

Zur Bedeutung der Plattform-AGB für Nutzer-Transaktionen auf virtuellen Marktplätzen

JProf. Dr. Lea Katharina Kumkar

Eine Vielzahl der Geschäftsbeziehungen wird heute über digitale Plattformen begründet und abgewickelt, die auf diese Weise erheblichen Einfluss auf das Marktgeschehen erlangt haben. Die Steuerungsmacht der Plattformen beschränkt sich dabei nicht auf das bilaterale Verhältnis zu ihren Nutzern. Mittels Marktordnungs- und Marktverhaltensregelungen beeinflussen die Plattformen auch die Bedingungen der vermittelten Nutzer-Transaktionen und schaffen auf den von ihnen eröffneten virtuellen Marktplätzen eigene Transaktionsinfrastrukturen, inklusive eines eigenen „Plattform-Rechts“. Mit dieser Gestaltungsmacht gehen erhebliche Risiken einher: Die Nutzer selbst sind an der Ausgestaltung dieser Regelungen nicht beteiligt – die Regelsetzung digitaler Marktplätze rückt damit in die Nähe privater Rechtsetzung. Dies nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass und geht Fragestellungen zu Wirkungsweise und Bedeutung sowie Gefährdungspotenzialen und Schutzinstrumenten im Hinblick auf das „Plattform-Recht“ nach.

A. Grundlagen

I. Virtuelle Marktplätze

Als „virtuelle Marktplätze“ wird eine Gruppe von Online-Plattformen bezeichnet, die durch die Zusammenführung einer großen Anzahl von Anbietern und Nachfragern sowie durch eine ganze oder teilweise Automatisierung der Transaktionsschritte die Aufnahme und Durchführung von Austauschverträgen im Internet erleichtert. Ihre Vermittlungstätigkeit ist auf den Güteraustausch bzw. das Zustandekommen von Markttransaktionen gerichtet, geläufig ist daher auch die Bezeichnung als „Transaktionsplattform“. Verbraucher profitieren von der großen Auswahl an Produkten und Händlern auf virtuellen Marktplätzen, gewerbliche Nutzer von einem erweiterten Marktzugang und neuem

geschäftlichen Potenzial.¹ Zielgruppe und Produktangebot der virtuellen Marktplätze sind variabel: Einige Marktplätze bieten ihre Vermittlungsleistungen allein für den unternehmerischen Verkehr an (b2b), andere vermitteln primär zwischen Verbrauchern und Unternehmern (b2c) oder ausschließlich zwischen Verbrauchern (c2c). Die vermittelten Produkte reichen vom klassischen Warenangebot des Einzelhandels (Amazon, eBay), über Hotelzimmer (Booking), Speisen (Lieferando) und Mobilitätsdienste (Uber) bis hin zu „Entdeckungen“ (Airbnb).

II. Systembeziehungen und Interaktionsmöglichkeiten

Transaktionen auf digitalen Marktplätzen spielen sich regelmäßig in einem komplexen Mehrpersonenverhältnis ab:² Der vermittelte Austauschvertrag wird zwar unmittelbar zwischen den Nutzern (Anbietern, Nachfragern) geschlossen, als Nachfrager der Vermittlungsdienste stehen die Nutzer allerdings regelmäßig auch in einer vertraglichen Beziehung zur Plattform. Es ist daher zu differenzieren zwischen einerseits den durch die Plattform vermittelten Rechtsbeziehungen der Nutzer untereinander, dem sog. „Marktverhältnis“³, und andererseits den Rechtsbeziehungen der Nutzer zur Plattform, dem sog. „Vermittlungsverhältnis“⁴. Dem Marktverhältnis liegt dabei in der Regel ein klassisches Austauschverhältnis in Gestalt eines Kauf-, Werk-, Dienstleis-

-
- 1 Vgl. ErwGr 1 der VO (EU) Nr. 2019/1150 vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO), ABl. L 186 v. 11.7.2019, 57 ff.
 - 2 Hierzu *Busch/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3 (4); *Busch/Danne-mann/Schulte-Nölke*, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt? Diskussionsentwurf für eine mögliche EU-Richtlinie, MMR 2016, 787 (788); *Hoeren*, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. EL 2020, E-Commerce-Verträge, Rn 136; *Wagner/Zenger*, Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme: Besteht ein „Loslösungsrecht“ vom Vertrag contra legem?, MMR 2013, 343 (347).
 - 3 Siehe *Glossner*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, Münch. Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 5.1 Rn 171.
 - 4 Die von *Glossner* präferierte Terminologie („Vertragsverhältnis“) ist irreführend, weil ja auch zwischen den Nutzern in vielen Fällen ein Vertragsverhältnis begründet wird, vgl. *Glossner* (Fn 3) Rn 172.

tungs- oder Mietvertrages zugrunde.⁵ Die anwendbaren Vorschriften richten sich nach der jeweiligen vertragsrechtlichen Einordnung; ergänzend können ggf. die Vorgaben des Fernabsatzrechts (§§ 312c ff. BGB)⁶, des elektronischen Geschäftsverkehrs (§§ 312i, j BGB) oder Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB)⁷ zur Anwendung kommen. Im Vermittlungsverhältnis zwischen Plattform und Nutzern kommt es in den meisten Fällen zum Abschluss eines Vertrages über die Nutzung der von der Plattform bereitgestellten technischen Infrastruktur (sog. Plattformnutzungsvertrag⁸). Hierbei handelt es sich um einen typen gemischten Vertrag, der sich aus Elementen des Dienst-, Miet- und Werkvertrages sowie der entgeltlichen Geschäftsbesorgung zusammensetzt.⁹ Die Plattform kann mit allen Nutzern gleichlautende Verträge über die Plattformnutzung schließen oder die Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse an die spezifische Rolle der Nutzer auf der Plattform (z.B. Anbieter, Nachfrager) anpassen.¹⁰ So hängt von der Nutzergruppenzugehörigkeit häufig auch ab, ob und in welcher Höhe die Plattform eine Gegenleistung (z.B. in Form von Provisionen) für die Plattformnutzung verlangt.

III. Transaktionsregeln

Typischerweise legt die Plattform in ihren Allgemeinen Geschäfts- oder Nutzungsbedingungen die grundlegenden Voraussetzungen für die Plattformnutzung fest. Insoweit kann zwischen zwei Arten von Regelungen unterschieden werden: Ein Teil der Vorgaben betrifft das

5 Vgl. Hoeren (Fn 2) Rn 141.

6 Hierzu Schmittmann, in Hoeren/Sieber/Holznagel, MM-Recht, Teil 9 Rn 15 f.

7 Dies gilt allerdings nur, wenn der Anbieter Unternehmer iSd § 14 BGB ist, vgl. § 474 Abs. 1 BGB. Kritisch Busch/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, The Rise of the Platform Economy (Fn 2) 4: „If the supplier is not a business but a consumer, then EU consumer contract law certainly does not apply to such a consumer-to-consumer contract. As a result, many contracts, although concluded in the highly professional environment of an online platform, totally escape the scope of application of existing consumer contract law.”

