

Discussion Paper No. 16-042

**Digitale Plattformen:
Bausteine für einen
künftigen Ordnungsrahmen**

Heike Schweitzer, Thomas Fetzer
und Martin Peitz

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Centre for European
Economic Research

Discussion Paper No. 16-042

**Digitale Plattformen:
Bausteine für einen
künftigen Ordnungsrahmen**

Heike Schweitzer, Thomas Fetzer
und Martin Peitz

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16042.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von
neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung
der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other
economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely
responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

DIGITALE PLATTFORMEN: BAUSTEINE FÜR EINEN KÜNFTIGEN ORD- NUNGSRAHMEN¹

HEIKE SCHWEITZER, FREIE UNIVERSITÄT BERLIN

THOMAS FETZER, UNIVERSITÄT MANNHEIM UND MACCI

MARTIN PEITZ, UNIVERSITÄT MANNHEIM UND MACCI

29. Mai 2016

Zusammenfassung: Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung von digitalen Plattformen in Wirtschaft und Gesellschaft entwickeln die Autoren einen integrierten Ansatz eines Ordnungsrahmens, wobei sie insbesondere Bausteine einer Informations- und Wettbewerbsordnung bewerten und daraus Handlungsempfehlungen ableiten. Innerhalb einer Informationsordnung werden Suchmaschinen sowie digitale Plattformen, die telekommunikations- oder medienrechtlich relevant sind, spezifisch untersucht. Bei einigen konkreten Punkten besteht aus Sicht der Autoren dringender Handlungsbedarf, allerdings warnen sie vor drastischen und überhasteten Eingriffen allgemeiner Art, weil diese Innovation und Wettbewerb tendenziell behindern.

Stichworte: Digitale Plattformen, Netzwerkeffekte, Datenschutz, Verbraucherschutz, Wettbewerbsordnung, Suchmaschinen, OTT

¹ Eine Vorfassung dieser Arbeit wurde im Rahmen des BMWi-Projekts „Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft“ verfasst. Die hier dargelegten Ansichten sind die Ansichten der Autoren.

INHALT

A. Einführung.....	2
B. Plattformen: Entwicklungen, Funktionen und Geschäftsmodelle – eine Bestandsaufnahme	4
C. Leitplanken für wirtschaftliche Betätigung im Internet: „Digitale Privatautonomie“ als Treiber von Innovation und Wettbewerb	7
D. Elemente einer Informations- und Datenordnung für digitale Plattformen.....	9
E. Elemente einer Wettbewerbsordnung für digitale Plattformen	37

A. EINFÜHRUNG

In ganz verschiedenen Ausformungen haben Plattformen innerhalb der digitalen Wirtschaft eine besondere Bedeutung erlangt: Als Informationsintermediäre erleichtern sie den Nutzern das Auffinden, den Vergleich und die Bewertung von Information; soziale Netzwerke eröffnen neue Möglichkeiten der Kommunikation; andere Plattformen bieten konkrete Inhalte wie Musik, Filme oder Nachrichten an; wieder andere Plattformen eröffnen neue Möglichkeiten zur Anbahnung und Abwicklung von Transaktionen – zwischen Verbrauchern untereinander (beispielsweise auf virtuellen Flohmärkten oder in der „sharing economy“), oder zwischen Verbrauchern und Unternehmen („e-Commerce“-Plattformen). In vielfältiger Hinsicht bieten Plattformen damit neue Chancen für Interaktion und Partizipation. Sie können Marktzutrittsschranken senken, zur Öffnung von Gesellschaft und Wirtschaft und zur Vertiefung des europäischen Binnenmarktes beitragen. Denn Plattformen stehen meist allen zur Nutzung offen, unabhängig von der Person und vom Ort, an dem sich das Unternehmen oder der Einzelne befindet.

Angesichts der Bedeutung digitaler Plattformen für den europäischen Binnenmarkt hat die EU-Kommission im Herbst 2015 einen Konsultationsprozess zu Plattformen eingeleitet.² Auf der Grundlage eines Grünbuchs will das BMWi die Diskussion auf nationaler Ebene fortsetzen. In einem breiten Dialog soll geklärt werden, ob und ggfs. in welchen Aspekten Regelungsbedarf für digitale Plattformen besteht.

² Siehe EU Commission, Background for the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, 24.9. 2015; EU Commission, Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy, 25.5.2016 und EU-Kommission, Mitteilung: Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin. Siehe ferner EU Kommission, Mitteilung zur Digitalen Binnenmarktstrategie, COM(2015) 192 fin.

Ziel ist die wirksame Gewährleistung von Privatautonomie auch im digitalen Kontext und die Gewährleistung gleichmäßiger Wettbewerbsbedingungen „offline“ wie „online“. Anzustreben sind klare Regeln, die Nutzer effektiv vor Irreführung schützen und Datensouveränität sicherstellen. Im Zentrum stehen insoweit die Weiterentwicklung des Lauterkeits- und des Datenschutzrechts. Gleichzeitig können sich Wachstums- und Innovationspotenziale nur auf der Grundlage unternehmerischer Freiheit entfalten. Dies muss bei der Weiterentwicklung des Rechts maßgeblich berücksichtigt werden. Treiber der Entwicklung bleibt der Wettbewerb. In dessen Schutz sind das nationale wie auch das europäische Wettbewerbsrecht im digitalen Umfeld vor neue Herausforderungen gestellt.

