Rn. 79.

³²⁶ siehe zur Zusammensetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses <<https://www.g-ba.de/institution/struktur/patientenbeteiligung/>> (zuletzt abgerufen am 21. Apr. 2016).

wurde³²⁷. Die Novelle wird als „Lex DrEd“ betitelt – in Anlehnung daran, dass sie die Tätigkeit von telemedizinischen Anbietern wie DrEd verbieten soll. Anders als die USA und die EU scheint der deutsche Gesetzgeber der Telemedizin misstrauisch gegenüber zu stehen.

4.2 Arztbewertungsportale

Gewünscht werden von Verbraucherschutzverbänden Offenlegungspflichten der Portale, die dem Verbraucher die Hintergrundinteressen deutlich machen.³²⁸ Dafür spricht, dass die existierenden Informationspflichten sich vor allem auf die Erreichbarkeit des Plattformbetreibers beziehen (Impressumpflicht) oder auf die Vertragsinhalte, wenn man von einem Vertragsabschluss ausgeht. Die vertragsbezogenen Informationspflichten aus der Verbraucherrechterichtlinien sind nicht auf die vorliegende Situation zugeschnitten. Hintergrundbezogene Informationspflichten bestehen nicht. Was bringen neue Informationspflichten? Verbraucher nehmen bekanntlich die meisten ihnen zur Verfügung gestellten Informationen ohne nicht oder allenfalls begrenzt wahr. Bereits heute ist es auch für Unternehmer schwierig, sich im Wirrwarr der Informationspflichten zurechtzufinden. Neue Informationspflichten könnten die Situation unnötig verkomplizieren und zu einer weiteren Fragmentierung des Verbraucherrechts führen.³²⁹

Persönlichkeitsrechte bedürfen keiner Regelung. Die Rechtsprechung konkretisiert Schritt für Schritt Möglichkeiten und Grenzen der Meinungsfreiheit. Nach derzeitigem Stand hat ein Arzt kein allgemeines Recht auf Löschung seiner Bewertungen online. Den Portalbetreiber trifft keine generelle Prüfpflicht. Im Falle einer rechtswidrigen Online-Bewertung, z.B. in Form einer Schmähkritik, sieht es insofern anders als der Portalbetreiber zum Handeln verpflichtet ist, soweit er Kenntnis von der Sachlage erhalten hat. Die Interessen der Beteiligten werden gleichmäßig austariert und die Tätigkeit der Portalbetreiber nicht verhindert.

Zuletzt ist auf die Arztvermittlungsportale einzugehen. Deren Praxis wurde sowohl von BGH als auch BVerfG gebilligt. Besonders viele Geschäftsaktivitäten sind bislang nicht zu verzeichnen. Handelt es sich um Vermittlung gegen Entgelt, können die Gerichte, so sie angerufen werden, über das Lauterkeitsrecht eingreifen. Die Ärzteschaft hat ein Interesse daran sich für die Wahrung ihres Rufes einzusetzen. Fraglich ist, ob man die Entscheidungen von BGH und BVerfG im Hinblick auf die nicht berücksichtigten ökonomischen Gesichtspunkte hinnehmen sollte. Die Entscheidung hat der Gesetzgeber zu treffen.

4.3 Health Apps

Das BfArM selbst warnte auf einem Symposium vor den Risiken der Anwendung und befürwortet eine Weiterentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen.³³⁰ Insbesondere bei Apps, die von Ärzten in der Behandlung und Diagnose eingesetzt werden, bestünden Gefahren. Als Beispiele werden Apps zur Bilddarstellung, zur Berechnung einer Medikamentendosis oder zur Bildinterpretation von Karzinomen genannt. Aber auch für Verbraucher resultieren gesundheitliche Gefahren aus Health Apps. Wie kann das bestehende Rechtssystem verbessert werden?

Selbstregulierung

Man könnte auf die selbstregulierende Kraft des Internets vertrauen. So gut wie alle App Stores verfügen über eine Bewertungsfunktion. Die Verbraucher könnten sich gegenseitig vor gesundheitsschädlichen Apps warnen. Um einen Überblick über den Markt der Health

³²⁷ so §48 Abs. 1 S.2ff. n. F., siehe den Regierungsentwurf unter <http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/A/GE_4_A MG-AEndG.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³²⁸ siehe zum Beispiel politische Forderungen zu Buchungs- und Vergleichsportalen des Verbraucherzentrale Bundesverband, <http://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/forderungspapier_vergleichsportale.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³²⁹ siehe detaillierter Teil C, 3.3.

³³⁰ Pressemitteilung Nr. 4/15 des BfArM vom 24.3.2015.

Apps zu bekommen, lassen sich Bewertungsportale nutzen. HealthOn³³¹ bietet Informationen und Testbewertungen zu verschiedenen Health Apps, das von der Agentur für Gesundheitskommunikation betrieben wird. Ein anderes Beispiel ist App Check,³³² das vom Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen gefördert wird. Sogar eine wissenschaftliche Zeitschrift beschäftigt sich mit Health Apps.³³³ Reicht das aus?

Regulierung für die riskantesten Health Apps

In den USA reguliert die US Food and Drug Administration (FDA) Health Apps. Rechtsgrundlage ist der Food, Drugs and Cosmetics Act (FD&C). Wird eine App als Medizinprodukt eingestuft, kann sie einer von drei verschiedenen Produktklassen unterliegen: Generelle Kontrolle (Class I), Spezielle Kontrolle (Class II) und Zulassungsverfahren (Class III). Die Klassen I und II scheinen eher Anzeigeverfahren mit besonderem Monitoring zu sein, während bei Klasse III ein besonderes Prüfverfahren in Gang gesetzt wird. Die FDA hat Richtlinien veröffentlicht, die das Verständnis erleichtern.³³⁴ Die FDA agiert als Bundesbehörde. Darin unterscheidet sich die USA von Deutschland mit seinem zersplitterten Netzwerk von Kompetenzen und Akteuren. Die Zentralisierung sorgt für Sicherheit bei den Herstellern. Weiterhin arbeitet die FDA mit breitem Ermessensspielraum. In ihren Richtlinien identifiziert die FDA drei Gruppen von Apps: (1) Reine Wellness Apps, die nicht als Medizinprodukte eingestuft werden, (2) Apps, die der Regulierung als Medizinprodukte unterfallen und (3) Apps, die zwar grundsätzlich Medizinprodukte als anzusehen sind, bei denen die FDA aber kein Zulassungsverfahren durchführt. Zu letzterer Kategorie gehören z.B. Monitoring Apps, Apps zum Verfolgen von Gesundheitsinformationen, insbesondere für Patienten mit chronischen Krankheiten. Bei ihnen handelt es sich um Medizinprodukte. Die FDA geht jedoch davon aus, dass sie wenig riskant sind. Deswegen wendet sie auf diese das Anzeige- oder Genehmigungsverfahren gar nicht erst an. Der gesetzgeberische Grundgedanke ist, mehr Apps als Medizinprodukte einzustufen, auf Rechtsdurchsetzungsebene jedoch einen breiten Spielraum zu belassen. Bemerkenswert ist die Flexibilität der FDA. Rein theoretisch könnte das Anzeige- oder Genehmigungsverfahren in der Zukunft auf die „ungefährlichen“ Medizinprodukte angewandt werden, soweit die FDA dazu einen Anlass sieht. Ihre Richtlinien sind rechtlich unverbindlich, sodass eine schnelle Reaktion auf digitale Entwicklungen möglich ist.

Grundsätzlich überwacht die FDA eher wenige Health Apps. Der Fokus liegt auf der Überwachung von Apps, die der Arzt bei der Behandlung des Patienten benutzt. Das ist zu befürworten, da insoweit besondere technische und Sicherheitsanforderungen sinnvoll und geboten erscheinen. Neben einer flexiblen und handlungsfähigen Behörde muss ein tragfestes Kriterium gefunden werden, um Medizinprodukte von Wellnessprodukten zu unterscheiden. Vorgeschlagen wurde, nach der „mögliche Auswirkung auf individualtherapeutische oder diagnostische Entscheidungen“ zu differenzieren.³³⁵ Eine präzise Trennung, so schwierig sie auch sein mag, wäre zur Herstellung von Rechtssicherheit wünschenswert.

Qualitätsmanagementsystem für sonstige Health Apps

Für Health Apps könnte man ein Qualitätsmanagementsystem einführen. Einen ersten Versuch hatte 2013 der britische National Health Service gestartet. Der NHS betreibt das

³³¹ <<https://www.healthon.de/healthon>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³³² <<http://www.appcheck.de/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³³³ Journal of Medical Internat Research mHealth and uHealth, <http://mhealth.jmir.org/>, zuletzt abgerufen am 31.3.2016.

³³⁴ Mobile Medical Applications, Guidance for Industry and Food and Drug Administration Staff, Stand 9.2.2015,

<[http://www.fda.gov/downloads/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/GuidanceDocuments/UCM263366.pdf%20\[accessed%202014-09-08\]%20\[WebCite%20Cache\]](http://www.fda.gov/downloads/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/GuidanceDocuments/UCM263366.pdf%20[accessed%202014-09-08]%20[WebCite%20Cache])> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³³⁵ Gaßner, „MedTech meets mHealth“, (2015) Zeitschrift für das gesamte Medizinprodukterecht, 73-82, 78.

Internetportal „NHS Choices“, das nach eigenen Angaben eines der größten britischen Gesundheitsportale ist. Über Choices sollten Verbraucher eine Art Datenbank für Health Apps einsehen können. Das Pilotprojekt wurde im Oktober 2015 zunächst eingestellt.³³⁶ Einerseits wurde der NHS für die Auswahl seiner Apps kritisiert. Diese würden Qualitätsstandards größtenteils nicht genügen. Aber es gibt auch andere Vermutungen für die Gründe. Die rasante Weiterentwicklung der Health Apps und ihre hohe Anzahl ließen das Pilotprojekt des NHS zu einem Mammutprojekt ausarten. Die Alternative wäre ein staatliches Qualitätsmanagementsystem von geringerem Umfang. Der NHS vertreibt zum Beispiel auch Informationen zu ausgewählten Health und Fitness Trackern über seine Website NHS Choices.³³⁷ In Großbritannien ist der NHS so etwas wie die „erste Anlaufstelle“ des Verbrauchers – ein Äquivalent zum NHS gibt es in Deutschland nicht. Es müsste ein Betreiber für das Qualitätsmanagementsystem gefunden werden, der den Verbraucher erreichen kann. Weiterhin müsste geklärt werden, wer das Qualitätsmanagement durchführt. Medizinische Experten und technische Experten müssten Hand in Hand arbeiten, aber auch Expertise in Datenschutz ist erfolgreich. Eine Möglichkeit, der Vielzahl der Health Apps Herr zu werden, wäre ein „Qualitätsmanagement auf Antrag“ einzuführen. Verbraucher könnten sich an die zuständige Stelle im Sinne einer „Beschwerde“ wenden. Dadurch würde diese auf einzelne Apps aufmerksam gemacht. Andererseits wäre sie von der Mitarbeit der Verbraucher abhängig.

Ein anderer Vorschlag ist die Einrichtung eines staatlichen App Stores, über den nur zertifizierte Apps vertrieben werden können. Auch hier ergibt sich ein Problem. Es ist nicht vorstellbar, dass ein staatlicher Store für Health Apps neben den marktmächtigen Apple App Store oder Google Play einen ausreichenden Bekanntheitsgrad erreichen könnte. Gibt es Möglichkeiten, die besonderen Marktpositionen der großen App Stores bei der Überwachung der Health Apps einzusetzen? Ähnlich wie der Betreiber einer Bewertungsplattform im Falle von Schmähkritik einschreiten muss, könnten App Stores als Plattformbetreiber verpflichtet werden, den Vertrieb ihrer eigenen Produkte besser zu beaufsichtigen. Der Eingriff in die unternehmerische Freiheit ist offensichtlich. Andererseits sind App Stores als Vertrieber noch am ehesten in der Lage, Kontrolle über Health Apps auszuüben. Eine App, die nicht über einen der App Stores vertrieben wird, wird den Verbraucher nur in den seltensten Fällen erreichen. Es erscheint nicht unbillig, an die immer größere Macht auch eine Verantwortung zu knüpfen App Store, die Health Apps vertreiben, ähneln einer „Internet-Apotheke“. So gesehen ließen sich regulatorische Maßnahmen rechtfertigen, wie die Einrichtung eines „rezeptpflichtigen“ Bereichs des App Stores, oder eines Bereichs, der nur für Ärzte zugänglich ist.

In Frage käme auch eine Selbstzertifizierung durch die Hersteller der Apps als für den Staat kostengünstige Alternative. Eine solche Selbstzertifizierung könnte verbindlich gemacht werden, wie die CE-Mark. Auch hier zeigen sich Probleme. Welche Behörde soll die Selbstzertifizierung überwachen? Bei der Vielzahl der existierenden Health Apps wäre die Überwachung und Durchsetzung eines solchen Systems ein beinahe ebenso großes Projekt wie der Versuch der Einrichtung einer staatlichen Health App Library durch die NHS. Die Normungsorganisationen haben die Zeichen der Zeit erkannt. Die ISO-Norm 14971:2007 beschäftigt sich beispielsweise mit dem Risikomanagement von Medizinprodukten. Für die europäische Ebene gibt es eine an die Medizinprodukterichtlinie Richtlinie angelehnte ähnliche technische Norm, EN ISO 14971:2012. So oder so schafft die Vielzahl der existierenden Health Apps und Wellness Apps Hürden für die Einrichtung eines umfassenden Qualitätsmanagementsystems. In Anbetracht der faktischen Schwierigkeiten wäre es vielleicht sinnvoller, sich auf die (Neu-)Regulierung der wirklich gefährlichen Apps nach dem MPG zu beschränken.

Nutzung von Health Apps durch Krankenkassen

³³⁶ siehe z.B. <http://www.digitalhealth.net/digital_patient/46729/nhs-health-apps-library-to-close> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³³⁷ <http://www.nhs.uk/conditions/nhs-health-check/pages/tools-and-technology-that-can-help.aspx> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Im analogen Bereich nutzen Krankenkassen heute schon Bonusprogramme. Für die gesetzliche Krankenversicherung ist diese Möglichkeit in §65a Abs.1 Nr.3 SGB V ausdrücklich vorgesehen. Nach §65a Abs.3 SGB V müssen die Bonusprogramme allerdings mittelfristig aus anderen Einsparungen finanziert werden. Dabei muss das Solidaritätsprinzip eingehalten werden.³³⁸ Die Bonusprogramme dürfen nicht zu einer Steigerung der Tarife bei denjenigen führen, die nicht vom Bonusprogramm profitieren.³³⁹ Nach §65a Abs.1 Nr.3 SGB V werden Boni nur für die Leistungen der Krankenkasse zur verhaltensbezogenen Prävention gewährt, die wiederum in §20 SGB V definiert werden. Grundsätzlich müssen Präventionsleistungen den Wirksamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgeboten aus §§2, 12 SGB V entsprechen. Das bedeutet, dass die gesetzliche Krankenkasse nur Health Apps verwenden könnte, die diesen Kriterien entsprechen. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen hat gem. §20 Abs. 2 S.1 SGB V einen Leitfaden erstellt,³⁴⁰ der die Einbeziehung von Health- und Fitness-Apps gestattet.³⁴¹

Welche Gefahren können sich aus der Nutzung von Health Apps durch Krankenkassen ergeben? Der Datenschutz wirft Fragen auf, ebenso wie die wissenschaftliche Belastbarkeit der Health Apps. Selbst wenn diese dem Wirksamkeitsgebot des SGB V entsprechen und die Wirksamkeit im Einzelfall wissenschaftlich erweisen ist, so ist gerade der Bereich von Fitness und Ernährung einer beträchtlichen Dynamik ausgesetzt, die das Wissen einer geringen Verfallszeit unterwirft. Teilweise wird kritisiert, dass sich die Prävention auf eine Vielzahl von Verbots- und Verhaltensvorschriften stützt, die den aktuellen wissenschaftlichen Trends folgt.³⁴² Die Dynamik der Entwicklung könnte bei gleichzeitigem Einsatz von entsprechenden Health Apps zu einer Belastung für den Verbraucher werden. Sein Selbstbestimmungsrecht ist zu respektieren. Der Verbraucher sollte nicht dazu gezwungen werden, seine Gesundheit gegen seinen Willen für die Krankenkassen ständig optimieren zu müssen. Die Entwicklungen müssen von den Gesetzgebungsorganen und dem Bundesdatenschutzbeauftragte aufmerksam mitverfolgt werden.

5 Fazit

Der Teil Gesundheit fügt sich an die im Teil Finanzen getroffenen Feststellungen an. Das analoge Recht im Gesundheitsbereich ist mit finanzrechtlichen Regelungen vergleichbar. Information und Beratung verändern in der digitalen die Richtung. Der Grad an Informiertheit des Patienten nimmt zu, eine wirkliche online Beratung findet jedoch eher selten statt. Health Apps und Telemedizin sind beides Phänomene, die das Arzt-Patienten-Verhältnis für die Zukunft mittelfristig beeinflussen. Auch im Bereich Gesundheit stellen sich Fragen nach der Haftung für unvollständige Information oder dem Zustandekommen eines etwaigen digitalen Beratungsvertrages. Aus dem analogen Verbraucherrecht sind eine Vielzahl der Probleme bekannt sind, zum Beispiel die Einhaltung von Informationspflichten online oder Verstöße gegen das AGB-Recht. Die Vermittlung im Finanzbereich erfolgt sowohl durch Vergleichs- als auch Bewertungsportale, im Gesundheitsbereich dominieren Bewertungsportale. Auf der Grundlage der bislang gesammelten Erkenntnisse aus den Bereichen Gesundheit und Finanzen sollen Online-Plattformen des Handels näher beleuchtet werden.

³³⁸ Nürnberg, „eHealth und M(obile)-Health: Chancen und Risiken – Das Aus für die Solidargemeinschaft“, (2015) Zeitschrift für Versicherungswesen, 246-250, 247.

³³⁹ genauere Erläuterungen bei Brönneke/Kipker, „Fitness-Apps in Bonusprogrammen gesetzlicher Krankenkassen – Sozial- und datenschutzrechtliche Anforderungen“, (2015) Gesundheitsrecht, 211-216.

³⁴⁰ Leitfaden Prävention, <https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/publikationen/Leitfaden_Praevention-2014_barrierefrei.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), in der Fassung vom 10.12.2014,.

³⁴¹ Brönneke/Kipker, „Fitness-Apps in Bonusprogrammen gesetzlicher Krankenkassen – Sozial- und datenschutzrechtliche Anforderungen“, (2015) Gesundheitsrecht, 211-216, 212f.

³⁴² siehe Eberbach, „Personalisierte Prävention: Wirkung und Auswirkungen – Zugleich ein Plädoyer für die Solidarität mit dem Selbstbestimmungsrecht“, (2014) Medizinrecht, 449-464.

C Handel

Der Begriff Handel umfasst traditionell Transaktionen bezüglich Waren und Dienstleistungen. Insoweit ergeben sich Überschneidungen zu Finanzen und Gesundheit. Man könnte auch sagen, dass ‚Handel‘ als Auffangkategorie zu verstehen ist.

Welche Rolle spielen Information und Beratung? Als klassische Vertragsform für den Bereich Handel wird der Kaufvertrag nach §433 BGB anzusehen sein. Die aus dem Kapitalmarktrecht oder Versicherungsrecht bekannten Informationspflichten finden sich im analogen Bereich allerdings nicht. Auch für andere Vertragsformen des BGB, die dem Bereich Handel zuzuordnen sein könnten, zum Beispiel für den Dienstvertrag nach §§611ff. BGB, oder den Werkvertrag nach §§631ff. BGB finden sich keine im Gesetz festgeschriebenen Informations- und Beratungspflichten. Das BGB kennt die heutige Fülle an (vor)vertraglichen Informationspflichten erst seit den unionsrechtlichen Bestimmungen. Auch Beratungspflichten sind nicht gesetzlich festgeschrieben. Dennoch bestehen in der analogen Welt Informations- und Beratungspflichten für den Verbraucher – jeweils mit ihren ganz eigenen Konsequenzen. Die Annahme eines selbstständigen Beratungsvertrags neben dem Kaufvertrag wird zwar eher selten getroffen. Wenn der Verbraucher im stationären Handel einen Buchladen aufsucht, so kann es sein, dass er vor der Kaufentscheidung beraten wird. Auch Informationen über die Kaufsache seitens des Verkäufers können rechtliche Konsequenzen haben, zum Beispiel für das Vorliegen eines Sachmangels nach §434 BGB. Daneben gibt es von Literatur und Rechtsprechung ausgearbeitete Informations-, Aufklärungs- bzw. teilweise sogar Beratungspflichten, die dem (deutschen) Kaufrecht selbst entspringen. Auskunft und Aufklärung über den Kaufgegenstand kann theoretisch eine Nebenpflicht des Verkäufers sein. Die Aufklärungspflicht des Verkäufers ist jedoch grundsätzlich begrenzt. Dieser ist nicht verpflichtet, sich beim Hersteller über den Kaufgegenstand zu erkundigen, muss jedoch offenlegen, was er weiß.³⁴³ Teilweise wird vertreten, dass den Verkäufer beim Verkauf über das Internet gesteigerte Informationspflichten treffen, weil der Käufer den Kaufgegenstand dort nicht mit eigenen Augen sieht und sich so voll auf die Beschreibung des Verkäufers verlassen muss.³⁴⁴ Aufklärungs- und Informationspflichten können situativ entstehen, sofern dem Verkäufer das Unwissen des Käufers bekannt ist oder wenn er dem Käufer eine gesonderte Beratung angeboten hat.³⁴⁵ Auch kann der Käufer situativ schutzwürdig sein. Dennoch wird eine selbstständige, aber auch eine unselbstständige Beratungspflicht bzw. ein selbstständiger Beratungsvertrag nur zurückhaltend befürwortet.³⁴⁶

Das Unionsrecht dagegen knüpft an die Art der Kommunikation zwischen Unternehmer und Verbraucher an. Hervorzuheben sind die Verbraucherrechte-Richtlinie,³⁴⁷ die die Fernabsatz-Richtlinie ersetzt hat³⁴⁸ und die E-Commerce-Richtlinie.³⁴⁹ Hinzu kommen die Vorschläge der Europäischen Kommission vom 9.12.2015 für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte („digital Content“) und eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren („Distant Sale of Goods“).³⁵⁰ Tendenziell bewirken

³⁴³ Saenger, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Schulze u.a. (Hrsg.), 8. Auflage 2014, Nomos Verlag, Rn. 1 – 17 zu §433, beck-online mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

³⁴⁴ Heiderhoff, Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel der Sache beim Kauf via Internet, (2005) Betriebsberater, 2533-2538.

³⁴⁵ Westermann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 54-57 zu §433, beck-online mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

³⁴⁶ Emmerich, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, C.H. Beck Verlag, Rn. 86-89 zu §311, beck-online.

³⁴⁷ Richtlinie 2011/83/EU, insb. Art. 4 „Unterrichtung“.

³⁴⁸ O.J. 1997, L 144, Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlament und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, insb. Art. 5, 6, 10 zu Informationspflichten.

³⁴⁹ Richtlinie 2000/31/EG, insb. Art. 5, 6, 10 zu Informationspflichten.