8 Glossner, in Leupold/Wiebe/Glossner, Münch. Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 5.1 Rn 172; Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (Fn 2) Rn 141.

9 Schöttle, in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. (2019) § 25 Rn 250, 252.

10 Zu den unterschiedlichen Perspektiven *Billing*, E-Commerce (Fn 8) Rn 4 ff.

Vermittlungsverhältnis, also die Beziehung zwischen Plattform und Nutzer. Hier wird etwa geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Nutzer Zugang zur Plattform erhalten (Registrierung, Nutzerkonto, Beiträge). Ein anderer Teil der Vorgaben betrifft die Beziehung zwischen den Nutzern, also das Marktverhältnis. Neben generellen Verhaltensstandards (z.B. Verbot von Hassrede und Diskriminierung) enthalten die AGB virtueller Marktplätze regelmäßig auch spezifische Vorgaben zu Inhalt, Zustandekommen und Durchführung der vermittelten Nutzer-Transaktionen.¹¹ Ziel dieser sog. „Transaktionsregeln“ ist ein möglichst einheitlicher Inhalt der über die Plattform geschlossenen Verträge, denn hierdurch werden Transaktions- und Durchsetzungskosten für die Teilnehmer verringert und das Vertrauen in die Funktionsweise der Plattform gestärkt.¹²

1. Beispiele

Anwendungsbeispiele für transaktionsbezogene Regelungen in den AGB und Nutzungsbedingungen digitaler Plattformen gibt es viele. Hinlänglich bekannt dürften die Vorgaben von Auktionsportalen wie z.B. eBay zu den Modalitäten des Vertragsschlusses sein.¹³ Viele Plattformen nehmen aber auch Einfluss auf den Inhalt oder die Durchführung der vermittelten Verträge: Die Nutzungsbedingungen von BlaBlaCar sehen etwa ein Verbot geschäftsmäßiger Nutzung vor: Die Kostenbeteiligung, die ein Fahrer von seinen Mitfahrern verlangt, ist auf die tatsächlich anfallenden Betriebskosten beschränkt.¹⁴ Die Nutzungsbedingungen von eBay verpflichten den Käufer zur Vorleistung und den Verkäufer zur sofortigen Übereignung.¹⁵ Hotelvermittler Booking.com

11 Vgl hierzu *Engert*, Digitale Plattformen, AcP 218 (2018) 305 (345).

12 *Siehe Glossner* (Fn. 3) Rn 172.

13 Vgl etwa eBay-AGB vom 22.6.2020, § 7 Nr. 2.

14 Vgl BlaBlaCar-AGB vom 5.8.2020, Ziff. 6. Detaillierte Vorgaben werden auch zu den Stornierungsmöglichkeiten gemacht: Fahrten mit Barzahlung sind vor Fahrtbeginn jederzeit stornierbar, während Fahrten mit Online-Zahlung von Mitfahrern nur innerhalb bestimmter Fristen bzw. unter bestimmten Voraussetzungen storniert werden können (z.B. bei Verspätung des Fahrers von mehr als 15 Min), vgl BlaBlaCar-AGB vom 5.8.2020, Ziff. 7.1.

15 Vgl eBay-AGB vom 22.6.2020, § 7 Nr. 9 und 10: „Der Käufer ist grundsätzlich zur Vorkasse verpflichtet. Sofern Käufer und Verkäufer nichts Abweichendes

sieht für Buchungen von in Deutschland befindlichen Unterkünften vor, dass bei nicht (mehr) kostenfrei stornierbaren Buchungen oder Nichterscheinen des Gastes dem Reiseanbieter eine angemessene Entschädigung in Form einer pauschalen Abgeltung in Höhe von 90 % des Buchungspreises zustehen soll.¹⁶ Hinzu treten in vielen Fällen noch besondere Vorgaben aus Käuferschutzprogrammen (z.B. PayPal Käufer-schutz).¹⁷ Manche Vorgaben werden noch nicht einmal explizit als solche formuliert, sondern finden sich lediglich in der technischen Architektur der Plattform wieder.¹⁸ So obliegt die Festlegung der Stornierungsbedingungen auf der Plattform Airbnb bei Aufenthalten von bis zu 28 Tagen zwar offiziell dem „Gastgeber“, dieser kann hierzu aber nur zwischen fünf formalisierten Stornierungsmodellen wählen, für die jeweils im Detail festgelegt ist, bis wann eine Stornierung erfolgen darf und mit welchen Rückerstattungsbeträgen die Gäste rechnen können.¹⁹

2. Wirkung als „Marktordnung“

In der Regel erklären die Nutzer mit Registrierung gegenüber der Plattform ihre Zustimmung zur Einhaltung der AGB bzw. Nutzungsbedingungen. Dies schließt logischerweise auch die von der Plattform geschaffenen und in den AGB enthaltenen Transaktionsregeln mit ein. Obwohl die Plattform an den vermittelten Nutzertransaktionen im

vereinbaren, ist der Kaufpreis sofort fällig und vom Käufer über die vom Verkäufer angebotenen Zahlungsmethoden zu begleichen. [...] Verkäufer müssen in der Lage sein, die angebotenen Waren dem Käufer unverzüglich nach Vertragsschluss zu übereignen.“

16 Vgl Booking-AGB (Stand: 19.7.2021), Ziff. 6.

17 Vgl hierzu auch *Fries*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860 (2861), die damit verbundenen Fragestellungen aus dem Blickwinkel des Zivilprozessrechts untersuchend.

18 Vgl *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1 (3 f).

19 Zur Verfügung stehen die Optionen „Flexibel“ (bis 24 h vor dem Check-in), „Moderat“ (bis 5 Tage vor dem Check-in), „Streng“ (bis 14 Tage vor dem Check-in) und „Sehr streng“ (30 bzw. 60 Tage vor dem Check-in), vgl https://www.airbnb.de/home/cancellation_policies (Abruf 27.8.2021). Zu den Stornierungsbedingungen auf Airbnb siehe auch eingehend *Omlor*, Haftung von Airbnb für unwirksame Stornierungsbedingungen, jM 2017, 134.

Marktverhältnis nicht beteiligt ist, kann sie über die Transaktionsregeln Einfluss auf die Konditionen der Austauschbeziehung nehmen. Der Plattformbetreiber übernimmt damit die Funktion eines Quasi-Gesetzgebers, der eine eigene Regelungsordnung, eine digitale Marktordnung, für „seinen“ virtuellen Marktplatz errichtet.²⁰

B. Die Ökonomie digitaler Plattformen und das Problem der Vertragsgerechtigkeit

Diese regelsetzende Funktion der Plattformen ist vor allem deshalb problematisch, weil auf Seiten der Plattform ökonomische Anreize zur Ungleichbehandlung der verschiedenen Nutzergruppen bestehen. Dies wirft die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit der von der Plattform vorgegebenen Regelungen auf.

I. Mehrseitige Märkte, Netzwerkeffekte und die Herausforderung der „kritischen Masse“

Die inhärente Gefahr einer Ungleichbehandlung der Nutzer durch den Plattformbetreiber hängt eng mit den ökonomischen Besonderheiten mehrseitiger (Plattform-)Märkte²¹ zusammen. Die Plattform zielt in erster Linie auf die Vernetzung ihrer Nutzer ab, sie ermöglicht wertschöpfende Interaktionen und schafft auf diese Weise die Grundlage für Wechselwirkungen zwischen den Marktseiten (Nutzergruppen)

20 Vgl bereits *Wiebe*, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, MMR 2000, 323 (325); dies aufgreifend *Sester*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, 98 (104).

21 Zur ökonomischen Theorie der „two sided markets“ siehe *Rochet/Tirole*, Platform Competition in Two-sided Markets, Journal of the European Economic Association 2003, 990; Two-Sided Markets: A Progress Report, RAND Journal of Economics 2006, 645; vgl ferner *Armstrong*, Competition in Two-Sided Markets, RAND Journal of Economics 2006, 668; *Armstrong/Wright*, Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, Econ Theory 2007, 353; *Caillaud/Jullien*, Chicken&egg: Competition among intermediation service providers, RAND Journal of Economics 2003, 309; *Evans/Schmalensee*, Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Pol’y Int’l 2007, 151.

in Gestalt der sog. „Netzwerkeffekte“²². Auf virtuellen Marktplätzen lassen sich dabei typischerweise starke *positive* Netzwerkeffekte beobachten, d.h. die Attraktivität der betreffenden Plattform steigt in der Tendenz mit zunehmender Nutzerzahl. In wettbewerblicher Hinsicht haben ausgeprägte positive Netzwerkeffekte eine marktkonzentrierende Wirkung;²³ Da Plattformen mit vielen Teilnehmern einen größeren Nutzengewinn versprechen, werden diese von den Nutzern bevorzugt, sodass die Marktstellung größerer Plattformen „automatisch“ abgesichert und verstärkt wird. Diese Tendenz wird noch zusätzlich verstärkt durch die für den Technologiesektor typischen Skaleneffekte (Größenvorteile) und Vertrauensvorschüsse (sog. Goodwill-Prämien).²⁴ Nur wenn eine Plattform die Schwelle der sog. „kritischen Masse“ überschreitet, d.h. eine Größe erreicht, mit der sie von sich aus neue Nutzer anzieht, ist sie in der Lage, ihren Bestand am Markt langfristig zu sichern. Aus diesem Grund werden Plattformmärkte auch als sog. „Winner-takes-it-all“-Märkte bezeichnet: Monopolistische oder oligopolistische Marktstrukturen können gemeinsam mit hohen Marktzutrittschürden dazu führen, dass der Wettbewerb nicht mehr *im Markt*, sondern *um den Markt* geführt wird.²⁵

II. Ungleichbehandlung der Nutzergruppen

Um die kritische Masse zu erreichen und eine ausgeglichene Verteilung zwischen und innerhalb der Nutzergruppen zu gewährleisten, stehen dem Plattformbetreiber verschiedene Steuerungsmechanismen zur Verfügung, darunter insbesondere die Preis- und Nutzungsgestaltung gegenüber den verschiedenen Nutzergruppen.²⁶ Aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen wird die Plattform eine Preis- und Nutzungsgestal-

22 Der Begriff „Netz(werk)effekt“ beschreibt das Phänomen, dass aus Sicht des Nachfragers der Nutzen eines bestimmten Guts von dem Nutzungsverhalten der anderen Konsumenten abhängt, vgl. *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015, 26.

23 *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht – Implikationen der *Platform Revolution* für das EU-Vertriebskartellrecht (2017) 35 ff.

24 Vgl. *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht (Fn 23) 62 ff.

25 *Körber*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93 (94 f).

26 *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht (Fn 23) 59 ff.

tung wählen, die den Zugang und die Nutzungsintensität innerhalb einer Nutzergruppe und im Verhältnis zu den anderen Nutzergruppen der Plattform optimal steuert und die Plattform damit beim Erreichen der kritischen Masse unterstützt. Typischerweise werden nicht einheitliche Konditionen für alle Nutzer vorgesehen, sondern eine Nutzergruppe wird „subventioniert“. Bevorteilt wird dabei in der Regel die Nutzergruppe, von der besonders starke Netzwerkeffekte ausgehen und die besonders sensibel auf Preisveränderungen reagiert,²⁷ oder – wie von *Evans* treffend formuliert: „[t]he side that is ‚needed more‘ or that is ‚harder to get‘ [...]“.²⁸ Dieser Nutzergruppe bietet die Plattform besonders niedrige Preise bzw. günstige Konditionen, um möglichst viele Nutzer dieser Gruppe an die Plattform zu binden. Über die Wirkung der Netzwerkeffekte wird die Plattform dann „automatisch“ auch für die anderen Nutzergruppen attraktiv.²⁹ Für die weitere Untersuchung folgt daraus: Aus Sicht der Plattform kann eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Nutzergruppen – und damit ggf. auch eine Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Nutzergruppen – rational sein, um die erforderliche „kritische Masse“ an Nutzern zu erreichen und auf der Plattform zu halten sowie Stabilitätsprobleme zu lösen und ein Gleichgewicht zwischen den Nutzergruppen zu erreichen. Diese Tendenz zur Ungleichbehandlung setzt sich auch bei den Bedingungen der über die Plattform geschlossenen Transaktionen fort, die aus Perspektive der Nutzer einen entscheidenden Einfluss auf die Attraktivität der Plattform haben (können). Auch insoweit kann der Plattformbetreiber geneigt sein, die Transaktionsregeln so zu gestalten, dass die Plattform für die Nutzergruppe attraktiv wird, auf die die Plattform am dringendsten angewiesen ist. Dies kann die Plattform etwa erreichen, indem sie die Verkäuferseite zu besonders käuferfreundlichen Rückabwicklungsmechanismen verpflichtet oder die Regelungen der Gefahrtragung zulasten der Verkäufer modifiziert, um Plattform-Transaktionen für die Käuferseite attraktiver zu gestalten.

27 Vgl. *Armstrong*, Competition in Two-Sided Markets (Fn 21) 668 ff.

28 *Evans*, Antitrust Issues Raised by Global Internet Economy, in *Evans* (Hg), Platform Economics (2011) 269.

29 Von vergleichbaren Erwägungen waren auch die – mittlerweile als kartellrechtlich unzulässig eingestuft – „Bestpreisklauseln“ der Hotelbuchungsportale getragen, vgl. hierzu *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht (Fn 23) 167 mwN.