³⁵⁰ Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD) und Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche

dieser Richtlinien eine stärkere Standardisierung des Vertrages. Die Vielzahl der Informationspflichten reduziert die Bedeutung des Vertragsschlusses als konstitutives Moment langsam. Vorgaben zur Beratung fehlen jedoch. Über die Rolle und den Wert von Informationspflichten im digitalen und analogen Handel mit Verbrauchern wird viel gestritten. Die Fragen sind bekannt und vielfach erörtert: Welche Informationen soll der Verbraucher bekommen, an welcher Stelle und wenn der Verbraucher die Informationen bekommt, nimmt er sie überhaupt wahr?³⁵¹

Beinahe interessanter ist herauszufinden, wie das Geschäft zwischen Verbraucher und Unternehmer zustande kommt. In der analogen Welt wird der Vertrag im Geschäft des Unternehmers oder auch am Wohnsitz oder Arbeitsplatz des Verbrauchers geschlossen. Unternehmer und Verbraucher erfahren von der Möglichkeit der Transaktion über verschiedene analoge Wege, zum Beispiel durch Berichte im sozialen Umfeld, durch zufälliges Vorbeilaufen am stationären Geschäft des Unternehmers, oder durch analoge Werbung. Das Internet dagegen ist ein zu großes, zu eng vermaschtes Netz, dessen Wege der Verbraucher nicht alle ablaufen könnte, um das gewünschte Produkt oder die gewünschte Dienstleistung zu finden. Online müssen neue Wege gefunden werden, um Verbraucher und Unternehmer zusammenzubringen. Dafür gibt es Online-Intermediäre oder Online-Vermittler und Online-Marktplätze, die im gewissen Maße als Äquivalent zu den mittelalterlichen Märkten zu sehen sind. Die virtuellen „Marktplätze“ schaffen Vermittlungsplattformen im Internet. Sie fungieren als Informationsintermediäre. Gleichzeitig liefern diese Informationsintermediäre eine ganz eigene Form der Information und Beratung. Sie können als Vergleichsportale vorab über das vom Verbraucher gewünschte Produkt informieren und sie können den Verbraucher bei einer Auto-Beratung unterstützen. Die Intermediäre sollen im Fokus dieses dritten Teils stehen. Sie finden ihre Entsprechung in den Ausführungen zu Robo-Advisors, Finanz-Vergleichsportalen, und Arztbewertungsplattformen. Da es ein besonderes Regelwerk für Online Plattformen nicht gibt, steht nachfolgend das Geschäftsmodell im Vordergrund.

1 Neues Geschäftsmodell Online-Plattform

1.1 Einführung und grundlegende Struktur der Plattformen

Was sind Online-Plattformen? Bei einem weiten Begriff die Liste lang werden. Ein bekannter Plattformbetreiber aus dem Bereich der Sharing Economy ist AirBnB: Reisende können über die Plattform private Gastgeber suchen, die ihnen für einige Tage ein Zimmer vermieten. Dafür bekommt AirBnB von beiden Seiten eine Provision. Über die Plattform Uber können Verbraucher Autoinhaber suchen, die sie über eine bestimmte Strecke fahren – auch dies funktioniert auf Provisionsbasis. Suchmaschinen wie Google oder Yahoo werden als Plattformen bezeichnet: Suchende Verbraucher können mit Hilfe des Such-Algorithmus passende Anbieter finden. EBay ist eine Plattform, die einen Marktplatz einrichtet, auf dem Verbraucher und Anbieter zum Kauf von Produkten oder zum Vertrieb von Dienstleistungen zusammenfinden. Facebook kann, seit das Unternehmen Werbung zugelassen hat, als Plattform eingestuft werden. Facebook-User können über den Newsfeed und über (personalisierte) Fest-Anzeigen am Rande des Newsfeeds auf neue Produkte und Dienstleistungen aufmerksam gemacht werden. Mediale Newswebsites, Nachrichtenseiten wie z.B. SpiegelOnline, sind Plattformen, weil die Verbraucher durch sie neue Angebote über Werbung entdecken können. Über solidarische Plattformen, wie zum Beispiel den „Leihladen“ aus Berlin, können Nutzer Gegenstände anderer Nutzer ausleihen. Apple App Store und Google Play Store gestatten Verbrauchern den Zugriff auf die Apps von bestimmten Software-Entwicklern. Über HRS und Tripadvisor finden Verbraucher Hotels und

Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM/2015/0635 final - 2015/0288 (COD), beide vom 9.12.2015.

³⁵¹ grundsätzlich gegen Informationspflichten aber Ben-Shahar/Schneider, *More than you wanted to know*, (Princeton University Press 2014).

Reiseziele; über fluege.de gibt es einen Flugvergleich. Auch Anbieter wie expedia sind nicht zu vergessen. Vergleichsportale wie verivox oder toptarif bieten Stromvergleiche an.

Auch die EU-Kommission ist inzwischen auf die immer weiter wachsende Online-Plattformökonomie aufmerksam geworden und hat hierzu eine öffentliche Konsultation³⁵² veranstaltet, gefolgt von einer Mitteilung zu den Online-Plattformen³⁵³ und einem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen (Staff Working Paper)³⁵⁴. Die EU-Kommission sieht Europa als potenziellen digitalen „Player“ und befürwortet die Weiterentwicklung der Plattform-Ökonomie, trotz der Distorsions-Effekte im Bezug auf andere Wirtschaftszweige.³⁵⁵ Plattformen werden sozioökonomische Vorteile zugeschrieben. Verbraucherseite profitieren von den verbesserten Informationsmöglichkeiten. Die Plattform-Ökonomie befördere den grenzüberschreitenden Online-Handel und diene der Realisierung des Binnenmarktes. Plattformen zur Jobvermittlung tragen zu einem besseren Recruitment und möglicherweise zu niedrigeren Arbeitslosenzahlen bei. Plattformen optimieren die Möglichkeiten von Frauen, sich unternehmerisch zu betätigen.

Die Plattform-Ökonomie wird als wachsender Markt bezeichnet. Das „Center for Global Enterprise“, eine gemeinnützige, überparteiliche Forschungsorganisation, die unter anderem von Samuel J. Palmisano, dem ehemaligen CEO von IBM, angeleitet wird, hat weltweit 176 Plattformen identifiziert, deren Gesamtunternehmenswert 4,3 Trillionen USD beträgt – und das, obwohl es sich um ein relativ neues Geschäftsfeld handelt.³⁵⁶ Der Anteil europäischer Plattformen beträgt nur 15%, obwohl Europa sich zu einem der größten Konsumenten der Plattformökonomie entwickelt hat.

Auch das englische House of Lords hat sich eingehend mit den Plattformen beschäftigt und identifiziert Vorteile sowohl für Verbraucher als auch für Unternehmen.³⁵⁷ Kleine und mittlere Unternehmen hätten durch die Plattformen einen leichteren Zugang zum Markt. Plattformen der Sharing Economy würden für eine effizientere Kostenallokation sorgen, indem sie zuvor ungenutzte Ressourcen (als Beispiel werden wieder Gästebetten genannt) für einen geringen Preis zur Nutzung bereithielten. Vorteile für Verbraucher sind die weitreichenden Auswahl- und Vergleichsmöglichkeiten auf den Plattformen. Aus ökonomischer Perspektive ist die Senkung der Transaktionskosten zu nennen, die mit der Plattform-Ökonomie einhergeht. Auf Verbraucherseite werden Suchkosten gesenkt, auf Anbieter-Seite entfällt möglicherweise das aufwändige Halten eines Ladenlokals, auch die Verhandlungskosten werden durch das Finden eines möglichst passgenauen Vertragspartners geringer.

Doch gibt es auch Schattenseiten. Diskutiert werden nachfolgend die rechtlichen Probleme wie Datenschutz, illegale Inhalte auf Plattformseiten, haftungsrechtliche Probleme und Gefahren für den Verbraucher, aber auch gesellschaftliche und soziale Probleme, wie die Beeinträchtigung althergebrachter Wirtschaftszweige oder das Verschwinden des stationären Handels aus den Städten.

³⁵² Studie zur Ergebnisse der Konsultation: Gawer, „Online Platforms: Contrasting Perceptions of European Stakeholders“, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-online-platforms-contrasting-perceptions-european-stakeholders-qualitative-analysis>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁵³ Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2016) 288/2, SWD (2016) 172.

³⁵⁴ Commission Staff Working Document on Online Platforms, COM(2016) 288, SWD(2016) 172.

³⁵⁵ Commission Staff Working Document on Online Platforms, COM(2016) 288, SWD(2016) 172, S.8ff.

³⁵⁶ Evans/Gawer, „The Rise of the Platform Enterprise – A Global Survey“, The Center for Global Enterprise, Stand Januar 2016, <http://thecge.net/wp-content/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey_01_12.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁵⁷ Select Committee on European Union, Online Platforms and the Digital Single Market, 20 April 2016, HL Paper 129, S. 9ff. unter <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Gemeinsam ist allen Plattformen, dass es in der Regel drei Akteure gibt: Der erste ist der *Betreiber* der Plattform. Er unterhält die Website, die Angebot und Nachfrage zusammen bringt. Er kümmert sich um die Rahmenorganisation der (rechtlichen) Beziehungen der beiden anderen Akteure. Er hat eine besondere Vormachtstellung, weil die beiden anderen Akteure online nicht oder nur schwer ohne ihn zusammengebracht werden könnten. Der zweite Akteur ist der Abnehmer, im Kontext der *Verbraucher*, der die Plattform aufsucht, um sich mit ihren Angeboten auseinanderzusetzen. Dieser Akteur kann in einem eher flüchtigen Verhältnis zu der Plattform stehen. Es kann aber auch längerfristige Geschäftsbeziehungen eingehen bspw. in Form eines Nutzerkontos. Der dritte Akteur ist der *Anbieter*, der seine Waren und Dienstleistungen über die Plattform vertreibt, oder sie zumindest auf Vergleichsplattformen gelistet sieht. Er kann Unternehmer sein, in der Sharing Economy mag auch der dritte Akteur selbst ein Verbraucher sein,³⁵⁸ oder jedenfalls eine hybride Stellung zwischen Unternehmer und Verbraucher einnehmen. Dieser Dritte soll hier generalisierend als „Anbieter“ bezeichnet werden. Der Anbieter steht möglicherweise in einem engeren Verhältnis zum Plattformbetreiber als der Verbraucher. Der Verbraucher kann bei einem Abschalten der Plattform eine andere Plattform aufsuchen, soweit Wettbewerb existiert. Der Klein-Anbieter, der nur eine Plattform als Vertriebskanal nutzt, ist wirtschaftlich von dieser abhängig und damit vulnerabel. Es ist nicht ungewöhnlich, dass die Anbieter ein „Multi-Homing“ betreiben und ihre Waren und Dienstleistungen über mehrere Plattformen vertreiben. Umgekehrt sind Fälle zu verzeichnen, in denen sich die Plattformen um den Willen der Anbieter, an ihrem Vertriebsmodell teilzunehmen, nicht sorgt. Manche Vergleichsportale listen Anbieter auch ohne deren Zustimmung (Screen-Scraping).

1.2 Definition und Kategorisierung des Plattformbegriffs

Eine einheitlich geltende Definition des Plattformbegriffes gibt es heute nicht. Zwar scheint man darunter generell die beschriebene Konstellation aus drei Akteuren zu verstehen, durch die Angebot und Nachfrage vermittelt werden. Teilweise wird noch ein vierter Akteur in den Werbetreibenden angesehen,³⁵⁹ man könnte sie allerdings auch der Anbieterseite zuschlagen.

Die Vielzahl der verschiedenen Geschäftsmodelle der Plattformen erweckt das Bedürfnis nach einer Kategorisierung. Das Herausarbeiten von Gemeinsamkeiten und Unterschieden kann hilfreich für regulatorische Ansatzpunkte und für ein besseres Verständnis der Funktionsweise sein. Das Recht arbeitet traditionell binär. Unter eine Norm kann ein Sachverhalt entweder subsumiert werden oder nicht. Die Norm ist umso besser, je trennschärfer sie zu binären Ergebnissen führt. Eine Kategorisierung der Plattformen kann der Normfindung dienen. Für digitale Plattformen ist zu beachten, dass es sich um einen äußerst flexiblen, innovativen Sektor handelt, der schnellem und ständigem Wandel unterworfen ist. Die binäre Arbeitsweise der Norm passt möglicherweise nicht immer. Somit ist nicht eine starre Kategorisierung und Definition der Plattformen vonnöten, sondern eine Sammlung von Ansätzen, die zum rechtlichen Verständnis beitragen kann.

Zielgrund des Verbrauchers als Kategorie

Eine erste Unterscheidungsmöglichkeit bildet der Grund des Verbrauchers für den Besuch der Website. Die Kategorisierung ähnelt einer Aufzählung der verschiedenen Branchen. Den Versuch haben verschiedene Interessenkreise bereits unternommen. Ein Hintergrundpapier des Bundeskartellamtes zur digitalen Ökonomie zählt Inhalte, Suchmaschinen, Handels- bzw. Vermittlungsplattformen und Kommunikationsnetze auf.³⁶⁰ Unter die Kategorie „Inhalte“

³⁵⁸ siehe dazu das Gutachten von Purnhagen/Wahlen, „Der Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert – Verbraucherbürger und Verbraucherproduzent“, im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Juli 2016, 000.

³⁵⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015, Fußnote 239.

³⁶⁰ Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht des Bundeskartellamts vom 1.10.2015, „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, S.8ff.; abrufbar unter

fallen Onlinenachrichten, Musik oder Filme. Suchmaschinen können allgemeine Suchmaschinen sein oder spezialisierte, die die Suche auf ein bestimmtes Produkt ausrichten. Handels- und Vermittlungsplattformen vermitteln Transaktionen, Kommunikationsnetze dienen der sozialen Verknüpfung von einzelnen oder gruppierten Internetnutzern. Eine weitere Institution, die eine solche Aufzählung versucht, ist die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) in ihrem Bericht zur Rolle von Internet-Intermediären.³⁶¹ Hier werden als eigene Kategorie noch Internetzugangs-Provider und Service-Provider, sowie Webhosts genannt. Schließlich ist noch auf eine ähnliche Kategorisierung wie die des Bundeskartellamtes hinzuweisen, die E-Commerce-Zahlungssysteme, die für die OECD ebenfalls Intermediärs-Stellung einnehmen, hinzufügt.

EDiMA steht für „Europe and Digital Media Association“ und ist ein Zusammenschluss verschiedener Internetplattformen, den es seit März 2000 gibt. Ziel des Zusammenschlusses ist es nach eigener Aussage, die europäische Gesetzgebung in Bezug auf Plattformen im Rahmen der Digital Single Market Strategie zu beeinflussen. Die Mitglieder der Organisation sind prominent: Darunter finden sich die Allegro Group, Amazon EU, Apple, eBay, Expedia, facebook, Google, King, LinkedIn, Microsoft, PayPal, Twitter, Yahoo! Europe, Yelp und Airbnb. Die Organisation hat ein „Infoblatt“ zu Online-Plattformen veröffentlicht, das ähnlich vorgeht wie das Bundeskartellamt: E-Commerce-Plattformen, Suchmaschinen, Soziale Netzwerke, Entertainment Services und Vergleichswerkzeuge. Schaut man sich die Kapitel des Sondergutachtens der Monopolkommission von 2015, betitelt mit „Herausforderung digitale Märkte“,³⁶² an, so könnte man meinen, dass die digitalen Märkte durch Plattformen konstituiert werden. Behandelt werden der Online-Werbemarkt, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, und E-Commerce – ebenfalls eine Kategorisierung nach dem Zielgrund des Besuches.

Hinzufügen könnte man den verschiedenen Ansätzen noch Plattformen der „Sharing Economy“ (von der Europäischen Kommission als „Collaborative Economy“ bezeichnet), App Stores und auch „Collective Buying Website“, auf denen User Dinge für die gemeinsame Nutzung kaufen. Teilweise werden auch „User Review“-Plattformen zitiert. Reine User-Review mit dreiseitiger Struktur wird es wohl nicht geben, vielmehr wird der User Review häufig als Features in eine spezifizierte Suchmaschine (siehe auch bei den Arztbewertungsportalen) oder eine sonstige Plattform eingebettet sein.

Die Liste der Zielgründe für den Besuch eines Verbrauchers auf einer Plattform ist lang: Umfasst werden Suche (allgemein oder speziell), News, E-Commerce, Social Media, Entertainment, Vergleich von Angeboten, Sharing Economy, App-Erwerb und kollektives Kaufen. Die Vielfalt an Geschäftsmodellen und Anbieterstellungen stellt den Gesetzgeber vor regulatorische Schwierigkeiten.

Ökonomische Kategorisierung

Anders als in der juristischen Literatur diskutiert die wirtschaftswissenschaftliche Forschung bereits seit längerer Zeit die genauen Konturen einer Definition von Online-Plattformen.³⁶³

<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁶¹ OECD Report April 2010, The Economic and Social Role of Internet Intermediaries, <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁶² Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015.

³⁶³ Der folgende Abschnitt zur ökonomischen Kategorisierung baut grundlegend auf Martens, „An Economic Policy Perspective on Online Platforms, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/05“, JRC101501 und Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht des Bundeskartellamtes vom 1.10.2015, „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, S.13 ff.; abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2>

Hier wird nicht der Begriff der Plattform, sondern der Begriff des „multi sided market“ oder „zwei- bzw. mehrseitigen Marktes“ verwandt.³⁶⁴ Der zu diesem Begriff existierende wirtschaftswissenschaftliche Diskurs scheint dennoch im Wesentlichen auf die hier angesprochenen Online-Plattformen bezogen zu sein. Einzig im Bereich des Kartellrechts wurde dieser Diskurs auf rechtliche Zusammenhänge übertragen,³⁶⁵ tiefergehende Ansätze aus verbraucherrechtlicher Perspektive fehlen. Auch im wirtschaftswissenschaftlichen Bereich ist der Diskurs relativ jung, begonnen wohl von Jean-Charles Rochet und Jean Tirole im Jahr 2003.³⁶⁶ In der ökonomischen Theorie wird versucht, den mehrseitigen Markt von einseitigen Märkten abzugrenzen. Ganz ähnlich wie im juristischen Diskurs bestehen verschiedene engere oder weitere Ansätze. Allen Definitionsansätzen ist das Vorliegen eines Dreierverhältnisses zwischen Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher gemein, eventuell ergänzt um Werbetreibende, die aber im Zweifel der Anbieterseite zugeschlagen werden.

Erstes tertium comparationis sind nach Rochet und Tirole Netzwerkeffekte, die mehrseitige Märkte ausmachen sollen. Auf mehrseitigen Märkten vorherrschend sollen vor allem indirekte Netzwerkeffekte sein, die auf beiden Seiten zu finden sind und jeweils in beide Richtungen gehen. Direkte Netzwerkeffekte von Online-Plattformen lassen sich anhand der Social Media aufzeigen. Für einen Facebook-User hat Facebook den größten Nutzen, wenn es dort noch andere User gibt, denn der User möchte die größtmögliche Auswahl an Kontakten zur Verfügung haben. Ein indirekter Netzwerkeffekt im Kontext der zweiseitigen Märkte ist z.B. der Effekt, den Werbetreibende aus der steigenden Zahl von Facebook-Usern ziehen: Je mehr User, desto sinnvoller ist Werbung. Zunächst wurde davon ausgegangen, dass das Vorliegen indirekter Netzwerkeffekte auf beiden Seiten des mehrseitigen Marktes und in beide Richtungen Ausgangspunkt für eine Definition sein muss. E-Bay wäre deshalb als zweiseitiger Markt zu bezeichnen, weil einerseits für die Verbraucher die Größe der Gruppe der Anbieter wichtig ist und umgekehrt für die Anbieter die Größe der Verbrauchergruppe – auf beiden Seiten liegen indirekte Netzwerkeffekte vor. Die Rolle des Intermediärs bzw. Plattformbetreibers ist es, die indirekten Netzwerkeffekte zu koordinieren und für sich auszunutzen. Dabei darf es keine direkte Koordination zwischen den beiden Seiten des Marktes geben und die Kontrollmaßnahme des Intermediärs, die er der einen Seite anlastet, darf nicht zulasten der anderen Seite gehen – es darf nicht zu einem „pass-through“ kommen.³⁶⁷ Der Plattformbetreiber will beide Seiten an Bord bekommen.

Fraglich ist, ob die indirekten Netzwerkeffekte wirklich auf beiden Seiten vorliegen müssen. Teilweise würde eine einseitige Wirkung. Die Plattform könne dennoch als zweiseitiger Markt zu identifizieren sein. Einem Zeitungsleser könne es beispielsweise gleichgültig sein, ob die Masse an Werbetreibenden steigt – während es umgekehrt für den Werbetreibenden äußerst wichtig ist, dass die Zeitung möglichst viele Leser hat.³⁶⁸ Ähnlich dürfte es bei

ellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁶⁴ anders aber Evans/Schmalensee, „The Industrial Organization of Markets with two-sided Platforms“, NBER Working Paper 11603 von 2007, abrufbar unter <<http://www.nber.org/papers/w11603.pdf>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), die den Begriff der Plattform explizit benutzen.

³⁶⁵ siehe zum Beispiel das Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht des Bundeskartellamts vom 1.10.2015, „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, insb. S.13 für die Notwendigkeit einer Kategorisierung aus kartellrechtlicher Perspektive; abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

³⁶⁶ Rochet/Tirole Platform, „Competition in Two-sided Markets“, (2003) Journal of the European Economic Association, 990-1029.

³⁶⁷ Rochet/Tirole Platform, „Competition in Two-sided Markets“, (2003) Journal of the European Economic Association, 990-1029.

³⁶⁸ siehe Filistrucchi/Geradin/Damme, „Identifying Two-Sided Markets“, (2013) World Competition Law and Economics Review, 33-59, 37.

Medienplattformen im Internet ablaufen. Auch in Bezug auf Facebook könnte man argumentieren, dass es den Usern für die Nutzung nicht unbedingt darauf ankommt, dass mehr Werbetreibende im Newsfeed unterwegs sind. Bei bestimmten ausschließlichen Vergleichsportalen könnte man noch weiter gehen. Wie anhand von Jameda gezeigt, würde es die Sucher eines Arztbewertungsportals eher stören, wenn Werbetreibende die Suchergebnisliste verzerren, während die Werbetreibenden dennoch von einem Zuwachs an Suchern auf dem Portal profitieren.

Nach Rochet und Tirole bilden die Netzwerkeffekte nicht den einzig relevanten Faktor für die Definition. Es soll nicht nur auf indirekte Netzwerkeffekte, sondern auch auf die nicht-neutrale Preisstruktur der Plattformen ankommen.³⁶⁹ Ein mehrseitiger Markt liege vor, wenn der Plattformbetreiber Einwirkungsmöglichkeiten auf das Transaktionsvolumen auf dem Markt hat, indem er die Preisstruktur beeinflussen kann. Beispielsweise kann AirBnB einerseits von den Gästen und andererseits von den Gastgebern einen bestimmten Preis für die Vermittlung eines Schlafplatzes verlangen. Wenn AirBnB von den Gästen zu viel verlangt, nutzen diese die Plattform nicht mehr, was auch zu einem Rückgang des Preises auf Gastgeberseite aufgrund führt bzw. langfristig zum Verlassen der Gastgeber von AirBnB und damit zu einem sinkenden Transaktionsvolumen. Anders als auf einseitigen Märkten ist der Preis auf mehrseitigen Märkten nicht nur durch das Zunehmen der Grenzkosten bestimmt, sondern dadurch, wie der Preis für die Aktivität der Teilnehmer auf der Plattform die Teilnehmer der jeweils anderen Gruppe beeinflusst. Das kann dazu führen, dass der Preis eventuell ober- oder unterhalb der Grenzkosten für die zusätzliche Aktivität eines Teilnehmers auf der Plattform liegt, weil er darauf ausgerichtet ist, eine bestimmte Anzahl von Teilnehmern anzuziehen.

Teilweise wurden die mehrseitigen Märkte überdies danach unterteilt, ob die Plattform „market maker“, „audience maker“ oder „demand coordinator“ ist.³⁷⁰ Immobilienmakler für Grundstücke oder für Wohnungseigentum oder auch e-Bay wären danach eher „market makers“, Medienunternehmen wie Zeitungen, Nachrichtenportale und Fernsehen wären „audience makers“ und Videospielunternehmen, Software-Intermediäre und Kreditkartenunternehmen wären „demand coordinators“. „Market makers“ verbinden Angebot- und Nachfrageseite durch die Erstellung einer Plattform, die die Suchkosten reduziert. „Audience Creators“ verbinden Werbetreibende mit Nachrichtenempfängern, wobei es dabei um die spezifische Verbindung bestimmter Zielgruppen mit bestimmten Werbungen geht. „Demand Coordinators“ bilden eine Art Auffangtatbestand, der zwei Gruppen miteinander verbindet, ohne dass wie in den ersten beiden Fällen die Transaktionsmöglichkeit verkauft wird. Auch bei diesen Kategorien wird das sogenannte „chicken and egg“-Problem angesprochen. Die Plattform muss den Eintritt für beide Seiten gleichermaßen attraktiv zu machen, aber eine von beiden muss den Eintritt als erstes wagen, damit die andere folgt und umgekehrt.