Zusätzliche Anreize zur Benachteiligung einzelner Nutzergruppen können sich aus dem Umstand ergeben, dass einige Plattformen parallel zum Betrieb eines Marktplatzes auch noch als Eigenhändler tätig sind.³⁰ So tritt etwa der Plattformbetreiber Amazon in einigen Produktsparten in unmittelbare Konkurrenz zu den Händlern seines „Marketplace“. Dies kann den Plattformen eine zusätzliche Motivation verschaffen, die Nutzungsbedingungen so auszugestalten, dass Drittanbieter bei Verkäufen über die Plattform gezielt benachteiligt werden.

III. Das Problem der Vertragsgerechtigkeit

Da auf Seiten der Plattform Anreize zur Ungleichbehandlung der verschiedenen Nutzergruppen bestehen, wird die Frage nach der materiellen Richtigkeit der von der Plattform vorgegebenen Transaktionsregeln aufgeworfen.

1. Mechanismus der „vertraglichen Richtigkeitsgewähr“

Typischerweise wird aus dem Mechanismus des Vertragsschlusses selbst auf die inhaltliche Richtigkeit des Vereinbarten geschlossen. Denn der Vertrag beruht auf einem Kompromiss der beteiligten Parteien: der Einzelne kann seinen Willen nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit dem anderen Teil verwirklichen.³¹ Der Grundsatz der Privatautonomie wird von dem Gedanken getragen, dass die Parteien auf diese Weise bei einem rechtsgeschäftlich begründeten Vertragsverhältnis im freien Spiel der Kräfte selbst einen angemessenen Interessensausgleich im Sinne einer *iustitia commutativa*, der ausgleichenden Gerechtigkeit, herstellen.³² Die Vertragsfreiheit beim Abschluss des Ver-

30 Vgl. auch *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 9.

31 *Looschelders/Olzen*, in *Staudinger-BGB*, Neubearbeitung 2019, § 242 BGB Rn 458.

32 Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff. Vgl. ferner *Looschelders/Olzen*, *Staudinger-BGB* (Fn 31) Rn 45; *Schubert*, in *MünchKomm-BGB*, 8. Aufl. 2019, § 242 BGB Rn 526 f; *Wendland*, in *Staudinger-Eckpfeiler*, 7. Aufl. 2020, E. Rn 1 ff; kritisch *Mäsch*, in *Staudinger, BGB*, Neubearbeitung 2019, Vorb. §§ 305 ff Rn 2, 6.

trages soll also die Gerechtigkeit seines Inhalts gewährleisten,³³ was in Anlehnung an *Schmidt-Rimpler*³⁴ auch als Mechanismus „vertraglicher Richtigkeitsgewähr“ bezeichnet wird. Einer Äquivalenzkontrolle vertraglicher Vereinbarungen begegnet das Recht mit Blick auf die grundsätzliche Selbstverantwortung der Parteien daher eher mit Zurückhaltung; nicht zuletzt bestehen auch (begründete) Zweifel, ob sich stets ein höheres Maß an Gerechtigkeit im Rahmen einer richterlichen ex post Kontrolle gewährleisten lässt.³⁵

2. Möglichkeiten externer Kontrolle

Eine externe Überprüfung privatautonom getroffener Vereinbarungen findet allerdings statt, wenn die Voraussetzungen für ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Vertragsmechanismus nicht vorliegen, etwa weil sich keine gleichberechtigten Partner mit vergleichbarer Verhandlungsmacht gegenüberstehen. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, kehrt sich die Vertragsfreiheit für den anderen Teil in eine Fremdbestimmung um.³⁶ Die Vermutung der vertraglichen Richtigkeitsgewähr greift in diesen Fällen nicht (mehr).³⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass in Fällen gestörter Vertragsparität, bei denen mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten ist, der Staat sogar ausgleichend einzugreifen hat, um dem Schutzgebot der Grundrechte nachzukommen.³⁸ Mit dieser Argumentation hat das BVerfG insbesondere die Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen zu-

33 *Wendland*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fallbearbeitung, JURA 2018, 866 (866).

34 *Schmidt-Rimpler*, Erneuerung des Vertragsrechts (Fn 32) 130 ff. Zu Recht in die Kritik geraten ist *Schmidt-Rimplers*-Ansatz allerdings, weil er nur unzureichende Antworten für den praktisch weit verbreiteten Umgang mit ungleich verteilten Machtverhältnissen zwischen den Vertragspartnern bietet und daher jedenfalls als monokausaler Erklärungsansatz ungeeignet ist, vgl. dazu *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, 190 f.

35 *Schubert*, MünchKomm-BGB (Fn 32) Rn 527 mwN.

36 BVerfG NJW 1994, 36 (38).

37 *Wendland*, Das Recht der AGB (Fn 33) 867.

38 Vgl. *Schubert* (Fn 32) Rn 530.

gunsten naher Familienangehöriger³⁹ und von Eheverträgen, die nicht auf gleichberechtigter Partnerschaft beruhen,⁴⁰ begründet. Auch der in § 307 BGB angeordneten Inhaltskontrolle bei Vertragsschlüssen unter Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegt eine ähnliche Argumentation zugrunde: Die Vorformulierung durch den Verwender, ein auf Seiten der Kunden unverhältnismäßiger Aufwand für die Kenntnisaufnahme, der Anschein der Seriosität als psychologische Wirkung sowie die faktische Unverhandelbarkeit führen hier zu einer situativen Unterlegenheit des anderen Teils.⁴¹

3. Unzureichende Legitimation der Transaktionsregeln

Blickt man nun auf die Marktordnungs- und Marktverhaltensregelungen der Plattformen, so fällt auf, dass diese einen erheblichen Einfluss auf die Bedingungen der Nutzer-Transaktionen haben, die Nutzer selbst an der Ausgestaltung dieser Regelungen aber gar nicht beteiligt sind. Aus Sicht der Nutzer rücken die von der Plattform vorgegebenen Regelungen damit in die Nähe heteronomen Rechts: Die Nutzer legen das „Plattform-Recht“ ihren Verträgen mit anderen Nutzern zugrunde, ohne dessen Geltung aber individuell verhandelt zu haben. Unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Richtigkeitsgewähr lassen sich die von der Plattform geschaffenen und von den Nutzern zum Einsatz gebrachten Transaktionsregelungen der Plattform also gerade nicht legitimieren. Vielmehr agiert der Plattformbetreiber insoweit als „privater Gesetzgeber“.⁴²

Dieser Befund wäre indes weniger problematisch, wenn sich die Geltung des „Plattform-Rechts“ zumindest durch eine freie Wahlentscheidung der Nutzer zugunsten eines bestimmten Transaktionsregimes legitimieren ließe. In diesem Sinne interpretiert *Hellgardt*⁴³ den Abschluss

39 BVerfG NJW 1994, 2749; NJW 1996, 2021.

40 BVerfG NJW 2001, 957; NJW 2001, 2248.

41 *Wendland*, Das Recht der AGB (Fn 33) 867.

42 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 3.

43 *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags – Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit der §§ 116 ff., 145 ff. BGB innerhalb von Geschäftsbeziehungen und auf privaten Marktplätzen, AcP 213 (2013), 760 (808 ff.). Vgl. zu ähnlichen Ansätzen auch *Lutzi*, Private International Law Online, 2020, Rn 5 139 ff.

des Plattform-Benutzungsvertrag als (materielle) Rechtswahl zugunsten einer bestimmten, plattformseitig aufgestellten Marktordnung. Ungeachtet der bestehenden konstruktiven Schwächen dieses Ansatzes⁴⁴ geht diese Lösung jedoch am eigentlichen Kernproblem vorbei: Nur wenn sich in der Nutzungsentscheidung zugunsten einer bestimmten Plattform tatsächlich die (freiwillige) Wahl der Nutzer zugunsten einer bestimmten Marktordnung widerspiegelt, kann – in Parallele zu *Schmidt-Rimplers* Konzeption – von einer *vertragsähnlichen*, weil auf freier Selbstbestimmung beruhenden Richtigkeitsgewähr ausgegangen werden.⁴⁵ Eine freie Wahlentscheidung setzt allerdings die Existenz echter Alternativen voraus, gerade insoweit besteht im Plattformwettbewerb mit Blick auf die charakteristischen positiven Netzwerkeffekte jedoch eine strukturelle Schwäche:⁴⁶ Denn mit den Netzwerkeffekten geht eine starke Tendenz zur Marktkonzentration einher, es bilden sich monopolistische oder oligopolistische Marktstrukturen mit hohen Marktzutrittschürden, der Wettbewerb wird nur noch *um* den Markt geführt.⁴⁷ Zusätzlich verfestigt wird die vorherrschende Marktposition einer Plattform dabei noch durch einen weitreichenden Zugriff auf wettbewerbsrelevante Daten, die bei Geschäftstätigkeiten auf Folgemärkten gewinnbringend eingesetzt werden können.⁴⁸ Auf diese Weise entstehen regelrechte „digitale Ökosysteme“ mit langfristig stabilen Marktpositionen. Die Nutzung der marktführenden Plattform stellt sich dann als weitgehend alternativlos dar.⁴⁹ In den allermeisten Fällen steht hinter der Nutzungsentscheidung zugunsten einer bestimmten

44 Wenig überzeugend erscheint dabei insbesondere die Annahme einer Vereinbarung zwischen allen Marktteilnehmern, für deren Konstruktion jeweils die Vertretung durch den Marktbetreiber fingiert werden muss, vgl *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation (Fn 43) 808 f.

45 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18), 7 f.

46 Vgl zum Ganzen auch *Paal/Kumkar*, Die digitale Zukunft Europas, ZfDR 2021, 97.

47 Siehe bereits vorstehend B.I.

48 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 2. Diese einerseits als Vermittler, andererseits als Eigenanbieter tätigen Plattformen werden als sog. „Hybridplattformen“ bezeichnet, vgl *Hoffer/Lehr*, Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand – Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook, NZKart 2019, 10 (11) mwN.

49 *Spiecker gen. Döhmman*, Digitale Mobilität: Plattform Governance: IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen, GRUR 2019, 341 (342).

Plattform also gerade keine freie Wahl, die die Geltung einer bestimmten Marktordnung legitimieren könnte.

C. Wirkungsweise und Bedeutung von Plattform-AGB

Welche Schlussfolgerungen aus dem Befund der mangelnden (vertraglichen) Legitimation der plattformeigenen Transaktionsregelungen zu ziehen sind, hängt nicht zuletzt davon ab, in welcher Gestalt die Plattform-AGB Einfluss auf die Vertragsbeziehungen nehmen. Auch insoweit ist wieder zwischen Vermittlungs- und Marktverhältnis zu differenzieren: Im Verhältnis zwischen Plattform und Nutzer handelt es sich bei den vom Plattformbetreiber vorformulierten und einseitig gestellten Nutzungsbedingungen regelmäßig um AGB i. S. des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen werden. Das gilt aber nicht ohne weiteres für das Marktverhältnis: Nach herrschender Ansicht werden die Plattform-AGB im Verhältnis zwischen den Nutzern nicht unmittelbar Vertragsbestandteil, weil keine der Parteien die AGB gestellt hat, also „Verwender“ im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist.⁵⁰ Der bloße Umstand, dass die Plattform im Vermittlungsverhältnis die Beachtung der Plattform-AGB verlangt, soll also gerade nicht genügen, um ihre Verbindlichkeit auch im Marktverhältnis zwischen den Teilnehmern zu begründen. Vielmehr bleibt es insoweit beim Grundsatz der *inter partes* Wirkung vertraglicher Vereinbarungen; Rechtswirkungen entstehen nur für die an der Vereinbarung unmittelbar beteiligten Parteien (vgl. § 311 Abs. 1 BGB).

Allerdings hat die Rechtsprechung einen alternativen Weg entwickelt, um die Erheblichkeit der Plattform-AGB im Marktverhältnis zu begründen. In seiner Entscheidung zur Plattform „ricardo.de“ entschied der BGH, dass die Plattform-AGB zwar nicht unmittelbar Vertragsinhalt werden, aber bei Auslegung der Nutzererklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB Berücksichtigung finden können: Soweit die abgegebenen Erklärungen nicht aus sich heraus verständlich seien, könnten „Verständnislücken [...] unter Rückgriff auf die durch die Anerken-

50 BGH NJW 2002, 363 (365), vgl. auch Basedow, in MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn 22; Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 Rn 29.

nung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden.“⁵¹ Diese sog. „Auslegungslösung“ wird von der Erwägung getragen, dass Käufer und Verkäufer von den einheitlichen „Spielregeln“ der Plattform für Transaktionen profitieren (Schaffung von Vertrauen, Senkung von Transaktionskosten) und sich daher bewusst für den von der Plattform eröffneten Transaktionsrahmen entscheiden.⁵² Die Plattform-AGB werden also nicht unmittelbar Bestandteil des zwischen den Nutzern geschlossenen Vertrages, können aber als Auslegungshilfe für die abgegebenen Nutzererklärungen herangezogen werden. Dem vom BGH aufgezeigten Lösungsweg hat sich das Schrifttum in der Folgezeit mehrheitlich angeschlossen, sodass sich die „Auslegungslösung“ als heute herrschende Meinung zur Wirkungsweise der Plattform-AGB etablieren konnte.⁵³

D. Gewandelte Einschätzung zum Schutzbedarf gegen das „Plattform-Recht“

Die fehlende rechtliche Bindungswirkung im Marktverhältnis mag ein Grund dafür gewesen sein, warum in der Vergangenheit im Allgemeinen kein großer Bedarf an materiellen Schutzstandards gegen die Plattform-AGB gesehen wurde. Potenzielle Diskriminierungsszenarien spielten in den Diskussionen in der Vergangenheit allenfalls eine untergeordnete Rolle; gezielte Benachteiligungen einzelner Nutzer hielt man für wenig wahrscheinlich: Argumentiert wurde zum einen, der Plattformbetreiber habe gar kein Interesse an einer Ungleichbehandlung der Nutzer(gruppen): Denn sein Ziel sei die Bereitstellung eines neutralen „level-playing-fields“, um Vertragsabschlüsse auf der Plattform

51 BGH NJW 2002, 363 (364); vgl auch BGH NJW 2005, 53 (54); NJW 2011, 2421 (2423); NJW 2016, 395 (396); NJW 2017, 1660 (1661).