In einem zweiten Schritt betrachtete man die Intensität der Netzwerkeffekte.³⁷¹ Selbst wenn indirekte Netzwerkeffekte vorlägen, so die Argumentation, könnte es sein, dass sie so gering ausfallen, dass sie nicht wirklich zum Vorliegen eines zweiseitigen Marktes führen. Man bewegte sich hin zu einer eher „gradueller“ Herangehensweise. Eine solche Herangehensweise führt zu Definitionsunsicherheiten. Manch einer würde geringe Netzwerkeffekte akzeptieren und die Plattform dennoch als zweiseitigen Markt einstufen – andere wiederum nicht. So klassifizieren manche Autoren Supermärkte als zweiseitige Märkte, weil es indirekte Netzwerkeffekte zwischen Kunden und Großhändlern gebe –

³⁶⁹ siehe dazu z.B. Rochet/Tirole, „Two-Sided Markets: A Progress Report“, (2006) The RAND Journal of Economics, 645-667, insb. 657 und 664.

³⁷⁰ siehe Evans, „Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platforms“, (2003) Review of Network Economics, 191-209.

³⁷¹ siehe Filistrucchi/Geradin/Damme, „Identifying Two-Sided Markets“, (2013) World Competition Law and Economics Review, 33-59, 49f.

andere lehnen eine solche Einstufung wegen der geringen Intensität der Netzwerkeffekte ab.³⁷²

Die Diskussion wird ein wenig aufgelöst durch den Einwand, dass es sich im Prinzip um einen Diskurs aus dem Bereich der Unternehmenstheorie handelt, die auf Williamson zurückgeht.³⁷³ Nach Williamson hängt der Grad der vertikalen Integration eines Unternehmens vor allem von den Transaktionskosten ab. Ein Unternehmen integriert einzelne Aspekte oder andere Marktteilnehmer dann nicht in seine interne Struktur, wenn dies zu teuer wäre und ein „Outsourcing“ kostengünstiger ist. Diesen Gedankengang übertragen Hagiu und Wright auf die Plattformökonomie.³⁷⁴ Sie unterscheiden zwischen dem einfachen „Wiederverkäufer“ (reseller) und der Plattform. Sowohl Wiederverkäufer als auch Plattform stehen als Intermediär zwischen Angebot- und Nachfrageseite eines mehrseitigen Marktes. Der große Unterschied nach Hagiu und Wright besteht darin, dass der Gütertausch beim Wiederverkäufer vollständig durch diesen kontrolliert wird, während die Plattform die direkte Transaktion zwischen den beiden Seiten erst ermöglicht. Ob es sich um eine direkte Transaktion handelt oder nicht, hängt von dem Verbleib der residualen Kontrollrechte auf den beiden Seiten des Marktes ab. Zum Beispiel ist eBay deswegen eine Plattform, weil die wichtigsten Kontrollrechte über die gehandelten Gegenstände bei Anbieter und Verbraucher verbleiben.

Auch diese Autoren lassen hybride Formen zu, wenn die residualen Kontrollrechte nicht eindeutig bei Plattformbetreiber, Anbieter oder Verbraucher liegen. Abgrenzungsschwierigkeiten können auch hier bestehen. Hagiu und Wright liefern Gründe dafür, warum ein Unternehmen als Plattform oder als Wiederverkäufer agieren sollte – und diese Gründe haben tatsächlich zu einem sehr großen Teil mit der Digitalisierung zu tun. Ein Unternehmen wird sich eher für den Plattform-Modus entscheiden, wenn es wenige Informationen über Marketingmöglichkeiten eines Produktes im Vergleich zum Anbieter hat. Weiterhin wird es sich für den Plattform-Modus entscheiden, wenn viele indirekte Netzwerkeffekte vorliegen, die es ausnutzen kann. Die klassische Grenzkostenanalyse spielt ebenfalls eine Rolle. Möglicherweise tritt diese aber online hinter die beiden anderen Argumente zurück. Online-Unternehmen haben die Möglichkeit, Big Data über die ersten beiden Gründe für den Plattformmodus zu generieren und sich dementsprechend zu entscheiden. Eine Online-Plattform kann Informationen über die Marketingmöglichkeiten eines Produktes sammeln, indem es die Anbieteraktivitäten mitverfolgt. Das ist vergleichsweise einfach, wenn sich das Zusammenspiel der indirekten positiven Netzwerkeffekte auf der eigenen Plattform vollzieht.

Die Möglichkeit der Datengenerierung durch Online-Unternehmen könnte eine große Rolle für das Entstehen von Online-Plattformen spielen. Das könnte erklären, warum Online-Plattformen im Vergleich zu klassischen analogen Märkten eine wahrhafte Innovation darstellen. Sie können leichter mit Daten arbeiten als es Zeitungsmärkte oder Fernsehanbieter tun könnten. Das erklärt nach Hagiu und Wright, warum Online-Plattformen auf Produkte einmal das Wiederverkäufer-Modell und ein anders Mal das Plattform-Modell anwenden. Amazon hat sich im Büchervertrieb zuerst als Wiederverkäufer versucht und dadurch Verbraucher angezogen. Als eine ausreichende Zahl der Verbraucher die Plattform

³⁷² diese Observation bei Martens, „An Economic Policy Perspective on Online Platforms, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/05“, JRC101501, S. 14 – nämlich über Armstrong (für den Supermarkt als mehrseitigen Markt), „Competition in Two-Sided Markets“, (2006) *The RAND Journal of Economics*, 668-691, 684 und ablehnend dann Rysman, „The Economics of Two-Sided Markets“, (2009) *Journal of Economic Perspectives*, 125-143, direkt Fußnote 1.

³⁷³ siehe als wichtigste Beiträge Williamson, „Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations“, 22 *Journal of Law & Economics* (1979), 233-261 und Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* (New York, Free Press, 1985), insb. Kapitel 1: Transaction Cost Economics.

³⁷⁴ Hagiu/Wright, „Marketplace or Reseller?“ (2015) *Management Science*, 184-203; Hagiu/Wright, „Multi-sided Platforms“, (2015) *International Journal of Industrial Organization*, 162-174, insb. Diagramm auf S.165.

nutzte, stieg Amazon in den Büchermarkt ein. So wurden neben den bereits vorhandenen Verbrauchern auch die Bücher-Anbieter angezogen. Mit Hilfe der Datengenerierung wurde das Chicken and Egg Problem umgangen. Amazon ist inzwischen das größte online Handelsunternehmen Deutschlands und wird wettbewerbsrechtlich beobachtet – unter anderem in Bezug auf seine Nachfragemacht, vertikale Integration und Bündelung und Bevorzugung plattformeigener Dienste.³⁷⁵ Das Datengenerierungs-Argument liefert möglicherweise erste Ansatzpunkte zur Trennung von Online-Plattformen und Offline-Plattformen. Die exakte Differenzierung scheint noch im Hintergrund zu stehen. Ausgangspunkt für definitorische Analysen war meist eine Mischung aus Online und Offline-Anbietern, vor allem Kreditkartenunternehmen, Videogame-Plattformen, Software-Vertrieb und Medien-Unternehmen.

Schließlich stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die ökonomische Literatur für eine juristische Qualifizierung des Phänomens der Online-Plattformen haben kann. Der Großteil der ökonomischen Kategorisierungen scheint graduell zu funktionieren. Recht funktioniert traditionell jedoch binär. Der Erkenntniswert der ökonomischen Abgrenzungsversuche ist deshalb begrenzt. Bei Hagiu und Wright könnte man immerhin von einem binären Trennfaktor sprechen, da sie als Ausgangspunkt die Transaktionen zwischen den einzelnen Akteuren wählen. Kommt es zu einer Transaktion zwischen Anbieter und Verbraucher, liegt ein mehrseitiger Markt vor. Andererseits ist auch diese Abgrenzung nicht frei von Unsicherheiten, weil es auf die residualen Kontrollrechte, die bei den Akteuren verbleiben, ankommt.

Ein weiteres Problem ist die Ausrichtung der ökonomischen Literatur auf das Kartellrecht. Von der Kategorisierung mehrseitiger Märkte erhoffte man sich hauptsächlich, Schlüsse für die rechtliche Behandlung von Fusionskontrollen ziehen zu können bzw. für den Wettbewerb zwischen einzelnen Plattformen. Bei „Multi-Homing“ geht es um die Frage, ob Anbieter und Verbraucher mehrere Plattformen nutzen. Hauptaugenmerk einer verbraucherrechtlichen Analyse des Phänomens Online-Plattform sollte die Perspektive des Verbrauchers sein. Anders als im Kartellrecht steht nicht die Plattform im Mittelpunkt des Blickfelds sondern der Verbraucher. Dieser wird teilweise vernachlässigt, weil er immer im direkten Zusammenhang mit dem Anbieter analysiert wird. Das Verhältnis Verbraucher/Plattform tritt in den Hintergrund.

Interessant für eine Kategorisierung könnte noch die Frage „Wer bezahlt?“ sein: Um Zutritt auf die Plattform zu bekommen oder die Plattform zu nutzen, müssen die Teilnehmer in irgendeiner Weise zahlen, damit sich das Geschäftsmodell rentiert. Meistens sind die Preise so strukturiert, dass sie sich auf das Chicken and Egg-Problem des Plattformbetreibers auswirken. Man könnte vermuten, dass häufig die Seite mehr zahlt, die ein größeres Interesse an der Nutzung der Plattform hat. Jedenfalls gibt es unterschiedliche Preise für die beiden teilnehmenden Seiten.³⁷⁶

Eine Möglichkeit der Kategorisierung wäre die Betrachtung der Gebührenstruktur auf Anbieterseite. Hat der Unternehmer Fixkosten, oder zahlt er für jede vorgenommene Transaktion eine Provision? Oder gilt ein Pay-per-Click-System, bei dem der Unternehmer für jede sich anbahnende Situation eine Provision zahlt? Welche Relevanz kann eine solche Kategorisierung für verbraucherrechtliche Zwecke haben? Das Verbraucherrecht interessiert den Schutz des Verbrauchers gegenüber seinem Vertragspartner. Die Frage nach den Kosten des Anbieters für den Zugang der Plattform betrifft das Verhältnis Anbieter/Plattformbetreiber. Die Kosten des Anbieters können ein wichtiger Indikator für die Machtverhältnisse zwischen den einzelnen Akteuren der Plattform sein. Das Verhältnis Anbieter/Plattformbetreiber kann Rückschlüsse auf das Machtverhältnis

³⁷⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015, Punkt 7.4, S. 132ff.

³⁷⁶ siehe zum Beispiel die Tabelle bei Evans, „Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platforms“, (2003) Review of Network Economics, 191-209, 194.

Verbraucher/Plattformbetreiber erlauben und damit von Nutzen für den Schutz des Verbrauchers gegenüber dem Plattformbetreiber sein.

Einfacher scheint es zwischen zahlendem Verbraucher und zahlendem Anbieter zu unterscheiden. Wie kann diese Perspektive relevant für das Verbraucherrecht sein? Ist ein zahlender Verbraucher weniger schutzwürdig als ein nicht zahlender Verbraucher, weil er sich bewusst einem finanziellen Risiko aussetzt? Muss er deshalb anders informiert werden als ein nicht zahlender Verbraucher? Ist er eventuell weniger anfällig für irreführendes oder wettbewerbsverzerrendes Verhalten des Plattformbetreibers, insbesondere verzerrende Listung der Suchmaschinenergebnisse, Vermischung von Werbung und Information etc.? Oder lässt sich gerade aus der Zahlungsbereitschaft des Verbrauchers schließen, dass er umso empfänglicher für das Angebot der Plattform ist und deshalb eines größeren Schutzes bedarf? Eine Beantwortung dieser Fragen würde den gegebenen Rahmen überschreiten. Eine wieder andere Antwort auf die Frage „Wer bezahlt?“ wäre zu treffen, wenn es sich um auf Spendenbasis agierende Plattformen handelt. Nicht zu vernachlässigen sind die Plattformbetreiber der sogenannten „Sharing Economy“, die teilweise nach solidarischen Grundsätzen funktionieren. Wenn eine Website auf Spendenbasis arbeitet, heißt das, dass sie eine eigene Kategorie bildet und aus dem Anwendungsbereich bestimmter verbraucherschutzrechtlicher Bestimmungen herausfällt, so wie gemeinnützige Einrichtungen?

Die Möglichkeiten, Plattformen aus ökonomischer Perspektive zu kategorisieren sind schlussendlich mannigfaltig, was nicht unbedingt hilfreich ist, wenn man ein binäres Regulierungsmuster bevorzugt. Dennoch sollte eine ökonomische Kategorisierung nicht vernachlässigt werden, weil sie zum Verständnis der Funktionsweise der Plattformen beitragen und in der zukünftigen Rechtsanwendung (Subsumtion) zumindest als Argumentationshilfe dienen kann.

Juristische Kategorisierung

Nachgerade klassisch ist die Frage, ob auf der Plattform B2C oder C2C, oder sogar C2B2C-Geschäfte abgeschlossen werden. Die Verbraucher- oder Unternehmerstellung auf Anbieterseite determiniert eine Vielzahl von Rechten und Pflichten und kann deshalb Wegweiser für ein entsprechendes Haftungsregime sein. Problematisch ist, dass auf gewissen Plattformen Anbieter agieren, die möglicherweise nicht mehr dem klassischen Verbraucher- oder Unternehmerkonzept entsprechen.³⁷⁷ Ab welcher Anzahl von Transaktionen ist der Verbraucher nicht mehr Verbraucher, sondern Unternehmer? Ist die Unterscheidung überhaupt noch tauglich und handhabbar?

Anstatt sich die Rolle der Plattformteilnehmer anzuschauen, könnte man auch die des Betreibers betrachten. Hat der Plattformbetreiber eine aktive, passive oder eher redaktionell-editorische Rolle?³⁷⁸ Dies könnte auch ein erster Ansatzpunkt für die Verantwortlichkeit des Betreibers gegenüber den Verbrauchern sein. Schließlich gibt es die Möglichkeit einer Differenzierung je nach Haftungsregime. Dann muss die Frage lauten, zwischen welchen der Akteure ein Vertrag vorliegt. Gibt es einen solchen zwischen Plattformbetreiber/Verbraucher, Verbraucher/Unternehmer, Unternehmer/Plattformbetreiber? Die vertragliche Haftung löst regelmäßig gewisse Vorteile aus, wie zum Beispiel die Verschuldensvermutung nach §280 Abs. 1 S.2 BGB oder die volle Haftung für Vermögensschäden. Das Nichtvorliegen eines Vertrages könnte Ansatzpunkt für regulatorische Bemühungen sein.

Auch funktionale Ansätze für eine Kategorisierung lassen sich finden: So kann man unterscheiden nach Materialität der Transaktion (Waren oder Dienstleistungen?), der Frage, ob es eine Besitzübertragung gab, ob es auch einen Seitentausch zwischen Anbieter und

³⁷⁷ siehe dazu Purnhagen/Wahlen, Der Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert – Verbraucherbürger und Verbraucherproduzent, Gutachten für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Juli 2016.

³⁷⁸ siehe Synopsis Report on the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy, S.6, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Verbraucher geben kann, ob die Aktivitäten auf der Plattform inzidentell oder dauerhaft sind.³⁷⁹ Diese Art der Differenzierung erscheint für die Sharing Economy hilfreich. Soll es um andere Online-Plattformen gehen, kann sich das Spektrum der Funktionalitäten als zu klein oder aber auch zu detailliert erweisen. Dennoch werfen die Differenzierungen interessante Folgefragen auf. Soll das Rechtsregime für Waren online anders sein, als für Dienstleistungen; soll es anders sein bei Seitentausch oder nicht etc.

Im Ergebnis fällt eine genaue Kategorisierung der Portale aufgrund ihrer Komplexität, der Vielzahl der existierenden Geschäftsmodelle und der dadurch aufgeworfenen Verbraucherschutzprobleme schwer. Gemeinsames Moment bleibt die Definition eines Portals als Ort, der Angebot und Nachfrage zusammenbringt, wobei der Portalbetreiber die Kontrolle über den Zugang hat und jedenfalls de facto auch Einfluss auf die Inhalte nehmen kann.

2 Rechtlicher Rahmen und Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt

Die Funktionsweise der Online-Plattformen und etwaige Rechtslücken lassen sich erst nach einer Analyse der geltenden Rechtslage in Bezug auf alle relevanten Beziehungen erfassen.

2.1 Verhältnis Plattformbetreiber/Verbraucher

Zunächst sollen die auf die Plattform anwendbaren Pflichten im Verhältnis zu Verbraucher und Anbieter erläutert werden. Gegenüber dem Verbraucher hat der Plattformbetreiber eine ganze Reihe an europäischen Verbraucherschutzbestimmungen zu berücksichtigen.

Zu berücksichtigen sind drei horizontal anwendbare Richtlinien, die eine Vollharmonisierung intendieren und damit dem nationalen Gesetzgeber keinen Spielraum lassen:³⁸⁰ E-Commerce-Richtlinie³⁸¹, Verbraucherrechterichtlinie³⁸² und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.³⁸³ Hinzu treten ausgewählte vertikal Richtlinien, die bestimmte Geschäftsformen zum Ausgangspunkt wählen, zum Beispiel die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf.³⁸⁴ Schließlich stellt sich die Frage eines Nutzungsvertrages zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher. Abschließend ist auf ausgewählte Haftungsfragen zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher einzugehen, die vom geltenden EU-Recht nur teilweise abgedeckt werden.

E-Commerce-Richtlinie

Die E-Commerce-Richtlinie schafft einen einheitlichen Rechtsrahmen für Online-Service-Provider betreffend Transparenz und Informationspflichten, kommerzielle Kommunikationen, elektronische Verträge und Haftungsregime für Vermittler von Inhalten. Umgesetzt wurde sie in Deutschland durch das Telemediengesetz.

Wichtig für das Verhältnis zum Verbraucher sind die Informationspflichten. Wie schon für die Arztbewertungsportale erläutert, gilt die Impressumspflicht aus §5 TMG für alle Online-Plattformen. Das ist wohl auch der Fall, wenn die Plattform dem Verbraucher ihre Dienste unentgeltlich anbietet.³⁸⁵ Die Impressumspflicht dient explizit dem Verbraucherschutz. Der Verbraucher soll den Diensteanbieter identifizieren und erreichen können, obwohl er von ihm

³⁷⁹ so für die Sharing Economy Purnhagen/Wahlen, Der Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert – Verbraucherbürger und Verbraucherproduzent, Gutachten für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Juli 2016, S.14 0000.

³⁸⁰ Für eine ausführlichere Analyse horizontal anwendbarer Richtlinien insbesondere für Vergleichsportale siehe Study on the coverage, functioning and consumer use of comparison tools and third-party verification schemes for such tools, European Commission, EAHF/FWC/2013 85 07.

³⁸¹ Richtlinie 2000/31/EG.

³⁸² Richtlinie 2011/83/EU.

³⁸³ Richtlinie 2005/29/EG.

³⁸⁴ O.J. 1999, L 171, Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

³⁸⁵ vgl. Rs. C-291/13, Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd und andere, EU:C:2014:2209.

räumlich getrennt ist. Nur so kann er seine Rechte effektiv durchsetzen.³⁸⁶ Nach §6 TMG muss der Plattformbetreiber, sobald er kommerzielle Kommunikationen an den Verbraucher richtet, diese als solche kenntlich machen. Die Verbraucherverbände setzen sich für die Durchsetzung der Impressumspflicht im Wege der Verbandsklage ein. Die Verbraucherzentrale Bundesverband mahnte beispielsweise Google wegen Angabe einer E-Mail-Adresse ab, die nur automatisierte Antwortmails verschickte und das Unternehmen un erreichbar machte.³⁸⁷

Weiterhin sieht die E-Commerce-Richtlinie ein Haftungsregime für die Informationen vor, die die Plattformbetreiber auf ihren Seiten publizieren. Der Grundsatz findet sich in §7 TMG. Gem. §7 Abs. 1 TMG sind Diensteanbieter nur für eigene Informationen oder solche, die sie sich zu eigen gemacht haben, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich – also zum Beispiel nach Deliktsrecht, Markenrecht, etc. Nach §7 Abs. 2 TMG haben sie keine Pflicht zur Überprüfung der von ihnen durchgeleiteten, zwischengespeicherten oder gespeicherten Informationen im Hinblick auf deren Rechtswidrigkeit. Die genauere Ausformulierung der Haftungsausschlüsse je nach Person findet sich in §§8-10 TMG. Für die Plattformbetreiber kommt besonders §10 S.1 TMG über die Speicherung von Informationen in Betracht. Solange die Plattformbetreiber keine Kenntnis von der rechtswidrigen Information oder Handlung haben und ihnen auch keine Umstände bekannt sind, aus denen diese offensichtlich werden bzw. wenn sie bei Kenntnis unverzüglich zur Entfernung der Information tätig geworden sind, haften sie nicht. Anders sieht es nach §10 S.2 TMG aus, wenn die Nutzer dem Plattformbetreiber „unterstehen“ oder von diesem „beaufsichtigt“ werden. Die Logik der E-Commerce Richtlinie ist die folgende: wer eine passive Rolle einnimmt, der haftet auch nicht; wer wegen Kenntnis oder weil er sich die Information zu eigen gemacht hat in einer eher aktiven Position ist, der muss die Konsequenzen dafür tragen.

Die Grenzziehung zwischen aktiver und passiver Rolle des Plattformbetreibers haben BGH und EuGH in ihrer Rechtsprechung gezogen. In der jüngeren BGH-Rechtsprechung wird dem Plattformbetreiber nur begrenzt eine aktive Rolle zugewiesen. Eine Information macht er sich nur zu eigen, wenn er sich mit ihr so identifiziert, dass sie als seine eigene erscheint.³⁸⁸ Wenn zum Beispiel ein Internet-Auktionsportal in einem automatisierten Verfahren das Hochladen von Angeboten zulässt, macht es sich diese Informationen regelmäßig nicht zu eigen.³⁸⁹ Auch ein „Unterstehen“ oder „Beaufsichtigen“ für das Verhältnis Plattformbetreiber/Anbieter ist an hohe Hürden geknüpft. Das klassische Beispiel ist die Internetnutzung an einer Schule³⁹⁰ oder die Beauftragung eines Content-Anbieters durch den Diensteanbieter.³⁹¹ Dazu quer liegt ein Urteil des EuGH aus dem Jahre 2011, das den Plattformbetreibern eine eher aktive Rolle zuspricht.³⁹² L'Oréal, ein Unternehmen mit geschlossenem Vertriebssystem für seine Produkte, warf eBay vor, Keywords in Suchmaschinen zu kaufen und den Vertrieb von L'Oréal-Produkten auf eBay unter Verstoß von Markenrechten zu fördern. In Randnummer 116 des Urteils erläutert der EuGH, dass ein Betreiber, der Anbietern Hilfestellungen leistet, indem er die Verkaufsangebote optimiert oder gar bewirbt, keine neutrale Stellung mehr innehat. Dies faktisch zu prüfen überlässt der EuGH im Einklang mit der Aufgabenverteilung dem vorliegenden Gericht. Gleichwohl scheint die Antwort auf die Vorlagefrage über alle Zweifel erhaben. Hat der Online-Service-Provider

³⁸⁶ siehe Micklitz/Schirmbacher, Recht der Elektronischen Medien, in Spindler/Schuster (Hrsg.), 3. Auflage 2015, C.H. Beck Verlag Rn. 2 zu §5 TMG.

³⁸⁷ siehe LG Berlin, Urteil vom 28. August 2014 – 52 O 135/13, noch nicht rechtskräftig.

³⁸⁸ Hoffmann, , Recht der Elektronischen Medien, Spindler/Schuster (Hrsg.), 3. Auflage 2015, C.H. Beck Verlag, Rn. 18 zu §7 TMG.

³⁸⁹ BGH, Urteil vom 11. 3. 2004 - I ZR 304/01.

³⁹⁰ Hoffmann, , Recht der Elektronischen Medien, Spindler/Schuster (Hrsg.), 3. Auflage 2015, C.H. Beck Verlag, Rn. 47-50 zu §10 TMG.

³⁹¹ Spindler, „Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gemachte“ Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer“, (2004) Multimedia und Recht 440-444, 443.