52 Siehe *Glossner*, Anwaltshandbuch IT-Recht (Fn 3) Rn 175.

53 Siehe *Glossner*, Anwaltshandbuch IT-Recht (Fn 3) Rn 174; *Hennemann*, Interaktion und Partizipation: Dimensionen systemischer Bindung im Privatrecht, 2020, 132; *Hoeren*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (Fn 2) Rn 136; *Munz*, in BeckOK IT-Recht, 2. Ed. 2020, § 305 BGB Rn 49; *Specht-Riemenschneider*, in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn 51, jew. mwN.

zu befördern; eine einseitige Bevorzugung einer Partei sei damit überhaupt nicht kompatibel.⁵⁴ Zum anderen erschien eine gezielte Benachteiligung auch deshalb abwegig, weil auf den Anfang der 2000er-Jahre hauptsächlich verbreiteten Internet-Auktionsplattformen die Nutzer noch wechselnd in der Rolle als Anbieter und Nachfrager tätig waren. Eine gezielte Diskriminierung einzelner Nutzer wäre damit gar nicht möglich gewesen, denn benachteiligende Regelungen hätten (fast) alle Nutzer gleichermaßen getroffen.⁵⁵

Soweit denn die Frage des Schutzes der Nutzer vor Benachteiligungen überhaupt aufkam, wurde sie mit der Möglichkeit einer „mittelbaren“ AGB-Kontrolle im Rahmen der Auslegungslösung abgetan.⁵⁶ Demnach sollten bei Auslegung der Nutzererklärungen nur solche Klauseln Berücksichtigung finden, die im Plattform-Nutzer-Verhältnis (Vermittlungsverhältnis) der AGB-Kontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB standhalten. Begründet wurde dies mit dem Argument, ein Wille des Nutzers, zu den vom Betreiber vorgegebenen Bedingungen zu kontrahieren, könne nur insoweit angenommen werden, als es sich im Verhältnis zwischen Plattform und Nutzer um wirksame Bedingungen im Sinne des AGB-Rechts handle. Bei unwirksamen Bedin-

54 *Hennemann*, Interaktion und Partizipation (Fn 53) 133; ähnlich auch bereits *Grapentin*, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, GRUR 2001, 713 (714); *Heiderhoff*, Die Wirkung der AGB des Internetauktionators auf die Kaufverträge zwischen den Nutzern, ZIP 2006, 793 (797).

55 Vgl. *Heiderhoff*, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797: „Beide gehen nämlich ein ähnliches Risiko ein, von den Klauseln des Auktionshauses benachteiligt zu werden.“

56 *Deusch*, Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, MMR 2004, 586 (588); *Engert*, Digitale Plattformen (Fn 11) 349; *Hartung/Hartmann*, „Wer bietet mehr?“ – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, MMR 2001, 278 (281); *Ernst*, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. vom 14.12.2000 – 2 U 58/00, CR 2001, 122; *Hennemann*, Interaktion und Partizipation (Fn 53) 133; *Pfeiffer*, AGB-Recht (Fn 50) Rn 29; *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn 39; kritisch *Rüfner*, Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz, MMR 2000, 597 (598). Der BGH hat sich zu der Frage der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB nicht abschließend geäußert, sondern in der Entscheidung „ricardo.de“ eine AGB-Kontrolle nur unter Hinweis auf den grundsätzlich individuellen Charakter des Vertragsschlusses verneint, vgl. BGH NJW 2002, 363 (364 f); vgl. hierzu auch *Heiderhoff*, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797.

gungen sei hingegen nicht davon auszugehen, dass der Nutzer diese in den Vertrag mit übernehmen wollte.⁵⁷

Diese Einschätzung ist heute – etwa 20 Jahre nach der „ricardo.de“-Entscheidung – kaum mehr haltbar: Geänderte Rahmenbedingungen des Plattformvertriebs, ein zunehmend begrenzter Anwendungsbereich einer mittelbaren AGB-Kontrolle im Rahmen der „Auslegungslösung“ und eine hohe Standardisierung der Plattform-Transaktionen legen vielmehr ein gesteigertes Bedürfnis nach materiellen Schutzstandards im Plattform-Recht nahe.

I. Neue Rahmenbedingungen des Plattform-Vertriebs

Die Rechtsprechung zur „Auslegungslösung“ stammt aus den beginnenden 2000er-Jahren, der Blütezeit von eBay und anderen Internet-Auktionsplattformen. Hier haftete den Plattformen überwiegend noch ein Charakter als private „Tauschbörse“ an:⁵⁸ Gehandelt wurde vorwiegend mit Gebrauchtem sowie Schätzen aus Keller und Dachboden. Nutzer waren wechselnd als Verkäufer *und* Käufer aktiv. Seitdem hat sich die Plattformwirtschaft jedoch stark verändert. Der Plattformvertrieb hat sich insgesamt stark professionalisiert, auf vielen Plattformen dominieren heute die gewerblich tätigen Anbieter. Ein Rollenwechsel ist längst nicht mehr auf allen Plattformen möglich; die Anmeldung erfolgt in der Regel entweder als Anbieter (Verkäufer, Gastgeber, Partner-Fahrer) *oder* als Abnehmer (Kunde). Eine gezielte Diskriminierung lässt sich damit heute nicht nur praktisch deutlich einfacher umsetzen als früher, sie ist – mit Blick auf die Funktionsweise mehrseitiger Plattformmärkte – auch wesentlich wahrscheinlicher. Denn die neueren ökonomischen Erkenntnisse legen nahe, dass es – rein wirtschaftlich betrachtet – sinnvoll sein kann, einzelne Nutzergruppen durch besonders vorteilhafte Preise oder Konditionen zulasten der anderen Nutzer zu subventionieren, um auf diese Weise die Funktionsweise der Plattform zu optimieren.⁵⁹

57 Hartung/Hartmann, „Wer bietet mehr?“ (Fn 56) 281; Heiderhoff, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797.

58 Auch heute existieren noch Plattformen mit einem solchen „Tausch“ bzw. „Sharing“-Charakter, wie z.B. eBay Kleinanzeigen oder BlaBlaCar.

59 Hierzu vorstehend B.II.

II. Grenzen der Auslegungslösung

Verbindliche Nutzergruppenzuweisungen und spezifische Anmeldeprozesse ermöglichen es der Plattform, ihre AGB speziell auf die jeweilige Nutzergruppe anzupassen. Diese nutzergruppenspezifischen AGB sind häufig nicht frei zugänglich, sondern können erst nach einer entsprechenden Voranmeldung eingesehen werden.⁶⁰ Gerade die auf Abnehmerseite befindlichen (Privat-)Kunden kennen heute in vielen Fällen die Vertragsbedingungen gar nicht mehr, die ihren Transaktionspartnern von der Plattform gestellt wurden. Bei nutzergruppenspezifischen AGB gerät allerdings die Auslegungslösung an ihre Grenzen – und mit ihr die Möglichkeit einer indirekten AGB-Kontrolle: Denn die Heranziehung als Auslegungshilfe gründet auf den wechselseitigen Erwartungen und einem gemeinsamen Verständnis der Transaktionspartner von den AGB, knüpft also an eine beiderseitige Kenntnis von den Vertragsbestimmungen durch die Vertragsbeteiligten an. Diese Kenntnis kann bei unterschiedlichen AGB aber gerade nicht vorausgesetzt werden.⁶¹ Aus diesem Grund ist nach herrschender Meinung die „Auslegungslösung“ nur dort anwendbar, wo die Plattform einheitliche AGB gegenüber allen Teilnehmern verwendet.⁶²

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Existenz der Plattform-AGB in den übrigen Fällen bedeutungslos wäre. Zwar erlangen die Plattform-AGB *rechtliche* Verbindlichkeit nur im Vermittlungsverhältnis zwischen Plattform und Nutzern. *Faktisch* reicht ihre Bedeutung doch darüber hinaus. Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass sich die Nutzer gegenüber der Plattform verpflichten, die AGB bei Transaktionen im Marktverhältnis zu berücksichtigen. Denn weichen die Nutzer im Marktverhältnis von den Vorgaben der Plattform ab, kann dies unter Umständen eine Pflichtverletzung gegenüber der Plattform begründen, die in gravierenden Fällen sogar mit einem Ausschluss des betreffenden Nutzers sanktioniert werden könnte. Von der theoretischen Möglichkeit abweichender Vereinbarungen im Marktverhältnis werden viele

60 So z.B. bei der Anmeldung als „Partner-Fahrer“ auf Uber, vgl. <https://help.uber.com/de-DE/driving-and-delivering/article/den-nutzungsbedingungen-zustimmen?nodeId=44cf1f0e-27ca-4919-9621-f1321a0381c1> (Abruf 27.08.2021).

61 LG Berlin MMR 2007, 734 (735).

62 LG Berlin MMR 2007, 734 (735); ähnlich auch AG Hildesheim BeckRS 2010, 14113; *Munz*, BeckOK IT-Recht (Fn 53) Rn 50; *Spindler/Schuster* (Fn 56) Rn 40.

Nutzer vor diesem Hintergrund nur zurückhaltend Gebrauch machen. Dies gilt gerade für die gewerblich tätigen Anbieter, die häufig auf den Plattformvertrieb angewiesen sind. Noch gravierender fällt der Befund aus, wo entsprechende Vorgaben von der Plattform gar nicht explizit formuliert, sondern bereits in das entsprechende Plattform-Design integriert sind.⁶³ Ganz nach Lessigs Satz „Code is Law“⁶⁴ erweist sich die Plattformarchitektur hier als faktisch verbindliches Äquivalent zur formulierten Regelsetzung der Plattform.⁶⁵

III. Hohe Standardisierung der Transaktionen

Hinzu kommt, dass die die Plattform-Transaktionen im Regelfall⁶⁶ hoch standardisiert und anonymisiert sind; einer etwaigen Möglichkeit, die Vertragsbedingungen individuell auszuhandeln, kommt rein hypothetische Bedeutung zu.⁶⁷ Dies gilt mit Blick auf die technischen Modalitäten des Vertragsschlusses auf Online-Plattformen insbesondere für die Abnehmerseite, deren Handlungsoptionen sich in der Regel auf die schlichte Annahme bzw. Nicht-Annahme des Vertragsangebots beschränken.⁶⁸ Das Schutzbedürfnis wird daher auch nicht durch den Umstand beseitigt, dass es den Nutzern mangels rechtlicher Bindungswirkung der Plattform-AGB im Marktverhältnis freisteht, durch Parteivereinbarung von den Transaktionsregelungen der Plattform abzuweichen.⁶⁹

63 Siehe vorstehend A.III.1.

64 Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999.

65 Vgl auch Schweitzer, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 4.

66 Eine Ausnahme stellen etwa die Transaktionen über eBay Kleinanzeigen dar.

67 Vgl insoweit Grapentin, Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz, NJW 2019, 181 (182 f).

68 So i.E. auch Heiderhoff, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 796; vgl ferner Koch, Geltungsbereich von Internet-Auktionsbedingungen, CR 2005, 502 (504).

69 Zu den Abweichungsmöglichkeiten vgl Heiderhoff, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 795 f.

E. Schutzinstrumente

Damit rückt die inhaltliche Kontrolle des „Plattform-Rechts“ in den Vordergrund. Auf Durchführungsebene stellen sich vor diesem Hintergrund zwei Fragen: Zum einen nach dem geeigneten Anknüpfungspunkt für eine solche Kontrolle, zum anderen nach den geeigneten Kontrollinstrumenten.

I. Anknüpfungspunkt

Während es auf den ersten Blick verlockend erscheint, eine Inhaltskontrolle unmittelbar im Marktverhältnis durchzuführen, da sich die Transaktionsregeln der Plattform in diesem Verhältnis tatsächlich auswirken, gehen mit dieser Lösung bei näherer Betrachtung entscheidende Schwächen einher. Da die Plattform-AGB – mit Ausnahme der wenigen Fälle, in denen sich ein Nutzer die AGB „zu eigen macht“ – im Verhältnis zwischen den Nutzern von keiner Partei im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB „gestellt“ wurden, unterliegen sie an sich keiner Inhaltskontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB. Zu Recht, denn eine Anwendung der AGB-rechtlichen Vorschriften ließe sich kaum rechtfertigen: Nur die Plattform hat mit dem „Stellen“ der AGB im Vermittlungsverhältnis einseitige Gestaltungsmacht für sich in Anspruch genommen, während die Nutzer an dem Entwurf der AGB überhaupt nicht beteiligt waren. Auch ein die AGB-Kontrolle rechtfertigendes strukturelles Informations- und Motivationsgefälle kann nicht pauschal angenommen werden, da beide Parteien in der ähnlichen Lage sind, sich mit den vorformulierten Bedingungen der Plattform zunächst vertraut machen zu müssen.⁷⁰ Eine Inhaltskontrolle im Marktverhältnis durchzuführen, obwohl die Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB nicht erfüllt sind, würde die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Nutzer in unzulässiger Weise verkürzen.