³⁹² Rs. C-324/09, L'Oréal SA und andere v. eBay International AG und andere, EU:C:2011:474.

außerdem Kenntnis von den Rechtsverletzungen, so müssen zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen getroffen werden.³⁹³

Welchen Schutzwert hat dieses Haftungsregime für den Verbraucher? Das Kriterium der „zu eigen gemachten“ Informationen hat der EuGH in der L'Oréal vs. eBay-Entscheidung zwar weiterentwickelt. Wie genau das Kriterium der „Neutralität“ der Plattformbetreiber zu behandeln ist, bleibt jedoch weiterhin unklar. Außerdem ist die L'Oréal-Entscheidung nicht spezifisch auf das Verbraucherrecht bezogen. Das führt zu einem weiteren aus der Sicht des Verbraucherrechts offenen Dollpunkt. Nach der E-Commerce-Richtlinie haftet der Plattformbetreiber für eigene, rechtswidrige Informationen. Für fremde, rechtswidrige Informationen haftet er nicht, wenn §§7 Abs. 2, 10 TMG greifen. Immer aber geht es nur um Informationen. Unter rechtswidrige Informationen, die den Verbraucher in seiner Rechtsstellung betreffen, können zum Beispiel persönlichkeitsrechts- oder wettbewerbsrechtsverletzende Informationen (die z.B. gegen die UGP-Richtlinie verstoßen) fallen. Seine Persönlichkeitsrechte wird der Verbraucher in der Regel selbst durchsetzen. Für die Durchsetzung des verbraucherschützenden Wettbewerbsrechts setzen sich insbesondere die Verbände und Einrichtungen nach §8 Abs. 3 Nr.2, Nr.3 UWG ein. Ein Haftungsregime für vertragsrechtliche oder sonstige deliktsrechtliche Problemlagen neben dem Persönlichkeitsrecht, die dem Bereich „Handel“ zuzuordnen sind, sieht die E-Commerce-Richtlinie nicht vor. Auch ein Haftungsregime für den Verstoß gegen Informationspflichten sieht die E-Commerce-Richtlinie nicht vor. Gegen eine rechtswidrige Information lässt sich vorgehen, gegen eine rechtswidrig *nicht gegebene* Information dagegen nur, wenn in der Unterlassung eine Irreführung nach Maßgabe der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vorliegt. Die E-Commerce-Richtlinie ist kein effektives Instrument, um den Plattformbetreiber für die Durchsetzung von Rechtsverstößen in die Pflicht zu nehmen, die dritte Anbieter auf der Plattform begangen haben. Und so ist sie auch explizit nicht gemeint.

Verbraucherrechterichtlinie

Anders als die E-Commerce-Richtlinie wählt die Verbraucherrechterichtlinie als Ansatzpunkt für ihr Schutzregime nicht den Diensteanbieter geschäftsmäßiger Informationen, sondern den Vertragsschluss. Interessant für das Verhältnis Plattformbetreiber/Verbraucher sind die Informationspflichten und Vorschriften zum Widerrufsrecht aus der Richtlinie. Umgesetzt wurden die komplexen Vorgaben der Richtlinie im BGB.³⁹⁴ Vorgesehen sind bestimmte Informationspflichten und formale Anforderungen für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge sowie für sonstige Verträge in Art. 5-9 der Richtlinie. Art. 9 ff. der Richtlinie erläutern das dem Verbraucher zustehende Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

Wenn die Richtlinie den Vertragsschluss als Auslöser wählt, ist sie dann auf die Plattformbetreiber überhaupt anwendbar?³⁹⁵ Zunächst einmal ist fraglich, welchen Vertrag man als Ausgangspunkt nimmt. Geht man von einem Nutzungsvertrag zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher aus, so wird es sich in der Regel um einen Fernabsatzvertrag im Sinne der Richtlinie handeln,³⁹⁶ sodass die entsprechenden Informationspflichten und die Regeln über das Widerrufsrecht anzuwenden wären. Die Sinnhaftigkeit der Anwendung dieser Vorschriften ist nicht zweifelsfrei. Art. 6 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie deutet darauf hin, dass Verträge über Waren und Dienstleistungen und nicht reine

³⁹³ BGH „Internetversteigerung I-III“ Urteil vom 11.3.2004 - I ZR 304/01; Urteil vom 19.4.2007 - I ZR 35/04; Urteil vom 30.4.2008 - I ZR 73/05.

³⁹⁴ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BGBl. I S. 3642.

³⁹⁵ eher verneinend Wendehorst, „Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 30-33, 32.

³⁹⁶ siehe zur Anwendung der Verbraucherrechterichtlinie auch Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 3-10, 5.

Nutzungsverträge gemeint sind. Die Nutzung ist für den Verbraucher regelmäßig kostenlos, sodass weder die Informationspflichten aus Art. 6 noch ein Widerrufsrecht mit seinen pekuniären Implikationen einen Sinn ergibt. Anders sieht es bei Plattformen aus, bei denen dem Verbraucher Kosten entstehen. Hier könnte ein Widerrufsrecht sinnvoll sein, die konkrete Ausübung wäre jedoch kompliziert. Als Beispiel mag die Plattform AirBnB dienen. Nach §2 der AGB wird AirBnB selbst nicht Teil des Vertrags zwischen Gast/Gastgeber bzw. Verbraucher/Anbieter. Dennoch gehen die AGB vom Abschluss eines Nutzungsvertrages zwischen Verbraucher und Plattformbetreiber aus. Interessant ist der Ablauf der Zahlung des Gastes für die Übernachtungen. Zahlungsempfänger ist AirBnB. Die Plattform leitet das Geld weiter an den Gastgeber. 6-12% „Nutzungsgebühr“ werden von „Verbraucherseite“ abgezogen, weitere 3% „Gastgeber-Service-Gebühr“ von „Anbieterseite“. Über den Einbehalt der verschiedenen Provisionen finanziert sich die Plattform. Wird der Nutzungsvertrag zwischen Verbraucher/Plattformbetreiber dadurch entgeltlich? Könnte der Verbraucher ihn widerrufen und müsste AirBnB die Provision zurückzahlen, oder den vollen Betrag für die Übernachtungen? Das Beispiel zeigt, dass unklare Vertragsverhältnisse zu unklarer Rechtsanwendung führen.

Ein anderer Ausgangspunkt für die Anwendung der Verbraucherrechterichtlinie könnten Informationspflichten bezüglich des Vertrages zwischen Anbieter und Verbraucher sein. Sollte der Plattformbetreiber gar zur Überwachung des Anbieters hinsichtlich der Verbraucherrechterichtlinie verpflichtet sein? Eine Antwort könnte ein Leitliniendokument der Kommission zur Verbraucherrechterichtlinie bereithalten.³⁹⁷ Da Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie auch den Vertreter des Unternehmers in den Unternehmerbegriff einbezieht, könnte der Plattformbetreiber mitverantwortlich für die Einhaltung der Vorschriften der Richtlinie durch den Unternehmer sein. Allerdings ist zu beachten, dass der Plattformbetreiber regelmäßig nicht im Namen oder für den Anbieter handelt. Er ist gerade nicht Stellvertreter des Anbieters, sondern ermöglicht eine eigene Transaktion des Anbieters mit dem Verbraucher. Nach Erwägungsgrund 16 der Richtlinie wird das nationale Stellvertreterrecht nicht berührt und Erwägungsgrund 20 der Richtlinie bezeichnet die Plattform als „Dritten“. Auch Erwägungsgrund 24 unterscheidet noch einmal zwischen Online-Plattformen und Verbrauchern und Unternehmern im Sinne der Richtlinie.³⁹⁸

Unabhängig davon welchen Vertrag man als Ausgangspunkt heranzieht: Eine Anwendung der Verbraucherrechterichtlinie ergibt im Hinblick auf die Erwägungsgründe und die Inhalte von Informationspflichten und Widerrufsrecht keinen Sinn.³⁹⁹ Überraschend ist dennoch, dass eine so junge Gesetzgebung, die sich dediziert mit dem Online-Absatz von Waren befasst, Online-Plattformen lediglich in den Erwägungsgründen erwähnt, einer systematische Regelung jedoch aus dem Wege geht. Der Gedanke liegt nahe, dass die EU-Kommission diesen Sachkomplex eher in der E-Commerce Richtlinie angesiedelt sieht, mit problematischen Konsequenzen für das Verbraucherrecht, wie noch zu zeigen sein wird.

Richtlinie über unfaire Geschäftspraktiken

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) wurde in Deutschland im UWG umgesetzt.⁴⁰⁰ Anhaltspunkt ist der geschäftliche Verkehr. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie postuliert ein generelles Verbot unlauterer Geschäftspraktiken, mit einer Definition in Abs. 2. In Anhang I der Richtlinie findet sich die „schwarze Liste“ mit den unter allen Umständen verbotenen unlauteren Geschäftspraktiken. Art. 6-9 der Richtlinie untersagen irreführende

³⁹⁷ DG Justice Guidance Document of June 2014, S.13 http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf, zuletzt abgerufen am 25.7.2016.

³⁹⁸ Mit ähnlichen Argumentationen zu dem Leitliniendokument Wendehorst, „Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 30-33, 32 und Mozina, „Retail Business, Platform Services and Information Duties“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 25-30, 26.

³⁹⁹ anders aber Mozina, „Retail Business, Platform Services and Information Duties“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 25-30.

⁴⁰⁰ Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl. I 2949.

Handlungen und Unterlassungen, aggressive Geschäftspraktiken, Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung. Ausgangspunkt ist das Handeln eines Gewerbetreibenden im geschäftlichen Verkehr – also auch das Betreiben einer Plattform.

Im Kontext von Bedeutung ist das Arbeitspapier der EU-Kommission zur Auslegung dieser Richtlinie.⁴⁰¹ Plattformen, die nach der Richtlinie als Unternehmer betrachtet werden, sollen angemessene Maßnahmen Rahmenstrukturen schaffen, die die Rechtseinhaltung durch die Anbieter ermöglichen, ohne allerdings einer generellen Überwachungspflicht im Sinne von Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie bzw. §7 Abs. 2 TMG zu unterfallen. Die Anbieter können dem europäischen Verbraucher- und Marketing entsprechen und Verbraucher können wissen, mit wem sie kontrahieren. Beispielsweise sollen Plattformbetreiber Anbietern die Möglichkeit geben, ihre Unternehmereigenschaft anzugeben, den Verbrauchern anzeigen, dass sie nur gegenüber Unternehmern von den europäischen Schutzbestimmungen profitieren können und ihre Online-Strukturen so ausgestalten, dass Anbieter den europäischen Verbraucherschutzbestimmungen (insbesondere Informationspflichten) nachkommen können. Bieten die Plattformen diese Rahmenstruktur nicht an, so verstoßen sie nach Ansicht der Kommission gegen die Vorgaben der UGP-Richtlinie und können sich auch nicht auf die Haftungsausschlussbestimmungen der E-Commerce-Richtlinie berufen.

Der Gedankengang der EU Kommission ist innovativ und unbedingt überlegenswert, da er sich in das vorhandene Zusammenspiel von E-Commerce und UGP-Richtlinie gut einfügt, ohne dass zusätzliche regulatorische Eingriffe erforderlich wären. Ob die UGP-Richtlinie derartige Verhaltensweisen von Plattformbetreibern *de lege lata* tatsächlich verlangt und deshalb ausreichend für eine potenzielle Regulierung der Plattform-Ökonomie ist, lässt sich mit guten Gründen anzweifeln. Plattformbetreiber wären verpflichtet, Rechtsverstößen Dritter, der Anbieter, vorzubeugen. Die UGP-Richtlinie zielt jedoch vorrangig auf die Unterbindung *eigener* Rechtsverstöße. Inwieweit der Adressat der Richtlinie auch für das Verhalten Dritter eintreten muss, ist unionsrechtlich weitgehend ungeklärt. Hier kann in letzter Konsequenz nur der EuGH Abhilfe schaffen. Allerdings müssten in Deutschland klagebefugte Einrichtungen eine entsprechende Klage erst einmal anstrengen und nationale Gerichte müssten sich bereitfinden, den Streit dem EuGH vorzulegen.

Zur ersten Pflicht, der Schaffung der Möglichkeit der Angabe der Unternehmereigenschaft, könnte man Art. 6 Abs.1 lit. f der Richtlinie heranziehen. Falsche Angaben über die Person des Gewerbetreibenden oder seines Vertreters gelten als irreführend. Die Unternehmereigenschaft betrifft allerdings nicht die Identität des Gewerbetreibenden, sondern nur seinen rechtlichen Status. Zweck der Vorschrift ist, ähnlich wie bei §5 TMG, dass der Verbraucher seinen (Vertrags-)Partner kennt. Ob die Richtlinie aber soweit geht, dass der Verbraucher auch den rechtlichen Status seines Vertragspartners als Unternehmer iSd §14 BGB neben seiner „faktischen Identität“ kennen muss, ist nicht eindeutig. Zur Unterstützung könnte man Art. 7 der Richtlinie (irreführende Unterlassung) beibringen. Dann müsste die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von der Kenntnis der Unternehmerstellung des Vertragspartners abhängen. Der Telos der Richtlinie könnte für eine solche Auslegung sprechen. Die Definition unlauterer Geschäftspraktiken in Art. 5 Abs.2 bezieht sich auf die „berufliche Sorgfaltspflicht“ der Plattformbetreiber. Wenn die E-Commerce-Richtlinie keine Überprüfungspflichten der Betreiber vorsieht, ließe sich argumentieren, dass die UGP-Richtlinie keine Vorgaben für die Rahmenstruktur von Plattformwebsites formulieren kann. Zwar könnte man dagegenhalten, dass es in der E-Commerce-Richtlinie nur um Haftung für Informationen gilt. Im Online-Kontext wird sich auch die UGP-Richtlinie hierauf beziehen, sodass die beiden in einem engen Regelungszusammenhang stehen.

⁴⁰¹ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.126f., <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Auch die zweite Pflicht, bzgl. der Information der Verbraucher über Schutzprivilegien nur im Falle der Unternehmerstellung des Vertragspartners, gibt die UGP-Richtlinie wenig her. Kann die UGP-Richtlinie eine Lücke schließen, die die Verbraucherrechtsrichtlinie gelassen hat? Dafür spricht der extrem weite Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie, der ihr einen Auffangcharakter für das gesamte Verbraucherrecht zuweist. Eine ähnliche Funktion hat auch das UWG lange Zeit übernommen. Letztlich kommt es entscheiden darauf an, ob und wie weit der EuGH zu gehen bereit ist, um dem Verbot der irreführenden Unterlassung Konturen zu verleihen und es de facto und de jure zu einem Informationsgebot umzugestalten, jedenfalls für als wesentlich erkannte Informationen.⁴⁰²

Schließlich soll als dritte Pflicht eine Art „Compliance-Möglichkeit“ für den Unternehmer geschaffen werden, sodass er kein EU-Verbraucherrecht verletzt. Dies stößt schnell auf praktische Schwierigkeiten: Zum Erwerb von Apps nutzt der Verbraucher in der Regel sein Smartphone – wie dort den Informationspflichten nachgekommen werden soll, ist unklar. Die Folge sind Rechtsdurchsetzungsprobleme. Zudem stellt sich die Frage, warum der Plattformanbieter jetzt eine Verantwortlichkeit gegenüber dem Unternehmer nach der UGP-Richtlinie haben soll, die primär dem Verbraucherschutz gewidmet ist. Nur mittelbar ist dies eine Pflicht, die auch den Verbraucher betrifft. Es ist zweifelhaft, ob man die UGP-Richtlinie auf Dreierkonstellationen anwenden kann, bei denen der in die Pflicht genommene Unternehmer nur über die Bande den Verbraucher respektieren muss. Dafür spricht die gesamte Rechtsprechung des EuGH zu den Verkaufsmodalitäten, die üblicherweise zwischen Unternehmen ausgetragen werden, die sozusagen um die Reichseite des Verbraucherschutzes streiten.⁴⁰³

Das OLG Köln verfolgt in einer Entscheidung zur Haftung von Amazon für seine Händler auf der „market-place“-Plattform eine eher restriktive Linie.⁴⁰⁴ Amazon hafte gerade nicht für fehlende Pflichtangaben der Händler, bevor es auf deren Rechtsverletzungen hingewiesen worden sei. Auch zur „vorausschauenden Verpflichtung von Pflicht-Feldern in eigene Online-Formulare, die die Händler zur Erfüllung der Informationspflichten anhalten“ (Leitsatz), seien die Portalbetreiber nicht ohne weiteres verpflichtet. Begründet wird diese Rechtsauffassung zum einen mit der fehlenden generellen Prüfpflicht der Online-Portale unter Bezug auf die Provider-Haftung (nach der E-Commerce-Richtlinie).⁴⁰⁵ Das OLG verwirft darüber hinaus eine täterschaftliche Haftung des Plattformbetreibers wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts durch „gefährdendes Verhalten“ ebenso wie die Grundsätze der Störerhaftung. Der Plattformbetreiber gehe einem „legitimen Geschäftsmodell“ nach, das nicht pauschal als gefährdend bezeichnet werden kann.⁴⁰⁶ Auch das OLG Düsseldorf lehnt es ab, dass der Plattformbetreiber die Einhaltung der Impressumspflicht durch den Anbieter überprüfen müsse. Andernfalls käme zu einer den Portalbetrieb „unverhältnismäßig gefährdenden Garantiehaftung“.⁴⁰⁷ Deutsche Gerichte scheinen der Argumentation der EU-Kommission zu widersprechen. Aus verbraucherschutzrechtlicher Perspektive erscheinen die Überlegungen gleichwohl sinn- und maßvoll.

Jedenfalls hat sich der Betreiber im direkten Verhältnis zum Verbraucher an die Bestimmungen der UGP-Richtlinie zu halten. Werbung für die eigene Website darf nicht zur unlauteren Geschäftspraktik werden. Auf Websites mit Bewertungsfunktion für die Verbraucher ist das „Dimming“ von Reviews zu unterlassen. Teilweise versuchen Betreiber zugunsten der Anbieter negative Bewertungen zu unterdrücken oder an weniger prominenter Stelle abzdrukken. Wenn eine solche Manipulation den Verbraucher zu einer anderen geschäftlichen Entscheidung veranlasst, so wird laut EU-Kommission gegen Artikel 6 Abs. 1

⁴⁰² NWe in Micklitz, MÜKo-UWG, Art. 6 Rnr. 000

⁴⁰³ siehe die Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des EuGH zur UGP-Richtlinie, Stuyck et al, CMLR 2015, 000

⁴⁰⁴ OLG Köln, Urteil vom 20. Dezember 2013 – I-6 U 56/13, 6 U 56/13.

⁴⁰⁵ OLG Köln, Urteil vom 20. Dezember 2013 – I-6 U 56/13, 6 U 56/13, Rn. 33, – juris.

⁴⁰⁶ OLG Köln, Urteil vom 20. Dezember 2013 – I-6 U 56/13, 6 U 56/13, Rn. 35ff., – juris

⁴⁰⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. Juni 2013 – I-20 U 145/12, 20 U 145/12, Rn. 34, - juris.

lit. b) bzw. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie verstoßen.⁴⁰⁸ Diese Konsequenz erscheint vergleichsweise unproblematisch.

Sonstige Richtlinien

Die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf⁴⁰⁹ knüpft an den Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher. Ein derzeit beim EuGH anhängiger Fall⁴¹⁰ ist aufschlussreich, wenn er auch die analoge Welt betrifft. Eine Verbraucherin hatte bei einer Autowerkstatt einen Wagen gekauft. Nachdem dieser nach kurzer Zeit einen Motorschaden erlitten hatte, wollte sie ihre Gewährleistungsrechte geltend machen. Die Autowerkstatt verwies auf den Alteigentümer, der ihrer Meinung nach der eigentliche Vertragspartner sei. Der vorherige Eigentümer hätte das Geld aus dem Kaufvertrag erhalten, die Werkstatt nur eine Provision. Die Verbraucherin wusste höchstwahrscheinlich nicht, dass es sich um einen C2C-Vertrag handelte. Das Lütticher Appellationsgericht fragte, ob nicht nur derjenige Unternehmer im Sinne der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ist, der das Eigentum überträgt, sondern auch der als Intermediär intervenierende Unternehmer. Die Situation ist vergleichbar mit vielen Online-Käufen über Plattformen. Manchmal weiß der Verbraucher nicht, ob er mit dem Anbieter oder dem Plattformbetreiber kontrahiert. Eine Anwendung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie könnte von Vorteil sein. Generalanwalt *Saugmandsgaard* bejaht in seinen Schlussanträgen die Anwendbarkeit der Richtlinie zumindest für den Fall, dass der Intermediär gegenüber dem Verbraucher wie der eigentliche Verkäufer auftritt. Diese Auslegung stehe im Einklang mit dem Verbraucherschutzzweck der Richtlinie.⁴¹¹ Da der EuGH dem Generalanwalt gefolgt ist,⁴¹² ergeben sich weitreichende Konsequenzen für die Plattformbetreiber. Sie müssen sich eindeutiger vom Anbieter absetzen. Eine Anwendung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie könnte sie zu einer Art „Vertragspartner kraft guten Glaubens des Verbrauchers“ mit allen vertragsrechtlichen Folgen werden lassen. Der Fall erinnert an den Streit um Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenkauf im Zusammenhang mit dem Umgehungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 der Verbraucherrecht-Richtlinie bzw. §475 Abs. 1 S.2 BGB. Hierzu hatte der BGH entschieden,⁴¹³ dass kein gegen das Umgehungsverbot verstoßende Agenturgeschäft vorliege, wenn der Autohändler, der zwischen zwei Verbrauchern vermittelt, selbst nicht das wirtschaftliche Risiko trüge. Allerdings ging aus dem schriftlichen Kaufvertrag der Anbieter als Vertragspartner hervor, und eben nicht der Autovermittler. Auf die Erkennbarkeit des Vertragspartners ist der BGH in dieser Entscheidung eingegangen.⁴¹⁴ In die Haftung genommen werden soll danach immer der erkennbare Vertragspartner. Die Rechtsprechung des EuGH ist erkennbar im Fluss, der Übertragbarkeit auf Online-Plattformen wäre noch durchzufechten.

Die Dienstleistungsrichtlinie⁴¹⁵ gewährleistet im Einklang mit Art. 56 AEUV die Dienstleistungsfreiheit in der europäischen Union. Die Richtlinie schließt, wie viele andere Richtlinien auch, Teilbereiche wie z.B. Verkehr von ihrem Anwendungsbereich aus. Fraglich

⁴⁰⁸ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.136, http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf, zuletzt abgerufen am 25.7.2016.

⁴⁰⁹ Richtlinie 1999/44/EG.

⁴¹⁰ Rs. C-149/15, Vorabentscheidungsersuchen der Cour d'appel de Liège (Belgien), eingereicht am 30.3.15, Sabrina Wathélet v. Garage Bietheres & Fils SPRL.

⁴¹¹ Schlussanträge GA Saugmandsgaard vom 7.4.2016; EU:C:2016:217, bisher nur online und nicht in deutscher/englischer Sprache verfügbar: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175623&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=239447>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴¹² EuGH, 9.11.2016, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185221&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1157419>

⁴¹³ BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 175/04.

⁴¹⁴ siehe BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 175/04, Rn. 22, - juris.

⁴¹⁵ O.J. 2006, L 376, Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

ist, ob Fahrdienste wie Uber unter die Richtlinie fallen oder nicht.⁴¹⁶ Auch andere Plattformen werden sich auf europäische Grundfreiheiten berufen wollen, aber von den an sich einschlägigen Richtlinien nicht erfasst sein.

Neuerdings hat der Plattformbetreiber die Richtlinie über alternative Streitbeilegung zu beachten.⁴¹⁷ Diese wurde in Deutschland durch das am 1.4.2016 in Kraft getretene Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) umgesetzt.⁴¹⁸ Gemäß §§36, 37 VSBG, die zum 1.2.2017 in Kraft treten werden, hat der Plattformbetreiber Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher zu beachten: Nach §36 VSBG hat er den Verbraucher davon in Kenntnis zu setzen, inwiefern er verpflichtet oder bereit ist, an Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen und auf die entsprechende Stelle hinzuweisen. Das gilt nach §36 Abs. 3 VSBG nicht, sofern er am Ende des vorangegangenen Jahres zehn Personen oder weniger beschäftigt hat. Nach §37 VSBG hat der Unternehmer im Falle des Entstehens einer Streitigkeit anzugeben, ob und wenn ja wo er bereit ist, die Streitigkeit beizulegen. Inwiefern diese Vorschriften für den Verbraucher im Verhältnis zum Plattformbetreiber sinnvoll sind, erscheint zweifelhaft. In der Regel werden sich zwischen den beiden keine vertragsrechtlichen Streitigkeiten ergeben, da der Plattformbetreiber zumeist nicht Vertragspartner des Verbrauchers wird.

Die Klauselrichtlinie als weitere horizontal anwendbare Richtlinie⁴¹⁹ ist regelmäßig auf AGB des Plattformbetreibers gegenüber dem Verbraucher anzuwenden. Die Anwendung der Klauselrichtlinie steht in engem Zusammenhang mit der Antwort auf die Frage, ob und gegebenenfalls wie der/ein Nutzungsvertrag zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher rechtlich zu werten ist.

Nutzungsvertrag

Regelmäßig ist die Nutzung einer Internetplattform mit dem Bereitstellen von Nutzungsbedingungen durch den Plattformbetreiber verbunden. Erstellt der Verbraucher sich einen Account auf der Seite des Plattformbetreibers, so verfestigt sich das Verhältnis zwischen den beiden und man kann wie bei den Arztbewertungsportalen vom Abschluss eines Nutzungsvertrages ausgehen.⁴²⁰ Regelmäßig muss dies der Fall sein, wenn die Nutzung für den Verbraucher entgeltlich ist.

Andererseits fragt man sich, warum die meisten Plattformbetreiber am Abschluss eines Nutzungsvertrages interessiert sind. In der Regel finden sich in den AGB weitreichende Übervorteilungen des Plattformbetreibers. Der Verbraucher ist allein verantwortlich für Inhalte, die er auf die Plattform stellt (siehe Haftungsfreistellung nach §10 TMG). Der Plattformbetreiber zeichnet sich in der Regel frei von einer Pflicht, die Online-Strukturen in unveränderter Form beizubehalten. Eine willkürliche erscheinende Sperrmöglichkeit zum Ausschluss der User ist keine Seltenheit. Im Übrigen findet sich meist eine Klausel nach der der Plattformbetreiber sich von einer Einbeziehung in das Vertragsverhältnis Anbieter/Verbraucher ausschließt. Kann man davon ausgehen, dass der Verbraucher derartige Bedingungen mit Vertragsabschlusswillen akzeptieren wird, zudem er sie in der Regel nicht einmal gelesen hat? Sind diese AGB mit der Klauselrichtlinie vereinbar? Welchen Sinn hat ein Vertrag der einseitig nur Rechte des Plattformbetreibers und nur

⁴¹⁶ siehe vor dem EuGH anhängige Verfahren zu Uber: Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado Mercantil no 3 de Barcelona (Spanien), eingereicht am 7. August 2015 - Asociación Profesional Elite Taxi gegen Uber Systems Spain, S.L., Rs. C-434/15 und zur Dienstleistungsfreiheit auch Vorabentscheidungsersuchen der Rechtbank van koophandel Brussel (Belgien), eingereicht am 5. Oktober 2015 – Uber Belgium BVBA gegen Taxi Radio Bruxellois NV, andere Beteiligte: Uber NV u. a., Rs. C-526/15.

⁴¹⁷ Richtlinie 2013/11/EU.

⁴¹⁸ BGBl. I S. 254, 1039.

⁴¹⁹ Richtlinie 93/13/EWG.

⁴²⁰ so Glossner, in Leupold u. a. (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht* (3. Auflage 2013, Verlag C.H. Beck), Rn. 358 in Teil 2: Das Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs; und auch für App Stores Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 10-15, 11.

Pflichten des Verbrauchers formuliert? Werden Verbraucher davon ausgehen, einen Vertrag abzuschließen? Bei vielen Plattformen (zum Beispiel Spotify, Couchsurfing etc.) kann man sich mit seinem Facebook-Account registrieren. Die Plattformen nutzen untereinander indirekte (einseitige?) Netzwerkeffekte. Je mehr User Facebook hat, desto besser für Spotify. Auch bei AirBnB kann man sich über Facebook oder über Google registrieren. Wird der Facebook-User, der jetzt über seinen Facebook-Account eine andere Plattform „mitnutzt“, davon ausgehen, dass er einen zweiten Nutzungsvertrag abgeschlossen hat? Oder wird er eher annehmen, dass er sich auf dem ‚verlängerten Arm‘ seiner Heimat-Plattform befindet? Schlussendlich gibt es gute Argumente, die gegen die Annahme eines Nutzungsvertrages bei Account-Erstellung sprechen. Nicht vergessen sollte man allerdings, dass der Nutzungsvertrag für den Verbraucher nützlich sein kann, da einige europäische Richtlinien den Vertragsschluss als auslösendes Moment ansehen. Aber soll das wirklich der Grund für das Vorliegen eines Nutzungsvertrags sein?

Selbst wenn man vom Vorliegen eines Nutzungsvertrages ausgeht, so ist die Klauselkontrolle durchzuführen. Zu kritisieren ist die Präsentation der AGB (Einbeziehungskontrolle): Häufig wird die Browse-wrap-Methode verwendet, bei der die AGB über einen zusätzlichen Hypertext-Link zugänglich gemacht werden. Bei der Web-wrap-Methode ist noch ein weiterer Link zu suchen oder die AGB befinden sich an anderer Stelle auf den Seiten der Online-Plattform. Eine überblicksartige Studie über britische Plattformen identifizierte Haftungsbegrenzungsklauseln.⁴²¹ Die Vertrags- und deliktsrechtliche Haftung wird nicht selten limitiert. Besonders beliebt sind Klauseln die die Haftung für Computer-Versagen, Viren und andere technische Probleme limitieren. Auch Access-Klauseln, die es dem Plattformbetreiber erlauben, die Plattform nach Belieben abzuschalten oder dem Verbraucher den Zugang willkürlich zu verweigern, sind anzutreffen. In einigen Fällen wurden Klauseln gefunden, die eine unilaterale Preisänderung erlaubten. Schiedsklauseln und exklusive Gerichtsstandvereinbarungen gehören zum Spektrum. All diese Bestimmungen wirken zum Nachteil des Verbrauchers. Ihre Wirksamkeit erscheint zweifelhaft, doch bedürfte es einer detaillierten Prüfung.

Zu guter Letzt ist die vieldiskutierte Frage der „Daten als Entgelt“ anzusprechen. Der Nutzungsvertrag wird in der Regel vom Plattformbetreiber als „unentgeltlich“ bezeichnet. Die meisten Geschäftsmodelle basieren auf der Nutzung der Verbraucherdaten zur Optimierung der Plattform. In diesem Sinne könnte man die Nutzungsverträge als „entgeltlich“ bezeichnen. Welche Auswirkungen hätte das für das Verbraucherschutzrecht? §312 Abs. 1 BGB gibt vor, dass die §§312-312h BGB nur auf entgeltliche Verträge anwendbar sind, sodass „Daten als Entgelt“ eine Anwendbarkeit verschiedener Verbraucherschutzvorschriften zur Folge hätte. Allerdings ist diese Vorschrift wohl richtlinienwidrig,⁴²² sodass die Frage schlussendlich dahinstehen kann. Ansonsten kann die Entgeltlichkeit noch Auswirkungen auf den Haftungsmaßstab haben (vgl. z.B. §§521, 599 BGB).⁴²³ Die Haftungsmilderungen des BGB erscheinen jedoch für den Nutzungsvertrag zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher nicht passförmig. Der typische „BGB-Vertragstyp“ wird regelmäßig im Verhältnis Anbieter/Verbraucher vorliegen.

2.2 Verhältnis Plattformbetreiber/Anbieter

Sollte der Anbieter ein Verbraucher sein, so ergibt sich das gleiche Pflichtenbild wie oben. Sollte es sich um einen Unternehmer handeln, so ändert sich die Rechtslage. Die Verbraucherrechterichtlinie, die UGP-Richtlinie, die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und alle sonstigen deutschen und europäischen Verbraucherschutzvorschriften sind auf das Verhältnis Plattformbetreiber und Anbieter nicht mehr anwendbar.

⁴²¹ siehe für diesen Abschnitt Riefa, *Consumer Protection and Online Auction Platforms – Towards a Safer Legal Framework* (Ashgate 2016), S. 125ff.

⁴²² siehe Faust, „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?“, in *Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages*, Band I (Verlag C.H. Beck 2016), S.A12.

⁴²³ siehe Faust, „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?“, in *Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages*, Band I (Verlag C.H. Beck 2016), S. A13.

Stattdessen wird es meist einen Vertrag zwischen Unternehmer und Plattformbetreiber geben, der seinerseits durch AGB bestimmt ist. Hier finden §§305ff. BGB nur in eingeschränktem Umfang Anwendung. Es kann Situationen geben, in denen der Plattformbetreiber seine Position ausnutzt. Der Plattformbetreiber sitzt wie ein Wächter am Tor zum Vertriebskanal Plattform – wenn er das Tor schließt, kann der Unternehmer Probleme bekommen: Auf 2te-Zahnarztmeinung.de findet sich zum Beispiel in §4 Abs.2 der AGB für Zahnärzte folgende Klausel: „Die 2te-ZahnarztMeinung ist berechtigt, den Funktionsumfang der Plattform jederzeit ohne vorherige Mitteilung zu erweitern oder in angemessener Weise einzuschränken.“⁴²⁴ Derartige Vertragsbedingungen können im Einzelfall für den Unternehmer problematisch werden. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Unternehmer nur online wirtschaftlich aktiv ist und sein Vertriebskanal eine Quasi-Monopolstellung hat, wie zum Beispiel Google oder Amazon. Andererseits haben sich Marktmachtstellungen online in der Vergangenheit schnell verändert. Man hielt ein Ende der Vorherrschaft von Myspace, Nokia, Blackberry und Windows für unmöglich – bis Apple, Facebook und Google kamen.⁴²⁵ Ob sich in der Praxis ernsthafte Zugangsprobleme für den Unternehmer ergeben, wäre genauer zu untersuchen.

Ein viel diskutiertes Problem sind die arbeits- oder dienstleistungsrechtlichen Konsequenzen der Sharing Economy. Immer wieder wird bemängelt, dass Uber-Fahrer wie Arbeitnehmer behandeln zu wären, stattdessen aber als billigere Selbstständige agieren.⁴²⁶ Eine US-amerikanische Arbeitskommission hat eine Uber-Fahrerin inzwischen als Arbeitnehmerin betrachtet – eine verbindliche gerichtliche Entscheidung fehlt.⁴²⁷ Der entschiedene Fall hat keine Präcedenzwirkung entfaltet. Ähnliche Probleme ergeben sich für das Putzportal „Helpling“, über das billigere Reinigungskräfte vermittelt werden können.⁴²⁸

Ein Phänomen, dem bislang aus verbraucherrechtlicher Perspektive eher weniger Beachtung geschenkt wurde, ist die Möglichkeit einer steuerlichen Kontrolle des Plattformbetreibers über den Anbieter. Einerseits versucht der Plattformbetreiber, sich der Haftung für ein Verhalten des Anbieters zu entziehen. Dennoch hat der Plattformbetreiber zumindest faktische Kontrollmöglichkeiten. Diese Möglichkeiten versuchen deutsche Steuerbehörden schon heute für sich zu nutzen. Auf der Suche nach Online-Unternehmern, die keine Steuern zahlen, kommt §93 AO zum Einsatz. Hiernach müssen auch andere Personen als die Steuerpflichtigen den zuständigen Behörden Auskunft für die Feststellung eines steuererheblichen Sachverhaltes geben. So kann es zu Sammelauskunftsersuchen der zuständigen Finanzämter kommen. Dann sind die Internetplattformen verpflichtet, die steuerlichen Informationen über die Anbieter preiszugeben. Das kann für die Betreiber problematisch werden, wenn sie dem Anbieter Datenschutz zugesagt hatten. In einem vor dem BFH entschiedenen Fall⁴²⁹ hatte das Finanzamt Hannover Auskunft über die Klarnamen aller Nutzer mit einem Jahresumsatz von mehr als 17.500€ erbeten. Der Plattformbetreiber saß in Luxemburg. In Deutschland befand sich nur eine für Datenverarbeitungsleistungen zuständige Schwestergesellschaft, die sich gegenüber der luxemburgischen Gesellschaft verpflichtet hatte, keine personenbezogenen Daten ohne Zustimmung an Dritte weiterzugeben. Die deutsche Schwestergesellschaft des Plattformbetreibers berief sich außerdem darauf, dass die entsprechenden Daten sich auf Servern im Ausland, unter anderem in den USA und Indien befänden und sie für diese keine Administratoren- oder

⁴²⁴ AGB erhältlich nach Ausfüllen des Kontaktformulars hier: <<https://www.2te-zahnarztmeinung.de/zahnarzt-information-auktion.html>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴²⁵ Martens, „An Economic Policy Perspective on Online Platforms, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/05“, JRC101501, S.3.

⁴²⁶ siehe z.B. für die USA DiMatteo, „Regulation of Share Economy: A Consistently Changing Environment“, in Schulze/Staudenmayer (Hrsgs.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice* (Nomos 2016), S.96.

⁴²⁷ Case Berwick v. Uber Technologies, Labor Commissioner State of California, 3.6.2015, Case No. 11-46739.

⁴²⁸ Lingemann/Otte, „Arbeitsrechtliche Fragen der „economy on demand“, (2015) Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1042-1047, 1044.

⁴²⁹ BFH, Urteil vom 16. Mai 2013 – II R 15/12.

Zugriffsrechte habe. Der BFH entschied, dass das Sammelauskunftersuchen nicht bereits aus diesen zwei Gründen (Unmöglichkeit der Datenherausgabe und private Datenschutzvereinbarungen) rechtswidrig sei. Die Rechtmäßigkeit des Sammelauskunftersuchens im Einzelnen prüfte er zwar nicht.⁴³⁰ Dennoch ist die Entscheidung von einiger Tragweite für das Verhältnis Plattformbetreiber/Anbieter.

Neben Sammelauskunftersuchen bedient sich das Bundeszentralamt für Steuern zur Unterstützung der Landesfinanzverwaltungen bei der Umsatzbesteuerung des elektronischen Handels eines Webcrawlers namens „XPider“.⁴³¹ Dieser Webcrawler identifiziert automatisch Internetseiten, die auf eine unternehmerische Tätigkeit schließen lassen. Er kann an beliebiger Stelle eingesetzt werden und verfolgt von dort aus alle Links weiter. Regelmäßig werden die Landesfinanzbehörden über die Ergebnisse des Webcrawlers informiert. Durch Einrichtungen wie den XPider werden die Plattformseiten für Anbieter vielleicht weniger attraktiv. Der Vorwurf, dass viele Internetplattformen sich dem geltenden Recht entziehen und dadurch Geld verdienen wollen, erübrigt sich. Ein Anbieter, der Steuern zahlen muss, kann seine Waren und Dienstleistungen auch nicht mehr billiger anbieten. Dem Wettbewerbsrecht wird durch den XPider ebenfalls Rechnung getragen.

2.3 Verhältnis Anbieter/Verbraucher

Zuletzt ist noch das Verhältnis zwischen Verbraucher und Anbieter zu erläutern. Dabei ist zwischen Anbietern mit Unternehmerstellung und Anbietern mit Verbraucherstellung zu differenzieren.

Anbieter mit Unternehmerstellung

Auf die Anbieter mit Unternehmerstellung sind ähnliche Vorschriften anzuwenden wie auf die Plattformbetreiber. Alle drei horizontalen, vollharmonisierenden Richtlinien sind passgenau auf den Anbieter mit Unternehmerstellung zugeschnitten.

Zunächst die E-Commerce-Richtlinie: Auch der Anbieter ist ein Diensteanbieter im Sinne der E-Commerce-Richtlinie und hat deren Informationspflichten aus Art. 5 und 6 zu beachten. Das ist für den Plattformbetreiber problematisch. Durch die Einhaltung der Impressumspflicht könnte der Verbraucher die Kenndaten des Anbieters herausfinden und mit diesem das Geschäft provisionsfrei außerhalb der Plattform schließen.⁴³² Der Plattformbetreiber hat daher kein Interesse an der Haltung der Impressumspflicht. Konstellationen, in denen er den Anbietern auch keine Möglichkeit zu ihrer Einhaltung bietet, sind denkbar. Die Haftungsausschlüsse nach Art. 12ff. werden auf den Anbieter in der Regel keine Anwendung finden. Er veröffentlicht hauptsächlich eigene Informationen, für die er dann haftet. Insbesondere der Online-Warenverkauf soll von der E-Commerce-Richtlinie abgedeckt werden, siehe Erwägungsgrund 18. Die Art. 9-11 der E-Commerce-Richtlinie befassen sich explizit mit dem elektronischen Abschluss von Verträgen. Ausgangspunkt ist der Unternehmer-Anbieter. Auch der deutsche Gesetzgeber hat mit der Umsetzung von Art. 10 und 11 in §312i BGB dieses Gedankenmodell berücksichtigt. Fraglich ist, ob die spezifisch auf Unternehmer-Anbieter zugeschnittenen Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie auch auf den Plattformbetreiber anzuwenden sind. Der deutsche Gesetzgeber scheint dies in §312i BGB nicht bedacht zu haben. Die Norm richtet sich nicht an Plattformbetreiber. Man könnte aber auch an Modelle denken, nach denen der Plattformbetreiber sich die Informationspflichten aus der E-Commerce-Richtlinie zumindest mit dem Unternehmer teilen muss, oder sie im Einzelfall sogar selber zu schultern hat.⁴³³ Letzteres wäre hilfreich, wenn

⁴³⁰ so auch Loose, jurisPR-SteuerR 33/2013 Anm. 1.

⁴³¹ für eine speziell auf Vergleichsportale bezogene <http://www.bzst.de/DE/Steuer/International/UST_Betrugsbekämpfung/Internet_Ermittlung/Internet_Ermittlung.html?nn=23442> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴³² siehe zu diesem Thema Schröder/Bühlmann, „Übernahme der Anbieterkennzeichnung durch den Portalbetreiber – ein Modell für Deutschland?“, (2012) Computer und Recht, 318-324.

⁴³³ diese Ideen bei, Wendehorst, „Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 30-33, 31f.

der Verbraucher eines besonderen Schutzes bedarf, weil er den Unternehmer nicht als solchen erkennen kann.

Weiterhin haben Anbieter mit Unternehmerstellung die Informationspflichten und Vorgaben zum Widerrufsrecht aus der Verbraucherrechterichtlinie zu beachten. Auch die UGP-Richtlinie findet auf sie Anwendung. Daneben gelten zum Beispiel die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung,⁴³⁴ und wieder die Klauselrichtlinie. Schließlich sind die vertikal geltenden unionsrechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen zu berücksichtigen.⁴³⁵ Daneben hat der Online-Unternehmer eine Reihe Spezialvorschriften zu beachten. Interessant ist der Blick auf die Zusatzverpflichtungen, die mit dem Wechsel in die Unternehmerstellung auf eBay einhergehen. Der Plattformbetreiber verweist explizit auf Sondernormen, die der Unternehmer eventuell zu beachten hat.⁴³⁶

Mit dem unternehmerischen und daher gewerblichen Verkauf bei eBay entsteht die Anmeldepflicht nach §14 Abs. 1 S. 1 GewO. Der Verstoß gegen die Anmeldepflicht kann von den zuständigen Behörden nach §146 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GewO als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Auch eine Eintragung ins Handelsregister kann unter Umständen erforderlich werden. Der Unternehmer-Verkäufer, der Kaufmann ist, muss überdies unter seiner Firmenbezeichnung im Handelsverkehr auftreten. Ansonsten kann der Unternehmer auch Kleingewerbetreibender bleiben und muss sich nicht eintragen lassen, vgl. §2 HGB.

Ein gewerblicher Verkäufer wird nach §2 UStG umsatzsteuerpflichtig. Allerdings ist gem. §19 Abs. 1 S. 1 UStG nicht umsatzsteuerpflichtig, wer im vorangegangenen Jahr einen Umsatz von unter 17.500€ hatte und der Umsatz im folgenden Jahr voraussichtlich 50.000€ nicht übersteigen wird. Sollte es sich um Grenzfälle handeln, in denen nicht klar ist, ob es sich um einen Unternehmer oder Verbraucher handelt, so wird in der Regel keine Umsatzsteuerpflicht gegeben sein. Die Unternehmereigenschaft wird bei Vorliegen von Indizien angenommen, die in der Gesamtschau auf eine Unternehmereigenschaft hindeuten.⁴³⁷ Ein Umsatz von über 17.500€ im Jahr dürfte ein schwerwiegendes Indiz für die Unternehmereigenschaft sein. Selbst wenn schlussendlich keine eigene Umsatzsteuerpflicht besteht, so kann doch die Pflicht zur Erstellung einer Rechnung nach §14 Abs. 2 UStG zwischen Unternehmern entstehen, selbst wenn keine Umsatzsteuerpflicht besteht. Im Verhältnis zum Verbraucher gilt diese Pflicht allerdings nicht, es sei denn es handelt sich um die Leistung eines Bauunternehmens, vgl. §14 Abs. 2 Nr. 2 UStG.

Aufgrund der Rechnungspflicht könnte es zu folgender merkwürdiger Situation kommen: Ein eBay-Verkäufer weiß nicht, dass er die Schwelle zum Unternehmerstatus überschritten hat und verkauft an einen Unternehmer-Käufer, demgegenüber er eigentlich verpflichtet wäre, eine Rechnung auszustellen. Dieser kann umgekehrt davon ausgehen, dass er es noch mit einem Verbraucher zu tun hat und er deswegen möglicherweise Schutzpflichten diesem gegenüber zu beachten hat, zum Beispiel die Verhaltensvorschriften der UGP-Richtlinie. Jedenfalls kann die Unkenntnis über die Unternehmereigenschaft zu Rechtsunsicherheiten führen. Neben der Umsatzsteuer könnte auch eine Pflicht zur Zahlung von Gewerbesteuer entstehen. Allerdings wird nach §11 Abs. 1 GewStG bis zu einem Gewinn von 24.500€ ein Freibetrag gewährt. Wie bei der Umsatzsteuer ist angesichts des Spielraums fraglich, wen die Gewerbesteuer wirklich treffen mag.

⁴³⁴ O.J. 2006, L 376, Richtlinie 2006/114/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

⁴³⁵ Eine Übersicht über den europäischen Verbraucherrechtsacquis bietet das europäische Parlament in „Consumer Protection – A Policy Overview“, September 2015, <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565904/EPRS_IDA\(2015\)565904_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565904/EPRS_IDA(2015)565904_EN.pdf)> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴³⁶ Rechtliche Informationen für gewerbliche Verkäufer, <http://pages.ebay.de/rechtsportal/gewerbliche_verkaeuer.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴³⁷ siehe Micklitz/Purnhagen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2015, C.H. Beck Verlag, Rn. 28 zu §14.

Neben den gewerbe- und steuerrechtlichen Vorschriften sind die Vorgaben der Preisangabenverordnung zu beachten, die auch die Preisangaben-Richtlinie⁴³⁸ umsetzt.⁴³⁹ Die Preisangabenverordnung dient wie viele andere Schutzvorschriften der optimalen Verbraucherinformation. Die Grundsätze der Preiswahrheit und Preisklarheit sollen berücksichtigt werden. Der Verbraucher soll in eine Situation versetzt werden, in der er Preise vernünftig vergleichen kann.⁴⁴⁰ Anzugeben sind nach §1 Abs. 1 S.1 PAngV immer die Gesamtpreise, einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile. Im Fernabsatz sind zusätzliche Liefer- und Versandkosten anzugeben, siehe §1 Abs. 2 Nr.2 PAngV. Auch Grundpreisangaben könnten im Einzelfall erforderlich werden. Ein Verstoß gegen die PAngV kann nach §10 PAngV iVm §3 des Wirtschaftsstrafgesetzes von 1954 mit Geldbußen von bis zu 25.000€ geahndet werden. Auch eine Abmahnung durch Mitbewerber oder Verbraucherschutzverbände ist über §3a UWG möglich.⁴⁴¹ Ob und inwieweit die Preisangabenverordnung den Erfordernissen der Dienstleistungsgesellschaft und der Informationsgesellschaft gerecht wird, wäre eine eigene Untersuchung wert. Man denke nur an die kontrovers geführte Debatte um personalisierte Preise.⁴⁴²

Ebenso wie der Plattformbetreiber unterliegt auch der Unternehmer-Anbieter den Informationspflichten des neuen VSBG. §36 VSBG wird auf ihn allerdings schwerlich anwendbar sein. Der Unternehmer wird in der Regel die Website nicht selbst betreiben, sondern dies dem Plattformbetreiber überlassen. Allerdings könnte der Unternehmer-Anbieter dem Verbraucher gegenüber AGB verwenden, was für eine Anwendbarkeit sprechen würde. Das wird nicht der Fall sein, wenn es sich um einen Anbieter handelt, der gerade erst in die Unternehmereigenschaft hineingewachsen ist und keine AGB verwendet. Dann macht die Vorschrift des §36 VSBG für den Verbraucher nur wenig Sinn. Er wird vom Plattformbetreiber über dessen Bereitschaft zur Verbraucherstreitbeilegung vorab informiert, nicht aber von seinem eigentlichen Vertragspartner. Letzterer wird erst nach §37 VSBG nachträglich verpflichtet sein, den Verbraucher über alternative Streitbeilegungsmechanismen aufzuklären. Auch die Richtlinie zur alternativen Streitbeilegung scheint die Sonderkonstellation von Online-Plattformen nicht bis zum Ende durchdacht zu haben. Parallel dazu hat der Unternehmer nach Art. 14 der ODR-Verordnung⁴⁴³ dem Verbraucher einen Link zur ODR-Plattform der Kommission zur Verfügung zu stellen. EBay gibt den Verkäufern die Möglichkeit zur Verlinkung innerhalb der Artikelbeschreibung oder im Impressum.⁴⁴⁴ Inwiefern eBay als Plattformbetreiber verpflichtet ist, geht aus der Verordnung nicht direkt hervor. Ähnlich wie die EU-Kommission könnte man möglicherweise mit Hilfe der UGP-Richtlinie eine Pflicht zur Ermöglichung der Informationspflichten für den Unternehmer annehmen.⁴⁴⁵

Schließlich erwähnt eBay in seinem Informationsportal produktbezogene Spezial-Vorschriften. Angesprochen werden die Energieverbrauchskennzeichenverordnung, die Verordnung über Verbraucherinformationen zu Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen neuer Personenkraftwagen, das Batteriegesetz, das Elektrogerätegesetz, die Verpackungsverordnung, die Textilkennzeichnungsverordnung, das

⁴³⁸ O.J. 1998, L 080, Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse.