Ein ähnlicher Vorwurf lässt sich auch gegenüber der „mittelbaren“ AGB-Kontrolle im Rahmen der Auslegungslösung formulieren. Mit Blick darauf, dass keine Partei die AGB „gestellt“ hat, ist es kaum angemessen, dass die in den Plattform-AGB zufällig begünstigte Ver-

⁷⁰ Vgl. *Heiderhoff*, Wirkung der AGB des Internetauktionators (Fn 54) 797.

tragspartei die Risiken der Unwirksamkeit zu tragen hat. Geeigneter Anknüpfungspunkt ist vielmehr das Vermittlungsverhältnis. Hier spielt sich im Übrigen auch das zur Kontrollbedürftigkeit führende Verhalten ab, indem die Plattform ihre Nutzer zu Nutzungsbedingungen verpflichtet, die einen Teil der Nutzer ohne sachliche Rechtfertigung einseitig benachteiligen.

II. Kontrollinstrumente

Bei der hier befürworteten Inhaltskontrolle der Transaktionsregeln der Plattform im Vermittlungsverhältnis stellt sich sodann die Frage nach geeigneten Kontrollinstrumenten. Da die Plattform mit den vorformulierten Vertragsbedingungen unstreitig einseitige Gestaltungsmacht für sich in Anspruch nimmt, scheinen die §§ 305 ff. BGB auf den ersten Blick die ideale Grundlage für eine Inhaltskontrolle der Vertragsbedingungen zu bieten. Konflikte zeichnen sich allerdings im Hinblick auf die multipolare Struktur der Plattform ab, die mit dem Zuschnitt der AGB-Kontrolle auf bipolare Austauschverhältnisse zu kollidieren droht: Hier stellt sich die Frage, welche Interessen bei der Abwägung im Rahmen der inhaltlichen Überprüfung der Transaktionsregelungen der Plattform überhaupt berücksichtigt werden können. Mit Blick auf die elementaren Interessensgegensätze zwischen den Nutzergruppen im Hinblick auf die Gestaltung der Transaktionsregelungen kommt dieser Frage entscheidende Bedeutung zu. Maßstab für die Inhaltskontrolle ist nach dem Wortlaut des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB allein die unangemessene Benachteiligung des jeweiligen Vertragspartners. Einer möglichen Benachteiligung von nicht unmittelbar am Vertrag beteiligten Dritten soll hingegen – außerhalb der speziellen Bestimmung des § 309 Nr. 11 BGB – nach Rechtsprechung und herrschender Meinung grundsätzlich keine Bedeutung zukommen.⁷¹ Die §§ 305 ff. BGB scheinen deshalb nicht ohne Weiteres zur Überprüfung von Klauseln geeignet, die – wie die Transaktionsregelungen eines virtuellen Marktplatzes – darauf abzielen, einen Interessensausgleich zwischen einer Gesamtheit von Vertragspartnern mit divergierenden Einzelinteressen herzustellen.

71 Fuchs, in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn 133.

Eine mögliche Alternative zu den §§ 305 ff. BGB hat *Schweitzer*⁷² aufgezeigt, die in Parallele zu den Wettkampffregeln im Sport eine Kontrolle der Plattform-AGB anhand von § 242 BGB vorschlägt. Sportvereine dürfen als Ausfluss ihrer Satzungsautonomie (§ 25 BGB, Art. 9 Abs. 1 GG) anerkanntermaßen Regeln für sportliche Wettkämpfe erlassen, die durch individuelle Unterwerfungserklärung auch Wirkung gegenüber Nichtmitgliedern entfalten können.⁷³ Diese Wettkampffregeln unterliegen, obwohl sie bei formaler Betrachtung den Nicht-Mitgliedern vom Verein einseitig „gestellt“ werden, nicht den strengen Vorgaben der §§ 305 ff. BGB, sondern nur einer abgeschwächten Billigkeitskontrolle nach Maßgabe des § 242 BGB.⁷⁴ Begründet wird dies mit dem gemeinsamen Interesse von Sportlern an der Festlegung von Spielregeln zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs.⁷⁵ Entsprechendes gelte – so die Argumentation *Schweitzers* – im Ausgangspunkt auch für die Regelsetzung digitaler Plattformen, die in erster Linie dem gemeinsamen Interesse von Plattform und Nutzern an der präferenzgerechten Zusammenführung verschiedener Nutzergruppen und – damit verbunden – der Realisierung möglichst hoher Kooperationsgewinne diene. Bei funktionierendem (Regel-)Wettbewerb zwischen den Plattformen und fehlenden Hinweisen auf Interessenskonflikte schlägt *Schweitzer* daher eine zurückgenommene Kontrolle auf „grobe Unbilligkeit“ vor, um dem innovativen Charakter der „Institutionenbildung“ durch digitale Plattformen Rechnung zu tragen.⁷⁶

F. Zusammenfassung und Ausblick

An der Problemlage rund um das „Plattform-Recht“ zeigt sich der dynamische Charakter unseres Rechtssystems: Wandelnde Lebensumstände und revidierte Beurteilungsmaßstäbe können zu einer Neubewertung rechtlicher Fragestellungen führen. Rund 20 Jahre nach der wegweisenden BGH-Entscheidung in der Sache „ricardo.de“ ist es an

72 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 7 ff.

73 BGH NJW 2011, 139 (141); NJW 1995, 583; OLG München BeckRS 9998, 2625.

74 Vgl BGH NJW 1995, 583 Rn 17.

75 BGH NJW 1995, 583,

76 *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber (Fn 18) 8.

der Zeit, sich erneut mit Wirkungsweise und Bedeutung der Plattform-AGB zu befassen. Die geänderten Rahmenbedingungen des Plattformvertriebs führen zu bisher unbekannten Gefährdungspotenzialen, die nicht zuletzt die Frage nach einem adäquaten Schutz der Nutzer vor Benachteiligungen aufwerfen. Die Plattformen nehmen über ihre AGB zunehmend Einfluss auf die Bedingungen der vermittelten Nutzer-Transaktionen, sie agieren als „private Gesetzgeber“ auf den von ihnen eröffneten Marktplätzen. Die Forschung zu dieser regelsetzenden Tätigkeit digitaler Plattformen steht noch am Beginn. Neben der Herausarbeitung von Kontrollinstrumenten und inhaltlichen Bewertungsmaßstäben gilt es dabei auch zu klären, wie sich etwaige materiell-rechtliche Vorgaben praktisch wirksam durchsetzen lassen. Denn gerade die gewerblichen Nutzer, die vielfach auf den Vertrieb über digitale Plattformen angewiesen sind, werden sich häufig scheuen, sich gegenüber der Plattform gegen unwirksame AGB zur Wehr zu setzen.