⁴³⁹ siehe Sosnitzer, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Ohly/Sosnitzer (Hrsg.) 7. Aufl. 2016, Verlag C.H. Beck, Rn. 7 in Vorbemerkungen zur PAngV.

⁴⁴⁰ siehe Köhler, Kommentar zum UWG, Köhler/Bornkamm (Hrsg.), 34. Aufl. 2016, Verlag C.H. Beck, Rn. 2 in Vorbemerkungen zur PAngV.

⁴⁴¹ siehe z.B. BGH, Urteil vom 22. April 2009 – I ZR 14/07.

⁴⁴² Dynamische Preissetzung – Wer profitiert? Im September 2016 kamen Verbraucherschwerpunkt an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zu einem Forum des Netzwerks Verbraucherforschung zusammen, die die Problematik aus unterschiedlicher Perspektive diskutierten, <https://www.springerprofessional.de/dynamische-preissetzung-wer-profitiert/11942624>

⁴⁴³ Verordnung (EU) Nr. 524/2013.

⁴⁴⁴ <http://pages.ebay.de/rechtsportal/gewerbliche_vk_23.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁴⁵ Siehe dazu oben unter 000

Buchpreisbindungsgesetz und die Spielzeugverordnung.⁴⁴⁶ Kurzum, die von einem Unternehmer Online zu beachtenden rechtlichen Regeln umfassen ein breites Spektrum. Nicht alle finden Anwendung auf den Kleinunternehmer bei eBay – zumindest aber die Rechnungspflicht aus dem UStG und die wichtigsten europäischen Informationspflichten wird ein Online-Unternehmer zu beachten haben. Je nach Branche können und Produkt können weitere Normen zu berücksichtigen sein. Der Gastgeber auf AirBnB wird sich an das landesspezifische Baurecht zu halten haben, der Uber-Fahrer hat in Deutschland das Personenbeförderungsgesetz zu respektieren. Auch sonstige berufsrechtliche Regelungen sind zu beachten.⁴⁴⁷ Wer nicht weiß, dass er Unternehmer ist, muss mit Sanktionen rechnen, die aus der Verletzung von Unternehmerpflichten folgen.

Anbieter mit Verbraucherstellung

Anbieter mit Verbraucherstellung handeln nicht gewerblich oder geschäftsmäßig und fallen daher aus dem Anwendungsbereich der aufgezeigten Regelungen heraus. Man könnte Überlegungen zur Impressumspflicht der Verbraucher-Anbieter auf Plattformen anstellen. Gilt §5 TMG auch für sie? Dafür müsste der Verbraucheranbieter geschäftsmäßig Anbieter von Telemedien sein. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit wird weit ausgelegt. Es genügt das nachhaltige, nicht nur gelegentliche Angebot von Telekommunikation.⁴⁴⁸ Nach der Gesetzesbegründung soll die Anbieterkennzeichnungspflicht nicht für „private Gelegenheitsgeschäfte“, zum Beispiel den gelegentlichen An- und Verkauf über „virtuelle „Schwarze Bretter““ gelten.⁴⁴⁹ Das Kriterium des „nachhaltigen Angebots“ erscheint für bestimmte Verkaufsplattformen als unpassend. Soll ein Verbraucher, der einen dauerhaften Account auf einer Plattform hat und dort ca. 10mal im Jahr etwas anbietet, ohne Unternehmer zu sein, nicht auch ein nachhaltiges Angebot schaffen? Reicht das TMG weiter als die Unternehmereigenschaft nach § 14 BGB? Die Grenzen sind wiederum fließend. Schließlich ist an §55 Rundfunkstaatsvertrag zu denken. Auch hiervon sollen private Anbieter ausgenommen sein. In der Begründung heißt es, dass die schutzwürdigen Belange der Betroffenen entweder durch die persönliche Bekanntschaft zwischen Anbieter und Nutzer oder über den Plattformanbieter sichergestellt seien.⁴⁵⁰ Diese Formulierung bietet Anlass, eine Impressumspflicht für den Anbieter-Verbraucher anzudenken.⁴⁵¹

Die Problematik liegt für den Verbraucher darin, dass er nicht erkennen kann, ob der Anbieter Verbraucher oder Unternehmer ist. Ist der Anbieter Verbraucher, wird der Nutzer ihn nicht immer erreichen können. Hier steht der Verbraucherschutz vor einem merkwürdigen Dilemma. Einerseits möchte man die Nachfrage-Verbraucherseite schützen, indem man die Anbieterseite erreichbar macht. Ist andererseits der Anbieter selbst Verbraucher, fehlt der statusrechtliche Anknüpfungspunkt für die Auferlegung einer eigenen Schutzpflicht. Die Annahme von Rechtspflichten C2C würde die verbraucherrechtliche Dogmatik grundlegend erschüttern. Wie weit möchte man die Dogmatik des Schutzes der schwächeren (Vertrags-)Partei ausdehnen? Stehen sich hier nicht eigentlich zwei

⁴⁴⁶ <http://pages.ebay.de/rechtsportal/gewerbliche_vk_12.html> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁴⁷ siehe Teil 2 für (zahn-)arztrechtliche Normen, aber z.B. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 5.4.2013 - 4U 18/13 für Ablehnung eines Verstoßes gegen anwaltsrechtliche Vorschriften bei einer Online-Terminsvertreter-Börse, oder auch vor dem EuGH anhängige Verfahren zu Uber: Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado Mercantil no 3 de Barcelona (Spanien), eingereicht am 7. August 2015 - Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, S.L., Rs. C-434/15 und zur Dienstleistungsfreiheit auch Vorabentscheidungsersuchen der Rechtbank van koophandel Brussel (Belgien), eingereicht am 5. Oktober 2015 – Uber Belgium BVBA v. Taxi Radio Bruxellois NV, andere Beteiligte: Uber NV u. a., Rs. C-526/15.

⁴⁴⁸ siehe Ott, Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal (Hrsg.), 12. Edition Stand 1.5.2016, Verlag C.H. Beck, Rn. 9 zu §5 TMG.

⁴⁴⁹ Begr. RegE zum Informations- und Kommunikationsdienstegesetz, BT-Drs. 13/7385, 21, damals für das Teledienstegesetz in ähnlicher Formulierung.

⁴⁵⁰ siehe Landtag Baden-Württemberg, Drs. 14/558, S. 38f., RegE zum Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Änderung medienrechtlicher Vorschriften.

⁴⁵¹ dahingehend Richter, „Ein anonymes Impressum? - Profile in sozialen Netzwerken zwischen Anbieterkennzeichnung und Datenschutz“, (2014) Multimedia und Recht, 517-521, 519.

„Schwache“ gegenüber, sodass man den Betreiber der Plattform in die Verantwortung einbeziehen muss?

2.4 Wiederkehrende Problemmuster

Das Vertragsgeflecht zwischen den drei Akteuren zeigt bereits eine Vielzahl von Problemen mit dem geltenden Recht auf. Noch komplizierter würde es, wenn man auch den Werbetreibenden als „vierten Akteur“ einbezöge. Auf diesen wären ähnliche Bestimmungen wie auf den Anbieter im Verhältnis zum Verbraucher anwendbar. Insbesondere wettbewerbsrechtliche Bestimmungen wären zu berücksichtigen. Auch die Pflichten des Plattformbetreibers in Bezug auf die Einhaltung von Gesetzesrecht durch den Werbetreibenden könnte man erneut thematisieren. Abschließend soll um der Klarheit willen auf wiederkehrende Phänomene eingegangen werden, die zunehmender Kritik ausgesetzt sind.

Kennen des Anbieters und Status des Anbieters

Zum einen ist für den Verbraucher, bedingt durch Web-Auftritt und widersprüchliche AGB, teilweise nicht erkennbar, ob er einen Vertrag mit dem Plattformbetreiber oder dem Anbieter abschließt, oder ob er überhaupt einen Vertrag abschließt. Im Hinblick auf den Status des Anbieters ist manchmal nicht klar, ob es sich um einen Verbraucher oder einen Unternehmer handelt. Diese Unsicherheit belastet nicht nur den Verbraucher-Nachfrager, sondern auch den Anbieter. Dieser muss mit den vollen Sanktionen des Verbraucherschutzes rechnen, wenn er die Unternehmerstellung erreicht hat.

Haftungsrechtliche Fragen im Dreieck zwischen Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher

Ungeklärt sind haftungsrechtliche Fragen im Dreieck aus Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher. Soll der Plattformbetreiber für die Erfüllung der Pflichten des Anbieters mitverantwortlich sein und wenn ja welcher? Zumindest für Verbraucherschutzpflichten? Oder soll er gar wie ein „zweiter Vertragspartner“ mithaften, wenn der Verbraucher den Anbieter nicht erreichen kann?

Manipulierte Bewertungen

Viele Online-Plattformen verfügen über interne Bewertungssysteme zur Evaluierung von Produkten, Dienstleistungen, aber auch Anbietern. Die britische „Advertising Standards Authority“ entschied 2012, dass das Portal „TripAdvisor“, nicht damit werben dürfe, dass seine Reise-Reviews von „echten Reisenden“ kämen, wenn der Plattformbetreiber sie nicht kontrolliere. Es handele sich um irreführende Werbung.⁴⁵² Auch das „Dimming“ verstößt nach Ansicht der EU Kommission gegen die UGP-Richtlinie.⁴⁵³ Ein übertrieben positives Bild des Anbieters darf das Bewertungssystem nicht zeichnen.⁴⁵⁴ Inzwischen gibt es Unternehmen, die sich auf das Verfassen manipulierter Bewertungen spezialisiert haben. Der New York Attorney General Eric Schneiderman begann 2013 eine Offensive namens „Operation Clean Turf“ im Kampf gegen manipulierte Online-Reviews. Ein Mitarbeiter seines Büros gab vor, ein neues Jogurt-Geschäft eröffnen zu wollen und engagierte für dieses Vorhaben verschiedene Search Engine Optimization (SEO) Unternehmen. Die SEOs engagierten für den „Neuunternehmer“ Freelancer auf der ganzen Welt, die ihm unter anderem bei Yelp, einem Online-Review-Unternehmen für Restaurants und Geschäfte, falsche Bewertungen schreiben sollten. Bezahlt wurden 1-10 USD pro Bewertung. Insgesamt 19 Unternehmen, die auf die Falschbewertungen spezialisiert waren, wurden identifiziert und mussten Strafen

⁴⁵² ASA Complaint No. A11-166867, 1.2.2012, <https://www.asa.org.uk/Rulings/Adjudications/2012/2/TripAdvisor-LLC/SHP_ADJ_166867.aspx#.V586zK7lx69> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁵³ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.136, <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁵⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Februar 2013 – I-20 U 55/12, 20 U 55/12.

zwischen 2.500 und 100.000 USD bezahlen.⁴⁵⁵ Aber nicht nur der US-amerikanische Staat, sondern auch die Plattformbetreiber selbst haben ein Interesse an der Eliminierung falscher Bewertungen. Sie schädigen das Vertrauen in das Geschäftskonzept des Anbieters. Amazon verklagte daher in den USA 1000 Nutzer für Falschbewertungen und auch Unternehmen, die sich Falschbewertungen zur Geschäftsgrundlage gemacht haben.⁴⁵⁶ In der EU ist es nach Nr. 22 des Anhangs I der UGP-Richtlinie untersagt, sich fälschlich als Verbraucher auszugeben, eine Vorschrift, die Anhaltspunkt für ein Verbot der Bewertungsfälschung sein könnte.⁴⁵⁷ Gerichtlich sicher gestellt ist das bislang nicht.

Manipulierte Bewertungen lassen sich nur schwer entdecken. Der Verbraucher hat in der Regel keine Chance. Ernsthafte Bemühungen deutscher Verbraucherschutzbehörden- oder verbände sind nicht bekannt. Eine Alternative ist der „Reviewskeptic“⁴⁵⁸ der Cornell Universität aus den USA, ein Algorithmus, der falsche Hotel-Reviews nach eigener Angabe mit 90%iger Wahrscheinlichkeit entdeckt. Das genaue Ausmaß ist unbekannt. Der Anreiz zu Online-Manipulationen hängt von der Größe der Anbieter ab.⁴⁵⁹ Ob zusätzlich zum geltenden Wettbewerbsrecht gesetzgeberische Maßnahmen nötig sind, ist noch unklar.

Mangelnde Transparenz der Suchergebnisliste

Auch die mangelnde Transparenz der Suchergebnislisten wird vielfach kritisiert. Können Suchergebnisliste. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber: Nach der einen sind Suchmaschinen passive „conduit“ Akteure, die nur Verbindungen zwischen den Internetnutzern schaffen. Nach der entgegengesetzten Meinung sind Suchmaschinen „editors“, die wie die Redakteure einer Zeitung entscheiden müssen, was sie zeigen und was nicht. Vermittelnd könnte man den Suchmaschinenbetreiber als „advisor“ ansehen, dem der Nutzer ein gewisses Vertrauen entgegenbringt.⁴⁶⁰ Neben der möglichen Beeinflussung der Suchmaschinenergebnisse durch den Plattformbetreiber ist auch die „Search Engine Optimization“ durch den Anbieter ein Problem.⁴⁶¹

Selbst wenn das Dilemma der Suchmaschinenbetreiber nachvollziehbar ist, so müssen doch die Bestimmungen des Verbraucherrechts eingehalten gelten. Zumindest ein Teil der Verbraucher wird durch die Vermischung von Werbung und Information, oder durch unklare Ergebnislisten, verwirrt sein.⁴⁶² Mit Recht hat das LG Berlin entschieden, dass durch Kommissionszahlungen beeinflusste Beliebtheits-Rankings eines Hotelbuchungsportals als irreführende Werbung unzulässig sind.⁴⁶³ Ähnliches muss für Suchmaschinenergebnisse anderer Online-Portale gelten. Die Vermischung von Werbung und Information⁴⁶⁴ schädigt den Verbraucher in seinem Beurteilungsvermögen. Selbst wenn die Vorschriften des Wettbewerbsrechts Abhilfe schaffen können, so ist die Effektivität der Rechtsdurchsetzung anzuzweifeln: Sie wird den nach dem UWG zuständigen Verbraucherschutzinstitutionen

⁴⁵⁵ mehr Informationen z.B. hier: <<http://www.businessinsider.com/new-york-cracks-down-on-fake-yelp-reviews-2013-9?IR=T>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁵⁶ <<https://www.theguardian.com/technology/2015/oct/18/amazon-sues-1000-fake-reviewers>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁵⁷ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.140, <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁵⁸ <<http://reviewskeptic.com/>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁵⁹ Mayzlin/Dover/Chevalier, „Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Review Manipulation“, 104(8) American Economic Review (2014) 2421-2455.

⁴⁶⁰ siehe für eine genauere Auseinandersetzung Grimmelmann, „Speech Engines“, 93 Minnesota Law Review (2014), 868-952.

⁴⁶¹ siehe z.B. Schirnbacher/Engelbrecht, „Suchmaschinenoptimierung und (un)zulässige SEO-Maßnahmen“, (2015) Computer und Recht, 659-664.

⁴⁶² mit diesem Ergebnis auch Scardamaglia/Daly, „Google, online search and consumer confusion in Australia“, 24 International Journal of Law and Information Technology (2016), 203-228.

⁴⁶³ LG Berlin, Beschluss vom 25. August 2011 – 16 O 418/11.

⁴⁶⁴ siehe dazu auch den Fall Jameda in Teil 2 zu Arztbewertungsportalen, 000

und Mitbewerbern überlassen. Mit zunehmender Marktmacht der Plattformökonomie reicht dieses Instrumentarium möglicherweise nicht mehr aus.

3 Fragen de lege ferenda

Die Plattformökonomie bringt vereinfacht gesprochen drei Probleme mit sich. Das erste Problem ist das Haftungsrecht. Inwiefern haftet der Plattformbetreiber für die Aktivitäten auf seiner Plattform, insbesondere gegenüber dem Verbraucher? Das zweite Problem betrifft die Verstärkung eines Informationsungleichgewichts gegenüber dem Verbraucher. Der Verbraucher kann nicht immer wissen, wer sein Haftungsgegner ist und er kennt teilweise seinen Vertragspartner nicht gut genug bzw. wird ihn nicht immer als Verbraucher oder Unternehmer identifizieren können. Des Weiteren kann er sich nicht immer auf die Bewertungssysteme und Suchergebnislisten verlassen. Das dritte Problem betrifft weniger das Verhältnis der drei Akteure zueinander als deren negative externe Effekte. Bekannte Beispiele sind das Taxigewerbe (Uber), geschützt durch das PBefG, der Arbeitnehmerstatus (ebenfalls Uber) oder die Nachbarschaft (AirBnB), geschützt durch das öffentliche Baurecht, oder auch der städtische Einzelhandel.

Ungeklärt ist, ob es sich um Probleme handelt, die einer gesetzgeberischen Lösung bedürfen. Bislang gibt es wenig empirische Erkenntnisse, inwiefern Verbraucher durch die bestehenden Haftungslücken und Informationsungleichgewichte geschädigt werden.⁴⁶⁵ Auch eine umfassende, evidenzbasierte Auseinandersetzung mit den negativen externen Effekten der Plattformökonomie und den Möglichkeiten ihrer Bekämpfung fehlt, wenn auch immer wieder Versuche gemacht werden, einzelne Plattformen und ihre Auswirkungen zu untersuchen.⁴⁶⁶ Die Tatsache, dass das analoge Recht offensichtlich für die digitale Welt lückenhaft erscheint, bedeutet nicht zwangsläufig, dass es geändert werden muss. Die Plattformökonomie könnte sich ohne weitere Regulierung womöglich schneller entwickeln und noch mehr Innovation⁴⁶⁷ hervorbringen.

Solange der Wettbewerb zwischen den einzelnen Plattformen sichergestellt ist, besteht ein Mindestmaß an Selbstkontrolle. Wie bereits dargestellt verklagt Amazon die Falschbewerter. EBay trägt umfangreiche Informationen über seine Verkäufer zusammen und bietet ihnen rechtliche Hilfestellung auf der Webseite. Bei funktionierendem Wettbewerb besteht ein Anreiz, verbraucherfreundlich zu arbeiten. Der Verbraucher hat stets die Möglichkeit, sich eine andere Plattform zu suchen. Plattformen können das Informationsungleichgewicht ausgleichen. Diese Aufgabe übernehmen funktionierende Bewertungssysteme und verlässliche Suchmaschinen. Der Mehrwert gesetzlicher Informationspflichten wird in diesem Zusammenhang eh angezweifelt. Verbraucher „Advice“ erscheint als die bessere Alternative.⁴⁶⁸ Die Plattformbetreiber lösen das Problem des Informationsungleichgewichts selbst und damit das Akerlof'sche „Lemons“-Problem.⁴⁶⁹ Die „Regulierung durch Selbstkontrolle“ ist an funktionierenden Wettbewerb gebunden.

⁴⁶⁵ zum Mangel an Daten im Verbraucherschutzrecht siehe SchmidtKessel/Larch/Erler/Heid/Grimm, Explorationsstudie zu fehlenden und vorhandenen Daten im Verbraucherschutzrecht, im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Juli 2016.

⁴⁶⁶ siehe zum Beispiel Zervas/Proserpio/Byers, The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of Airbnb on the Hotel Industry (June 9, 2016). Boston U. School of Management Research Paper No. 2013-16. Verfügbar auf SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2366898>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016); oder Schäfer/Braun, „Misuse through short-term rentals on the Berlin housing market“, (2016) International Journal of Housing Markets and Analysis, 287-311.

⁴⁶⁷ für die Sharing Economy als Innovation siehe Ranchcordás, „Does Sharing mean caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy“, 16(1) Minnesota Journal of Law, Science & Technology (2015), 413-475.

⁴⁶⁸ siehe Ben-Shahar/Schneider, *More than you wanted to know* (Princeton University Press 2014), S.185ff.

⁴⁶⁹ Thierer/Koopman/Hobson/Kuiper, „How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the „Lemons Problem““, Mercatus Working Paper, 26.5.2015, verfügbar bei SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2610255>> (zuletzt abgerufen am 3. Aug. 2016)

Dass die Plattformbetreiber selbst auf die entstehenden negativen externen Effekte reagieren, scheint ausgeschlossen. Eine Eindämmung dieser Effekte durch Verhandlungen oder Klagen scheint ebenfalls unwahrscheinlich. Zumeist handelt es sich um „Streuschäden“, die eine Vielzahl von anderen Marktteilnehmern betreffen (die Nachbarschaft, die Hotelindustrie, Taxifahrer etc.). Die Rechtsdurchsetzung ist mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet. Andererseits könnte man die „negativen“ Auswirkungen als bloßen Nebeneffekt der Innovation interpretieren.⁴⁷⁰ Schumpeter's Petium der konstruktiven Zerstörung lässt sich nicht so einfach beiseiteschieben. Ebenfalls ausgeschlossen erscheint, dass die Plattformbetreiber freiwillig Verantwortung übernehmen. Nach geltender Rechtslage werden die Plattformbetreiber nicht in das Verhältnis Anbieter/Verbraucher mit einbezogen. Das ausstehende Urteil des EuGH in der Rs. C-149/15 („Wathelet“) könnte erste Weichen stellen.⁴⁷¹ Der ökonomische Druck auf die Plattformbetreiber zur Übernahme weiterer Verantwortung erscheint als gering. Verbraucher nutzen die Plattformen offensichtlich auch ohne zusätzliche Safeguards. Ohne eine Reaktion des Gesetzgebers ließe sich bestenfalls das Problem des Informationsungleichgewichts eindämmen.

Die Frage nach der Erforderlichkeit einer Regulierung lässt sich nicht einfach verneinen. Vorsicht ist geboten. Regulierung kann Innovation behindern, ein Katalysator für sie sein oder in einem neutralen Verhältnis zu ihr stehen.⁴⁷² Der Gesetzgeber hat die Interessen der Verbraucher, Anbieter und Plattformbetreiber gegeneinander abzuwägen. Im besten Fall wird eine evidenzbasierte Entscheidung getroffen. Schließlich ist noch einmal daran zu erinnern, dass die Plattformökonomie ein relativ junges und sich schnell und dynamisch entwickelndes Phänomen darstellt. Vor dem Aufstellen pauschaler Regelungen ist deshalb zu warnen.⁴⁷³

3.1 (De-)Regulierung und Legalisierung

Eine erste, weiche Möglichkeit der Regulierung wäre die Legalisierung einiger Geschäftsmodelle in Bezug auf ihre negativen externen Effekte. Dies würde den Plattformbetreibern zugutekommen. Als Beispiel dienen die Unternehmen der Sharing Economy. In Deutschland wurde die Vermittlung von Fahrten durch UberPOP inzwischen bundesweit verboten.⁴⁷⁴ In Berlin gibt es ein Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum, das die Gastgeber von AirBnB betreffen kann, die mehr als die Hälfte ihrer Wohnung regelmäßig Gästen überlassen.⁴⁷⁵ Eine andere Möglichkeit der Reaktion auf die von Plattformen ausgehenden negativen externen Effekte sind gestaffelte Sonderregeln für Anbieter und Plattformbetreiber, die diesen in einem gewissen Umfang ihre Tätigkeiten gestatten. Die USA operieren mit Mindestversicherungsschutz, regelmäßigen (behördliche) Kontrollen und Vorgaben, die den Verbraucher-Anbieter weniger belasten als den Unternehmer-Anbieter.⁴⁷⁶

3.2 Selbst- und Ko-Regulierung

Mit Selbstregulierung ist nicht „Selbstkontrolle“ gemeint, sondern eine Übertragung der Pflicht zu Regulierung auf die Plattformbetreiber. Diese müssten selbst Standards finden, die der Gesetzgeber mit Hilfe von Genehmigungen oder ähnlichen Instrumenten kontrollieren

⁴⁷⁰ siehe z.B. der Innovation Union Competitiveness Report 2011, <<http://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/competitiveness-report/2011/iuc2011-full-report.pdf#view=fit&pagemode=none>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁷¹ Rs. C-149/15, Vorabentscheidungsersuchen der Cour d'appel de Liège (Belgien), eingereicht am 30.3.15, Sabrina Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL.

⁴⁷² Ranchcordás, „Does Sharing mean caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy“, 16(1) Minnesota Journal of Law, Science & Technology (2015), 413-475.

⁴⁷³ siehe auch Miller, „First Principles for Regulating the Sharing Economy“, 53 Harvard Journal on Legislation (2016), 149-202, 151.

⁴⁷⁴ OLG Frankfurt, Urteil vom 9.6.2016 - 6 U 73/15, noch nicht rechtskräftig.

⁴⁷⁵ Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (Zweckentfremdungsverbot-Gesetz - ZwVbG), vom 29. November 2013, GVBl. Berlin 2013, 626.

⁴⁷⁶ siehe Katz, „Regulating the Sharing Economy“, 30 Berkeley Technology Law Journal (2015), 1067-1126, 1087f.

könnte. Die Plattformbetreiber haben als Intermediäre ein hohes Kontrollpotenzial und sind zu einer umfassenden Regulierung in der Lage sein.⁴⁷⁷ In Bezug auf die negativen externen Effekte erscheint diese Form der Selbstregulierung schwierig. In Bezug auf Informationsasymmetrien könnten industrieinheitliche Standards gefunden werden. Hierher gehören auch Zertifikate, mit Hilfe deren die Plattformen dokumentieren, dass sie sich an die geltenden Bestimmungen des Verbraucherrechts halten und sich regelmäßigen Kontrollen intern oder auch extern unterwerfen.

3.3 Klassische Regulierung

In Bezug auf die negativen externen Effekte fällt die Vorstellung eines einheitlichen Regulierungskonzeptes schwer. Die wohl effizienteste Herangehensweise wären branchenspezifische Vorschriften, die auf die einzelnen Probleme zugeschnitten sind. Ein Beispiel ist das in Berlin bereits existierende Gesetz zum Verbot der Entfremdung von Wohnraum. Auch Schutzvorschriften für die Fahrer von Uber-Fahrzeugen wären anzudenken. Die Thematik reicht über das Verbraucherrecht hinaus und soll nicht weiter vertieft werden.

Informationsasymmetrien

Informationsasymmetrien werden im Verbraucherrecht seit Dekaden diskutiert. Das klassische Regelungswerkzeug bilden Informationspflichten. Hier ist vor allem ein französischer Gesetzgebungsvorschlag zu erwähnen. Frankreich hat der Europäischen Kommission im Notifikationsverfahren nach der Richtlinie 2015/1535/EU⁴⁷⁸ und der inzwischen geänderten Richtlinie 98/34/EG⁴⁷⁹ verschiedene Gesetzesentwürfe vorgelegt, die sämtlich auf eine Verbesserung der Information des Verbrauchers abzielen.

Art. 19 und 20 des Gesetzesentwurfs betreffen allgemeine Informationspflichten von Online-Portalen:⁴⁸⁰ Die Plattformen müssen „ehrliche, klare und transparente Informationen über die allgemeinen Bedingungen für die Nutzung des von ihr angebotenen Vermittlungsdienstes und über die Modalitäten der Verlinkung, der Einstufung und der Auslistung der Inhalte, Waren oder Dienstleistungen, auf die über den Dienst zugegriffen werden kann, bereitstellen. Die Plattformen müssen das etwaige Bestehen einer Vertragsbeziehung oder einer Kapitalbeziehung zu den verlinkten Personen, eine eventuelle Vergütung der verlinkten Personen und gegebenenfalls den Einfluss dieser Vergütung auf die Einstufung der angebotenen Inhalte, Waren oder Dienstleistungen klar angeben.“ Art. 21 des Gesetzesentwurfs betrifft speziell Bewertungsportale.⁴⁸¹ Nach der neuen Vorschrift, die in das französische Verbrauchergesetzbuch eingefügt werden soll, ist „jede Person, deren Haupt- oder Nebentätigkeit darin besteht, Online-Kundenbewertungen zu sammeln, zu moderieren oder zu veröffentlichen, dazu verpflichtet, korrekte, klare und transparente Informationen über die Modalitäten der Überprüfung der veröffentlichten Bewertungen zur Verfügung zu stellen. Sie hat anzugeben, ob die Bewertungen, die sie veröffentlicht hat,

⁴⁷⁷ siehe die Vorschläge in Cohen/Sundararajan, „Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy“, 82 University of Chicago Law Review Dialogue (2015), 116-133.

⁴⁷⁸ O.J. 2015, L 241, Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

⁴⁷⁹ O.J. 1998, L 204, Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

⁴⁸⁰ Notifikationsnummer 2015/626/F, originalsprachiger Entwurfstext unter <<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=626>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁸¹ Notifikationsnummer 2015/630/F, originalsprachiger Entwurfstext unter <<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=630>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

einer Überprüfung unterzogen wurden oder nicht und gegebenenfalls die Hauptmerkmale dieser Überprüfung zu spezifizieren.“

Ein Dekret soll die Informationspflichten für Vergleichsportale spezifizieren.⁴⁸² Danach müssen alle Vergleichsportale in einer speziellen Rubrik genaue Angaben über die Funktion des Vergleichsdienstes liefern. Diese Rubrik muss für den Verbraucher auf dem Portal leicht zugänglich bzw. auffindbar sein. Dargestellt werden sollen die verschiedenen Kriterien für die Einstufung der Angebote von Waren und Dienstleistungen sowie deren Definition; das Bestehen oder Nichtbestehen einer Vertragsbeziehung oder Kapitalbeziehung zwischen den Vergleichsportalen und den verlinkten Gewerbetätigen; das Bestehen oder Nichtbestehen einer von den verlinkten Gewerbetätigen bezahlten Vergütung an das Portal und ggf. den Einfluss dieser Vergütung auf die Einstufung der Angebote; Einzelheiten über die Bestandteile des Preises sowie die Möglichkeit, dass zu diesem zusätzliche Gebühren hinzukommen; ggf. eine Änderung der gewerblichen Garantien entsprechend den verglichenen Produkten; erschöpfende oder nicht erschöpfende Angaben der verglichenen Angebote von Waren und Dienstleistungen und der Zahl der verlinkten Websites oder Unternehmen; sowie Häufigkeit und Art der Aktualisierung der verglichenen Angebote. Auf den Seiten mit den Ergebnissen der Vergleichssuche sind ebenfalls Informationen zu liefern, nämlich nach welchem Kriterium die Ergebnisse aufgelistet worden sind und insbesondere auch, ob die Aufnahme in die Liste („Verlinkung“) kostenpflichtig war oder nicht.

Die Europäische Kommission hat den Gesetzesentwürfen nach informellen Informationen widersprochen, allerdings ohne ihre entgegengesetzte Meinung zu veröffentlichen. Die Europäische Kommission kritisiert, dass die UGP-Richtlinie und die E-Commerce-Richtlinie den Sachkomplex vollständig geregelt haben. Unabhängig von der Problematik der Vollharmonisierung ist der Nutzen weiterer Informationspflichten zu hinterfragen.⁴⁸³

Die Literatur diskutiert derzeit den Entwurf einer Plattformrichtlinie.⁴⁸⁴ Nach den Vorstellungen der Forschungsgruppe sollen, ähnlich wie bei dem französischen Gesetzesentwurf, bestimmte Offenlegungsvorschriften gelten. Nach Art. 6 des Projekts soll der Verbraucher über Auflistungen von Online-Plattformen, die durch finanziell Verbindungen mit dem Anbieter verknüpft sind, informiert werden. Ebenfalls sollen Online-Bewertungssysteme mit verschiedenen Informationspflichten einhergehen, um den Verbraucher über die Funktionsweise des Systems aufzuklären (Art. 8 Abs. 1 des Vorschlags). Für die Bewertungssysteme sollen zusätzlich bestimmte Sorgfaltsstandards gelten.

Dazu stellen sich die Autoren Informationspflichten vor, die die vertragsrechtlichen Beziehungen zwischen Verbraucher, Anbieter und Plattformbetreiber offenlegen. Nach Art. 11 des Projekts soll der Plattformbetreiber den Verbraucher darüber aufklären, dass dieser nur einen Vertrag mit dem Anbieter abschließt. Außerdem soll der Plattformbetreiber Informationspflichten gegenüber dem Anbieter haben, was für die klassischen Informationsmechanismen des Verbraucherrechts ein Novum wäre. Der Plattformbetreiber soll den Anbieter nach Art. 13 des Projekts über seinen alleinigen Vertragsschluss mit dem Verbraucher und seine Neutralität des Plattformbetreibers sowie über die benutzten Zahlungssysteme, Gebühren etc. aufklären. Diese Informationspflichten dienen dem Zweck, den drei Akteuren (Verbraucher, Anbieter, Plattformbetreiber) das Beziehungsgeflecht innerhalb der Plattform besser zu vermitteln. Das ist grundsätzlich zu befürworten.

⁴⁸² Notifikationsnummer 2015/498/F, originalsprachiger Entwurfstext unter
<<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=498>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁸³ Ben-Shahar/Schneider, *More than you wanted to know* (Princeton University Press 2014).

⁴⁸⁴ Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 3-10; Research Group on the Law of Digital Service (Busch/Dannemann/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll), „On the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 164-169.

Dagegensteht die begrenzte Effizienz der Informationspflichten werden. Der Vorschlag lässt offen, wie genau die Information übermittelt soll. Man könnte daran denken, dass sie im Falle einer Plattform mit User-Accounts direkt bei Account-Erstellung schrittweise gezeigt werden muss. Hier könnte der Vorschlag noch weiterentwickelt werden.

Haftungsfragen

Das Problem der Haftung von Intermediären ist der Rechtsordnung als solches nicht neu. Schon der mittelalterliche Marktplatz kann als Intermediär bezeichnet werden, der Angebot und Nachfrage zusammenführt. Der Makler vermittelt einen Vertrag oder eine Vertragsabschlussgelegenheit und bekommt dafür seinen Lohn, §652 BGB. Im Gegenzug hat er gegenüber seinem Vertragspartner eine eingeschränkte Aufklärungs- und Beratungspflicht, wenn auch keine anlasslose Erkundigungs- und Nachforschungspflicht bzgl. der Angaben im Exposé.⁴⁸⁵ Die Tätigkeit von Heiratsvermittlern sanktioniert das BGB in §656. Auch mit Autohändlern als Vermittler hat sich die Rechtsprechung nicht zuletzt im Zusammenhang mit dem Agenturgeschäft befasst.⁴⁸⁶ Auf Wertpapier- und Versicherungsmärkten gibt es Informationsintermediäre.⁴⁸⁷ Selbst im Zahlungsdiensterecht findet sich eine Dreierkonstellation.⁴⁸⁸ Die Hypothekarkreditrichtlinie⁴⁸⁹ formuliert Vorgaben für Kreditvermittler. Das Reiserecht⁴⁹⁰ ist vom Zusammenspiel zwischen Verbraucher, Reiseveranstalter und Reisevermittler geprägt.

Dennoch erscheint es angebracht, für Internetportale nach einer eigenen Lösung zu suchen. Anders als im Verhältnis zum Makler, zum Reisevermittler oder zum Kreditvermittler bezahlt der Verbraucher auf den Portalen häufig nichts und schließt nicht einmal einen Nutzungsvertrag ab. Auch mit dem Agenturgeschäft sind die Vorgänge auf den Internetplattformen nicht pauschal vergleichbar: Der Kontext der Plattformökonomie fehlt dort. Wertpapier- und Versicherungsmärkte sind für den Verbraucher mit einem viel größeren Risiko behaftet als der wohl überwiegende Teil der Geschäfte, die bislang über Internetplattformen abgewickelt werden.

Das Projekt der Research Group on the Law of Digital Services geht auf verschiedene Haftungsmöglichkeiten und Schutzpflichten ein.⁴⁹¹ Was die eigenen Schutzpflichten des Plattformbetreibers gegenüber dem Verbraucher betrifft, so sieht das Projekt in Art. 7 eine Pflicht des Plattformbetreibers vor, die Kommunikation zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter unverzüglich weiterzuleiten, wenn er ein generelles Kommunikationssystem auf der Plattform vorgesehen hat. Zugang beim Plattformbetreiber soll für den Verbraucher zugleich Zugang beim Anbieter bedeuten, Art. 7 Abs. 2 des Vorschlags. Das erscheint sinnvoll, da die Informationspflichten des Anbieters nicht durch den Plattformbetreiber konterkariert werden dürfen. Art. 9 des Vorschlags sieht zum Schutz von Plattformnutzern (sowohl Verbrauchern

⁴⁸⁵ Roth, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, C.H. Beck Verlag, Rn. 258ff. zu §652.

⁴⁸⁶ BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 175/04.

⁴⁸⁷ dazu Grundmann/Kerber, „Information Intermediaries and Party Autonomy – the example of securities and insurance markets“, in Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (De Gruyter 2001), 264-310.

⁴⁸⁸ O.J. 2007, L 319 Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG; jetzt geändert durch Richtlinie 2015/2366/EU.

⁴⁸⁹ Richtlinie 2014/17/EU.

⁴⁹⁰ O.J. 2015, L 326, Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates.

⁴⁹¹ Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 3-10; Research Group on the Law of Digital Service (Busch/Dannemann/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll), „On the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, 164-169.

als auch Anbietern) vor, dass der Plattformbetreiber bei Kenntnis von kriminellem Verhalten oder Verhalten, das die körperliche Integrität, Privatsphäre, Eigentum oder Freiheit eines Nutzers beeinträchtigt, einzuschreiten hat. Im Vergleich zum Haftungsregime der E-Commerce-Richtlinie, die grundsätzlich nur die Haftung für übermittelte Informationen betrifft, ist das vorgeschlagene Regime großzügig.

Doch dabei soll es nicht bleiben. Der Vorschlag will ein spezifisches Haftungssystem für den Plattformbetreiber etablieren. Grundnorm ist Art. 16 Abs. 1. Wer sich selbst grundsätzlich nur als Intermediär präsentiert, der haftet auch nicht. Ausnahmen sehen die Artikel 17-20 vor. Hat der Plattformbetreiber Kenntnis von irreführenden Informationen des Anbieters, muss er diese unverzüglich von der Plattform entfernen, es sei denn, dass der Bewertungsmechanismus auf der Webseite dem Anliegen bereits Rechnung trägt. Die Regelung greift die Leitlinien der EU Kommission zur UGP-Richtlinie auf,⁴⁹² geht aber noch einen Schritt weiter. Nicht nur soll der Plattformbetreiber dem Anbieter die Einhaltung europäischer Rechtsvorschriften ermöglichen, es soll ein Notice and Takedown-System eingeführt werden. Nach Art. 18 des Vorschlags ist der Plattformbetreiber Mithaftender, wenn er einen besonderen Einfluss auf den Anbieter ausübt. Regelbeispiele sind der Vertragsschluss exklusiv über die Plattform, die Möglichkeit der Zurückhaltung von Zahlungen, die Mitbestimmung der Vertragsbedingungen im Verhältnis Anbieter/Verbraucher usw. Die Regelbeispiele zeigen, dass die Autoren zurückhaltend mit dem Kriterium des besonderen Einflusses umgehen wollen. Nicht aufgeführt wird, wie die Regelbeispiele zu gewichten sind, sodass am Ende der Rechtsprechung das Feld überlassen wird. Art. 19 des Vorschlags formuliert die Haftung im Falle schadensverursachender, irreführender Äußerungen des Plattformbetreibers über Verbraucher/Anbieter/angebotene Waren, Dienstleistungen oder digitale Inhalte vor. Art. 20 bildet den fulminanten Schluss. Er statuiert eine Haftung für Garantien, die der Plattformbetreiber über Anbieter/Verbraucher oder angebotene Waren oder Dienstleistungen gibt.

Wie ist das Projekt in seiner Gesamtheit zu bewerten? Auf der einen Seite präsentiert es ein recht ausgewogenes Haftungsregime: Es führt keine generelle Verantwortung des Plattformbetreibers ein, sondern differenziert nach bestimmten Konstellationen, auch wenn man die Technik der Regelbeispiele kritisieren kann. Art. 14 soll dem Anbieter die Bereitstellung eigener Informationen ermöglichen. Damit könnte der Anbieterkennzeichnung auf den Plattformen ausreichend Rechnung getragen werden.⁴⁹³ Vergleiche wurden immer wieder zum Reiserecht gezogen.⁴⁹⁴ Art. 13 Abs. 1 Unterabsatz 2 der Pauschalreiserichtlinie⁴⁹⁵ sehe ebenfalls die Möglichkeit einer Haftung des Reisevermittlers für die Erbringung der vertraglichen Pauschalreiseleistungen vor. Will man noch weitergehen als die Autoren des Vorschlags, so ließe sich auch ein Widerrufsrecht gegenüber dem Plattformbetreiber vorstellen. Die Regelung insgesamt erinnert an das Konzept der verbundenen Verträge nach §§358ff. BGB, das ebenfalls auf Unionsrecht beruht. Tatsächlich beruht der zwischen Anbieter und Verbraucher geschlossene Vertrag auf der Bereitstellung des nötigen virtuellen Umfeldes durch den Plattformbetreiber.⁴⁹⁶

Die Plattformökonomie basiert jedoch auf der Idee, dass der Zugang für den Verbraucher zumeist kostenlos ist, während die Kosten der Plattform selbst durch Werbesysteme oder Zahlungen des Anbieters gedeckt werden. Je mehr eigene Informations- und sonstige

⁴⁹² Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.126f., <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁹³ siehe im Kontext Schröder/Bühlmann, „Übernahme der Anbieterkennzeichnung durch den Portalbetreiber – ein Modell für Deutschland?“, (2012) Computer und Recht, 318-324.

⁴⁹⁴ Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 3-10, 8.

⁴⁹⁵ Richtlinie (EU) 2015/2302.

⁴⁹⁶ dieser Gedanke in Bezug auf die Verbindung von Verträgen und die Anwendung der UGP- und Verbraucherrechterichtlinie bei Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 10-15, 11.

Intermediärspflichten man dem Plattformbetreiber anlastet, wenn man ihm sogar das Risiko auferlegt, selbst in die Haftung genommen zu werden, desto mehr Kosten entstehen dem Plattformbetreiber. Diese wird er auf eine der beiden Seiten, Verbraucher- oder Anbieterseite, abwälzen. Wälzt er sie auf Anbieterseite ab, so wird der Anbieter über kurz oder lang versuchen, diese Kosten auf den Verbraucher übertragen. Verbraucherschutzgesetze sollten nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen. Man hätte Recht geschaffen, dass Innovation eher behindert als katalysiert. Auch der Vergleich der Vermittlersituation in der Plattformökonomie mit der Vermittlersituation im Reiserecht, aber auch mit Versicherungsvermittlern und Finanzgeschäften, überzeugt nicht wirklich. Hier wird zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher höchstens ein unentgeltlicher Nutzungsvertrag abgeschlossen, dort ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. Beratungsvertrag, dessen Kosten der Verbraucher trägt.

Anstelle der Erweiterung der eigenen Schutz- und Haftungspflichten der Plattformbetreiber scheint es vorzugswürdig, den Plattformbetreibern Überwachungs- und Kontrollpflichten aufzuerlegen. Anstatt die Plattformbetreiber zum Haftungspartner zu machen, könnten sie stärker in den Rang eines „Ansprechpartners“ gehoben werden. Dazu muss das freizeichnende System der E-Commerce-Richtlinie geändert werden. Die Europäische Kommission gibt in ihren Leitlinien zur UGP-Richtlinie einen denkbaren Weg vor:⁴⁹⁷ Die Pflicht zu einer Gestaltung der Plattformstrukturen die den Einklang mit dem Verbraucherschutzrecht ermöglicht, oder sogar erzwingt. So gesehen rückt Art. 14 des Vorschlags ein eine Schlüsselstellung. Wird der Anbieter bei der Registrierung gezwungen, einige Angaben zum Verbraucherrecht zu machen, kann die Plattform dessen Einhaltung kontrollieren. Im Falle einer rechtswidrigen Ausgestaltung der Plattform hätten die für die Rechtsdurchsetzung zuständigen Verbraucherrechtsorganisation einen direkten Ansprechpartner.

Definition der Online-Plattform

Der erläuterte französische Gesetzgebungsentwurf sieht folgende Definition vor: „Als Online-Plattformen werden gemäß diesem Artikel Tätigkeiten bezeichnet, die darin bestehen, Inhalte, Waren oder Dienstleistungen, die von Dritten angeboten oder online gestellt werden, einzustufen oder zu verlinken oder auf elektronischem Wege mehrere Teile im Hinblick auf den Verkauf einer Ware, der Erbringung einer Dienstleistung (auch kostenfrei) oder im Hinblick auf den Austausch oder das Teilen von Waren oder Dienstleistungen zu verknüpfen. Als Online-Plattformen werden Personen verstanden, die diese Tätigkeit gewerbsmäßig ausüben.“⁴⁹⁸ Damit ist praktisch jede Vermittlungstätigkeit erfasst. Auch Suchmaschinenbetreiber verknüpfen im weitesten Sinne den Austausch oder das Teilen von Waren oder Dienstleistungen. Eine solch weite Anwendung kann kaum sinnvoll sein. Zurückzugreifen wäre eher auf eine Kategorisierung nach dem Zielgrund des Verbrauchers beim Besuch der Website. um Suchmaschinenbetreiber auszuschließen, könnte ein etwaiges Gesetz sich auf „Handels- und Vermittlungsplattformen“, die „in Haupttätigkeit Waren und Dienstleistungen“ vermitteln beschränken,

Art. 2 des Vorschlags der Literatur formuliert: „'online intermediary platform' means an information society service accessible through the internet or by similar digital means which enables customers to conclude contracts with suppliers of goods, services or digital content. This does not include services which only identify relevant suppliers and which direct

⁴⁹⁷ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.126f., <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁴⁹⁸ Art. 19 des französischen Gesetzes über eine digitale Republik, Notifikationsnummer 2015/626/F im Notifikationsverfahren bei der Kommission, originalsprachiger Entwurfstext unter <<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=626>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

customers to those suppliers' websites or contact details".⁴⁹⁹ Der Vorschlag hat einen eher eingeschränkten Anwendungsbereich: Ansatzpunkt ist die Plattform als Vertragsabschlussort. Die reinen Bewertungsplattformen fallen aus der Anwendung des Plattformgesetzes heraus, weil der Vertragsschluss zwischen Verbraucher und Anbieter meist in der realen Welt erfolgt. Im Ergebnis stünde man vor einer sehr differenzierten Regulierung für eine kleine Anzahl von Plattformen. Das erscheint insbesondere im Hinblick auf Art. 8 des Vorschlags schade. Diese Vorschrift wäre gut auf reine Bewertungsplattformen anwendbar. Zwar muss, wenn überhaupt, eine differenzierte Form der Regulierung Antwort auf die Plattformökonomie sein – ob sie schlussendlich auch ihrer Dynamik gerecht werden kann, das steht auf einem anderen Blatt.

Was würde eine Regulierung der Plattformökonomie für das Verbraucherrecht bedeuten? Das Verbraucherrecht ist auf den Schutz des Verbrauchers als schwächere Vertragspartei vor unbillig benachteiligenden Vertragsbedingungen ausgerichtet. Im Hinblick auf die Plattformökonomie bieten sich die Plattformbetreiber als weithin unbehelligte Profiteure als potentiell Regulierungsobjekt an. Das Verhältnis Plattformbetreiber/Verbraucher gestaltet sich nicht wegen des möglicherweise zwischen diesen beiden bestehenden Nutzungsvertrages als schwierig, sondern wegen des wirtschaftlich wichtigeren Vertrages zwischen Verbraucher und Anbieter. Wenn kein Vertrag oder jedenfalls nur ein Nutzungsvertrag im Verhältnis Plattformbetreiber/Verbraucher entsteht, steht das Verbraucherrecht vor einer neuen Frage: Warum sollte das lose Verhältnis des Verbrauchers zu dem Plattformbetreiber überhaupt geregelt werden? Eine erste Änderung weg von einem bloßen vertraglichen Verbraucherrechtsverständnis hin zu einem sozialen Verständnis lässt sich mit der Neuorientierung des Zweckes des UWG beobachten. Ging es anfänglich eher um den Schutz der Mitbewerber, gehört der Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit zum Zweck des UWG.⁵⁰⁰ Einen ähnlichen Wandel könnte man im Hinblick auf die Plattformökonomie prognostizieren. Die Rechtsbeziehungen müssten sich womöglich nicht mehr an (potentiellen) Vertragsbeziehungen allein, sondern an marktlichen Verhältnissen zwischen Verbraucher und Unternehmer orientieren.

Die Bestimmung des Anwendungsbereichs einer solchen Norm fällt leichter. Anhaltspunkt für die Überwachungs- und Kontrollpflicht des Plattformbetreibers ist das Verhältnis Anbieter-Verbraucher und nicht allein das Verhältnis Verbraucher-Plattform selbst. Dieser Ansatz wäre zugleich differenzierend und dynamisch. Selbst die recht pauschale französische Definition der Plattform würde keine Probleme bereiten. Auch auf die ökonomische Definition zweiseitiger Märkte könnte zurückgegriffen werden. Eigenhaftungsregelungen für die Plattformen könnten als Sanktion für die unzureichende Ausgestaltung der Plattform-Infrastruktur bereitstehen.

4 Fazit

Vermittlung im Internet bringt einerseits neue Probleme mit sich, ist aber andererseits eng mit den Problemen in Bezug auf Information und Beratung verzahnt. Zum einen ergeben sich Haftungsfragen im Dreieck, die nur schwer mit Phänomenen aus der analogen Welt vergleichbar sind und nach einer Reaktion des Gesetzgebers verlangen. Sie haben direkt nichts mit Information und Beratung zu tun. Dennoch sind Online-Plattformen mit diesen Begrifflichkeiten verzahnt. Zum anderen ergeben sich klassische Informationsprobleme: Der Verbraucher kennt mitunter seinen Vertragspartner nicht, Bewertungen und Suchmaschinenergebnisse können manipuliert werden oder intransparent sein.

⁴⁹⁹ Research Group on the Law of Digital Service (Busch/Dannemann/Schulte-Nölke/Wieworowska-Domagalska/Zoll), „On the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016) Journal of European Consumer and Market Law, 164-169.

⁵⁰⁰ siehe hierzu Sosnitza, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Ohly/Sosnitza (Hrsg.) 7. Aufl. 2016, Verlag C.H. Beck, Rn. 4 zu §1 UWG.

D Schlussfolgerungen

1 Verschiebung zwischen den Verbrauchern

Die digitale Welt verschiebt die Gewichtung zwischen den „drei Vs“, dem verantwortlichen, dem vertrauenden und dem verletzlichen Verbraucher. Die zunehmende Differenzierung der Telekommunikationsleistungen nach dem Grad der Geschwindigkeit wirkt sich potenziell auf alle drei Verbraucher aus.

Nur solche Verbraucher können an den Chancen der digitalen Welt teilhaben, die *Zugang* zum Netz haben. Deutsche Verbraucher haben keinen rechtlich gesicherten Anspruch auf Zugang zum Netz, sie haben ein Recht auf Zugang zu einem Telefon und seit kurzen auch auf Zugang zu einem Bankkonto. Betroffen von diesem Defizit sind vor allem die *verletzlichen* Verbraucher. Sollen alle Verbraucher ein Recht auf Zugang zum Breitband erwerben, analog dem Zugang zu einem Bankkonto, zu Strom, Wasser und Energie? Sollen Verbraucher bzw. Verbraucherorganisationen ein verbessertes Recht auf Zugang zu Daten erlangen, um ihre Rechte besser durchsetzen zu können? Sollen Unternehmen die hinter den Algorithmen stehenden Parameter zur Personalisierung offenlegen? Vor dem Bundesverfassungsgericht ist ein Verfahren gegen die Schufa anhängig, in dem es darum geht, ob die Schufa die Scoring-Algorithmen offenlegen muss. Der BGH hatte das verneint. Über die Annahme der Verfassungsbeschwerde hat das Gericht noch nicht entschieden. So oder so dürfte der Ausgang des Verfahrens von grundsätzlicher Bedeutung sein, eben auch für die Behandlung von Algorithmen der digitalen Gesellschaft. Der Gesetzgeber hatte nach langen Diskussionen in 28 b BDSG festgelegt,⁵⁰¹ dass Scoring wissenschaftlich anerkannten mathematischen und statistischen Erfordernissen genügen muss.⁵⁰² Kann man sich eine ähnliche Regelung für die in der digitalen Welt verwandten Algorithmen vorstellen? Kann man an start-up Firmen derartige Ansprüche stellen?⁵⁰³ Wer soll und kann beurteilen, was eine wissenschaftlich-mathematisch anerkannte Methode ist? Hier drängt sich die Parallele zu den technischen Standards auf. Lässt sich ein ähnlicher Dreiklang in der digitalen Welt vorstellen: allgemein anerkannte Regeln der Technik, Stand der Technik, Stand der Wissenschaft und Technik?⁵⁰⁴ Betroffen ist der verletzliche Verbraucher aber nicht nur bzgl. des Zugangs zum Netz und des Umgangs mit seinen Daten sondern auch im Hinblick auf seine „*digital literacy*“. Im Bereich Gesundheit könnten Health Apps, Arztbewertungsportale und Telemedizin vor allem älteren Verbrauchern helfen. Jedoch ist die „e-Health Literacy“ bei älteren Menschen meist weniger weit entwickelt ist als bei Jüngeren.⁵⁰⁵ Das ist schade, da gerade sie häufiger von Gesundheitsproblemen und damit

⁵⁰¹ § 28b BDSG (Scoring): Zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen darf ein Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen erhoben oder verwendet werden, wenn 1. die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts genutzten Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind, 2. im Fall der Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts durch eine Auskunft die Voraussetzungen für eine Übermittlung der genutzten Daten nach § 29 und in allen anderen Fällen die Voraussetzungen einer zulässigen Nutzung der Daten nach § 28 vorliegen, 3. für die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts nicht ausschließlich Anschriftendaten genutzt werden, 4. im Fall der Nutzung von Anschriftendaten der Betroffene vor Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts über die vorgesehene Nutzung dieser Daten unterrichtet worden ist; die Unterrichtung ist zu dokumentieren.

⁵⁰² Dazu Metz, „Scoring: New Legislation in Germany“, 35 Journal of Consumer Policy (2012), 297-305.

⁵⁰³ So wohl Härting, „Können wir Algorithmen vertrauen“, in Freytag (Hrsg.), *Verbrauchervertrauen. Die neue vernetzte Welt: Herausforderungen für Unternehmen und Kunden*, (Frankfurter Allgemeine Buch, 2015), 202-211.

⁵⁰⁴ siehe auch Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht* (Carl Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1982).

⁵⁰⁵ so auch der Report on Consumer e-Health des niederländischen Gesundheitsrates von 2015, <http://www.raadrsvs.nl/uploads/docs/Consumer_ehealth.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), S.40.

eingeschränkter Mobilität betroffen sind und von digitalen Anwendungen profitieren könnten. Doch ergeben sich Probleme mit der Zugänglichkeit und Einfachheit der Apps, insbesondere durch das ungewohnte Design. Hinzu kommt, dass manche ältere Verbraucher ihre Mobilgeräte regelmäßig ausschalten, wenn sie sie nicht nutzen, oder sie zu Hause lassen.⁵⁰⁶ Auch auf EU-Ebene wird e-Health Literacy als Problem angesehen. Das erscheint paradox, wenn man bedenkt, dass bereits eine große Zahl von Verbrauchern e-Health-Produkte nutzt. Im Rahmen einer Konsultation der Kommission gingen 35% der Teilnehmer davon aus, dass Verbraucher e-Health-Applikationen nicht genug trauen oder nicht von ihrer Existenz wissen; auch ein unzureichender rechtlicher Rahmen wurde von 29,4% der Teilnehmer bemängelt.⁵⁰⁷ Im Bereich Finanzen ist fraglich, ob verletzte Verbraucher in Zukunft die neuen Produkte nutzen können. Die Praxis der neuen Geschäftsmodelle ist unklar: Werden verletzte Verbraucher auf sie zugreifen, und wenn ja, welche Haftungsrisiken ergeben sich?

Im Bereich der Finanzen ist eine verminderte persönliche Beratungsleistung festzustellen. Alle drei angesprochenen Geschäftsmodelle (Robo-Advisor, Direktbanken, Portale) setzen auf den eigenständig agierenden Verbraucher, der selbst „sucht, kauft und verwaltet“. Auch im Bereich Gesundheit ist grundsätzlich eine verminderte Beratungsleistung bei allen Modellen festzustellen. Das gleiche gilt im Prinzip für die in Teil C angesprochenen Online-Portale. Die neuen Angebote sind attraktiv für einen „verantwortlichen Verbraucher“, der sich umfassend über den Markt und die Funktionsweise seines Produktes informiert. Der Anteil der vertrauenden Verbraucher könnte tendenziell steigen, weil nur ein kleiner Teil der zumeist Jüngeren den verantwortlichen Verbrauchern zuzurechnen ist.

Was heißt das für die Ausgestaltung der Haftung für fehlerhafte digitale Information oder digitaler quasi-Beratung? Wie viel Schutz braucht der vertrauende Verbraucher wirklich? Chancen und Risiken der Digitalisierung für den Verbraucher müssen vorsichtig ausgelotet werden, bevor über zusätzliche Regulierung entschieden werden kann. Das Internet hat lange Zeit Innovation und Erträge gebracht, ohne dass es viel Regulierung gab. Eine Überregulierung könnte die Innovationstauglichkeit des Online-Marktes hemmen. Die freie Informationskultur des Internet ist als eigene Form eines „empowerment“ zu sehen. Dem Internet könnte eine für den Verbraucherschutz äußerst nützliche selbst-regulative Funktion zukommen, die besondere individuelle Haftungsregime in ihrer Bedeutung reduziert. Die Digitalisierung könnte zu einer steigenden Zahl an verantwortlichen Verbrauchern führen,⁵⁰⁸ wenn der vertrauende analoge Verbraucher zum verantwortlichen digitalen Verbraucher wird. Die Vielzahl von Foren und Vergleichsportalen mit eingehenden Nutzerdiskussionen zeigt, dass Verbraucher sich online sehr wohl Gedanken über das Produkt ihrer Wahl machen. Anders als in der analogen Welt haben sie mehr denn je die Möglichkeit dazu. Wer einen Robo-Advisor nutzt, wird vielleicht nicht blauäugig auf eine einwandfreie Beratungsleistung vertrauen, sondern hat die Möglichkeit, durch vorherige Eigenrecherche von den Risiken Kenntnis zu nehmen. Genauso wenig wie ein Verbraucher ohne eingehende Überlegungen ein teures Auto kauft, wird er ohne nachzudenken eine Online-Direktbank mit der Ausführung von komplexen Aktiengeschäften betrauen.

Aber selbst wenn das Internet Innovation gebracht hat, so ist doch nicht ausgeschlossen, dass ein Wendepunkt erreicht ist oder wird. Ungefähr im Zeitraum der Edward Snowden-Affäre führte das US-amerikanische PEW Research Center eine Studie zur „Zukunft des

⁵⁰⁶ Grindrod/Li/Gates, „Evaluating User Perceptions of Mobile Medication Management Applications With Older Adults: A Usability Study“, 2(1) Journal of Medical Internet Research M-Health Uhealth (2014), e11.

⁵⁰⁷ Report on the Public Consultation on e-Health Action Plan 2012-2020, <http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=1898> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016), S.11.

⁵⁰⁸ Micklitz, „Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?“, in *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band 1, (Verlag C.H. Beck, 2012) S. A39.

Internets“ durch, bei der 1.400 verschiedene Tech-Experten befragt wurden.⁵⁰⁹ Die Ergebnisse sind im Lichte der damaligen Erregung möglicherweise zu relativieren. Dennoch sind die Ergebnisse bemerkenswert. Ein Großteil der Experten sorgte sich um die Zukunft des Internets. Durch die Überwachungsmechanismen von Regierung und Wirtschaft würde ein Vertrauensverlust entstehen. Wirtschaftliche Übermacht könnte die freien Strukturen des Internets negativ beeinflussen. Bemühungen, den im Internet bestehenden „Information overload“ zu bekämpfen, würden nur zu einer Informationsverzerrung durch die die Algorithmen stellenden Großfirmen führen. Letzteres erscheint alarmierend, würden doch gerade die verletzbaren Verbraucher von der Entwicklung abgekoppelt werden.

2 Information und Vermittlung statt Beratung

Beratung erfolgt online zumeist verkürzt oder in Form einer Auto-Beratung. Online-Beratung durch einen Algorithmus führt zu verschiedenen Rechtsproblemen, zum Beispiel der Frage nach dem Zustandekommen eines Beratungsvertrags und auch der Qualität der Beratung – einem Algorithmus stehen nur verschiedene Lösungsmuster als individuelle Empfehlungen zur Verfügung. Dadurch wird die Beratungsleistung grundsätzlich verkürzt. Auto-Beratung kann für den Verbraucher ein Vorteil sein, wenn er verantwortungsbewusst online agiert – ein verletzlicher Verbraucher wird mit Auto-Beratung Probleme haben. Online-Beratungsangebote sehen sich als innovativen Gegenentwurf zu analoger Beratung, die insbesondere im Zusammenhang mit der Finanzkrise vielfach kritisiert wurde. Unter diesem Gesichtspunkt könnte man den Wegfall von echter Beratung online auch als Erleichterung sehen. Statt schlechter Beratung findet gar keine Beratung mehr statt.

Was *Information* anbelangt, so bietet das Internet als größte Informationsquelle der Welt dem Verbraucher ein Mehr an Informationen – die der Auto-Beratung dienen können. Dennoch dominiert Online das altbekannte Problem der Informationsasymmetrie: in dreipoligen Portalstrukturen kennt der Verbraucher mitunter seinen eigenen Vertragspartner nicht und die statusbezogenen Unterschiede zwischen Unternehmer und Verbraucher verwischen. Die Anonymität des Internets führt zu neuen Haftungsfragen im Dreieck von Anbieter, Verbraucher und Plattformbetreiber. Auch basieren einige Online-Geschäftsmodelle auf dem Konzept der minimalen Information (z.B. Geschäfte über Direktbanken). Weiterhin ist nicht sichergestellt, wie für fehlerhafte Informationen online gehaftet werden soll – und auch, wie der richtige Informationsgeber identifiziert werden kann.

Was *Vermittlung* anbelangt, so dient diese in der Regel der Überwindung von Online-Informationsproblemen. Online-Vermittler sind für den Verbraucher Navigationshilfen im Internet. Genau wie analoge Vermittler (zum Beispiel Finanzberater oder Versicherungsvermittler) sind sie in Interessenkonflikte involviert, denen das geltende Recht bis jetzt keine Rechnung trägt. Online-Vermittler finanzieren sich als Portale in der Regel über die Anbieterseite, was sich zulasten des Verbrauchers auswirken kann. Hier lässt sich gleichfalls von einem Informationsproblem sprechen. Der Verbraucher ist in der Regel nicht über die Interessenstrukturen der Vermittler aufgeklärt. Vermittlung wird gleichzeitig zu einem Ersatz für fehlende Beratung. Wer nicht weiß, welches der Produkte im Internet zu wählen ist, der verlässt sich auf die Vermittlung zum richtigen Produkt und nicht auf eine individuelle Beratung.

Im Großen und Ganzen übernehmen Information und Vermittlung das Feld. Beratung deformiert zu einer Randerscheinung. Einerseits setzt sich alte Probleme fort: Es herrscht ein Informationsungleichgewicht zuungunsten des Verbrauchers, der im Internet zu navigieren hat. Andererseits gewinnt dieses alte Problem eine neue Tragweite. Es gibt vielfältige neue Möglichkeiten der Informationsverzerrung, insbesondere durch Vermittler. Hier muss über neue Ansätze nachgedacht werden. Die Zwangsaufklärung des Verbrauchers über Interessenkonflikte mittels Informationspflichten hat sich in der Vergangenheit nicht bewährt.

⁵⁰⁹ Pew Research Center, „Net Threats“, July 2014, < <http://www.pewinternet.org/2014/07/03/net-threats/> > (zuletzt abgerufen am 14. Okt. 2016).

3 Rechtsdurchsetzungsprobleme

Einige Geschäftsmodelle funktionieren online besonders gut, weil sie analoges Recht umgehen (können) – Robo-Advisor entgehen der Aufsicht der BaFin, Health Apps bieten nicht die visuellen Strukturen für die Einhaltung von Verbraucherschutzrecht, telemedizinische Projekte bewegen sich häufig in einer rechtlichen Grauzone. Generell ist die Rechtsdurchsetzung online schwierig. Das liegt zum einen an der „Ent-territorialisierung“ des Rechts im (globalisierten) Internet. Zum anderen ist bemerkenswert, dass nur wenige der aufgeworfenen Fragen durch Gerichte geklärt ist und dass die wenigsten der analysierten Geschäftsmodelle schon einmal in Kontakt mit staatlichen Durchsetzungsinstitutionen (Gerichten oder Behörden) gekommen sind. Hinzu tritt eine Vermischung von privatem und öffentlichem Recht in Kombination mit unionsrechtlichen Mehrebenenstrukturen.

Tendenziell erleichtern sich die Möglichkeiten mit Hilfe des Netzes individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung der Verbraucher effizienter zu organisieren, konkret in der Anmeldung von Ansprüchen, in den Möglichkeiten der Standardisierung und der Informationssammlung. Auf der Verbraucherseite setzt die Wahrnehmung der Rechte Zugang und digitale Kompetenz, auf der Seite der institutionellen Träger setzt die Bearbeitung digitale Kompetenz und digitale Infrastruktur voraus. Strukturell notwendig ist eine Verzahnung der bestehenden Rechtswelt mit der digitalen Lebenswelt. Die Entwicklung steht noch am Anfang. Beispiele aus anderen Bereichen zeigen die Dynamik der Entwicklung, zumal dann, wenn sie mit den neuen Geschäftsmodellen verknüpft werden.

Verwiesen sei auf die Durchsetzung der Fahrgastrechte mit Hilfe von kommerziell agierenden Intermediären, die gegen eine prozentuale Beteiligung die Rechte der Verbraucher wahrnehmen.⁵¹⁰ Hier engagieren sich gleich mehrere Anbieter.⁵¹¹ Sie kümmern sich in der Regel um eindeutige Fälle. Unbestreitbar verhelfen sie vielen Verbrauchern zu ihrem Recht, die sich sonst nicht selbst kümmern würden. Deshalb ist die Erfolgsquote, mit der heftig geworben wird, auch so hoch. Der Anbieter flightrights z.B. macht nur die Entschädigungsansprüche wegen Flugverspätungen nach der entsprechenden Fluggastrechte-Verordnung" (EG) Nr. 261/2004⁵¹² geltend. Mit den risikobehafteten Fällen werden Verbraucher allein gelassen. Sie müssen Verbraucherzentralen aufsuchen oder einen Rechtsanwalt beauftragen. Man kann sich solche Modelle auch bei massenhaft fehlerhafter Falschberatung oder massenhafter Falschinformation vorstellen. Allerdings würde es dazu klarer gesetzgeberische Vorgaben bedürfen, die die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs unmissverständlich definieren und die auch über die Bemessung der Schadenshöhe keinen Zweifel lassen. In der Fluggastrechte-Verordnung hat der EU Gesetzgeber Pauschalsummen definiert.

Die Digitalisierung des Streitschlichtungsmechanismus kann über private online-Plattformen geschehen, die sich nunmehr als Streitschlichtungsstelle nach dem VSBG registrieren lassen. Das könnte man sich bei eBay vorstellen. Eine Zeitlang sah es so aus, als ob die Streitschlichtung vollständig digitalisiert werden kann. Doch ist es um software-gesteuerte Konfliktlösungsmechanismen stiller geworden. Neue Perspektiven der Streitbeilegung bietet die im Zuge der ODR-Verordnung⁵¹³ geschaffene online Plattform der EU. Eingerichtet wird

⁵¹⁰ vgl. dazu Rott, „Claims Management Services: An Alternative to ADR?“, (2016) European Review of Private Law, 143-160.

⁵¹¹ zum Beispiel <<https://www.claimflights.de/impressum>> oder <http://www.flightright.de/?pk_campaign=aw-brand&date=250815a&g> (beide zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2015)

⁵¹² O.J. 2004, L 46, Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91.

⁵¹³ Verordnung (EU) Nr. 524/2013.

sie von der Kommission.⁵¹⁴ Die Plattform soll als erste Anlaufstelle dienen. Den Parteien werden verschiedene Streitschlichtungsstellen vorgeschlagen, oder die Beschwerde wird direkt an eine solche weitergeleitet, wenn die Parteien sie vorher bestimmt haben. Die Mitgliedstaaten benennen Kontaktstellen, die die Parteien über die gewählte Schlichtungsstelle informieren sollen. Das anschließende Verfahren soll komplett online über die ODR-Plattform abgewickelt werden. Rein theoretisch ergeben sich neue Formen eines europaweiten Streitschlichtungsinstruments, das weit über die in der Verordnung festgeschriebene Zielsetzung hinausreicht.

Da mittelfristig alle Streitigkeiten über die Online-Plattform laufen werden, lässt sich relativ einfach herausfiltern, wer diejenigen sind, die sich beschweren, wo sie herkommen, worüber sie sich beschweren, den Gegenstand, aber auch den Beschwerdegrund, fehlerhafte Information, fehlerhafte Aufklärung, fehlerhafte Beratung, sowie den Beschwerdegegner. So wird ein Datenpool geschaffen, aus dem sich sekundenschnell und punktgenau ermitteln lässt, z.B. welche Bank die meisten Beschwerden aus welchem Land von welchen Verbrauchern generiert. Nicht nur der Streitschlichtungsmechanismus, auch der Beschwerdemechanismus und das Beschwerdemanagement der zuständigen Institutionen kann digitalisiert werden. Bei der BaFin lassen sich schon heute elektronische Verbraucherbeschwerden einlegen.⁵¹⁵ In Brasilien wird vom zuständigen Justizministerium aus den Beschwerden eine elektronische Datenbank erstellt. Jedes Jahr veröffentlicht das Ministerium eine ‚Hitliste‘ mit den Unternehmen, die am schnellsten oder verbraucherfreundlichsten reagiert haben.⁵¹⁶ In Deutschland und in Europa sind bei derartigen Denkmodellen die Datenschutzregeln zu beachten, sowie die engen Grenzen, Ross und Reiter der „führenden“ Unternehmen zu nennen. Datenschutz tritt in Konflikt mit effizientem Verbraucherschutz.

Trotz digitaler Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung gibt es weitreichende Lücken, die institutioneller Reformen bedürfen. Zu erinnern ist daran, dass von der Telekom geschädigte Anleger in den USA bereits vor Jahren über die class action entschädigt wurden, während sich die deutschen Anleger durch die nicht enden wollenden Verfahrensrunden winden müssen. Kann es sein, dass der Verlust deutscher Anleger als Kollateralschaden qualifiziert wird, während amerikanische Anleger trotz der identischen Schadensursache einen Ausgleich erhalten? Zu diskutieren sind, wenn dies auch auf Widerstand stoßen wird, sowohl „class actions“ im amerikanischen Sinne, als auch effizientere behördliche Engagements. Die entstehende und politisch verlangte Reform des kollektiven Schadensersatzes kann ohne eine Einbeziehung der transnationalen Dimension des Marktes nicht gelingen.

⁵¹⁴ <<https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=DE>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

⁵¹⁵ <<https://www.bafin.buergerservice-bund.de/bank.aspx>> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016) für den Bereich Banken.

⁵¹⁶ <www.consumidor.gov.br> (zuletzt abgerufen am 20. Okt. 2016).

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen ist ein Beratungsgremium des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Er wurde im November 2014 vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, eingerichtet. Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen soll auf der Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Gestaltung der Verbraucherpolitik unterstützen.

Der Sachverständigenrat ist unabhängig und hat seinen Sitz in Berlin.

Vorsitzende des Sachverständigenrats ist Prof. Dr. Lucia Reisch.