Plattformen sind gegenwärtig ferner ein Thema im Rahmen des TK-Review sowie der Revision der Audiovisuellen Mediendiensterichtlinie (AVMD).³ Das Auftreten von Over-The-Top-Players (OTT), die nicht der sektorspezifischen Regulierung unterliegen, aber möglicherweise im Wettbewerb mit Telekommunikationsdiensten im engeren Sinne bzw. audiovisuellen Mediendiensten im Sinne der derzeitigen AVMD stehen, wirft regulierungsrechtliche Fragen auf.

Das vorliegende Arbeitspapier ist ein erster Versuch, Bausteine für einen Ordnungsrahmen für digitale Plattformen zu entwickeln und zu systematisieren. Ausgangspunkt ist eine Bestandsaufnahme. Welche Rolle spielen Plattformen in der digitalen Wirtschaft und wie vollzieht sich die Entwicklung der Geschäftsmodelle? (B.). Im Anschluss werden einige „Leitplanken“ für einen Ordnungsrahmen für digitale Plattformen formuliert. Sie sollen gewährleisten, dass der Zusammenhang zwischen den Regelungsbereichen Verbraucherrechte, Datenschutz und Wettbewerb bei der Diskussion konkreter Themenkreise nicht aus dem Blick gerät (C.). Der folgende Teil D befasst sich mit wesentlichen Bausteinen einer Informations- und Datenordnung für Plattformen. Zu den Bausteinen zählen neben Informations- und Transparenzpflichten für Informationsintermediäre auch Regeln zur Haftung von Informationsintermediären für Drittinformation. Der letztgenannte Fragenkreis bleibt in diesem Arbeitspapier jedoch ausgeklammert. Ferner sind die Regeln zur Gewährleistung der Kontrolle über eigene Information und damit die Anforderungen an eine gute „Datenordnung“ zu untersuchen. Die Ausgestaltung des Datenschutzes im Sinne einer wirksamen Datensouveränität steht hier im Mittelpunkt. Auch die Besonderheiten von Suchmaschinen als Informationsintermediären und Medienplattformen werden angesprochen. Zu fragen ist, ob sich spezifische Formen informationeller Macht herausgebildet haben, die durch bestehende Regelungen nicht hinreichend erfasst werden.

Teil E widmet sich sodann der Stellung digitaler Plattformen in der Wettbewerbsordnung. Wettbewerbsrechtliche Fragen werden ebenso angesprochen wie Fragen der telekommunikationsrechtlichen Regulierung.

Nicht Teil dieses Papiers sind urheberrechtliche Fragestellungen. Auch spezifische Fragen zu Plattformen im Bereich der partizipativen Wirtschaft und zu B2B-Plattformen bleiben einer späteren Untersuchung vorbehalten.

³ Dazu zuletzt EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (AVMD-Richtlinie), 25.5.2016, COM(2016)287 fin.

B. PLATTFORMEN: ENTWICKLUNGEN, FUNKTIONEN UND GESCHÄFTSMODELLE – EINE BESTANDSAUFNAHME

Ein Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft muss von den ökonomischen und gesellschaftlichen Besonderheiten und Auswirkungen internetbasierter Dienste ausgehen.⁴ Die Welt digitaler Plattformen ist durch eine große Vielfalt und Dynamik geprägt. Neben Suchmaschinen, sozialen Netzwerken und Verkaufs- und Auktionsplattformen stehen Medien-, Film- und Musikplattformen, Kommunikationsdienste, Vergleichs- und Bewertungsportale, Vermittlungs- und Buchungsplattformen, Online-Spiele und viele mehr.

Diese und andere Plattformen haben die gesellschaftliche Realität und die Wettbewerbslandschaft drastisch verändert.

Gemeinsames Merkmal aller Plattformen ist, dass sie eine Interaktion zwischen Marktteilnehmern ermöglichen oder vereinfachen. Dies ist zugleich die Grundlage ihres Erfolges. Der Erfolg einiger der heutzutage wertvollsten öffentlich gehandelten Unternehmen beruht dabei auf sog. positiven direkten Netzwerkeffekten:⁵ Durch eine neuartige oder besonders günstige und/oder nutzerfreundliche Dienstleistung zieht eine Plattform Nachfrager an. Die Nachfrage führt auf verschiedenen Wegen zu einer Verbesserung der Dienstleistung. Dies zieht weitere Nachfrager an. Auf dieser Nachfragerückkopplung beruht der Erfolg von digitalen Plattformen wie Google, Facebook und Amazon: Eine große Zahl von Nutzern erlaubt es Google, Suchergebnisse nach ihrer Wichtigkeit zu sortieren; dank einer großen Zahl von Facebook-Nutzern können sich diese mit vielen Freunden austauschen; und eine große Zahl von Nutzern erlaubt es Amazon, Kunden Bewertungen und Empfehlungen für eine Vielzahl von Produkten anzubieten, und damit einen bedeutsamen Zusatznutzen zur klassischen Händlertätigkeit. Die positiven direkten Netzwerkeffekte können so ausgeprägt sein, dass sie zu einer Marktkonzentration führen: Im Wettbewerb setzt dann ein Sog zur größten Plattform ein.

Neben den positiven direkten Netzwerkeffekten stehen die positiven indirekten Netzwerkeffekte, wie sie für die sogenannten mehrseitigen Plattformen kennzeichnend sind. Indirekte Netzwerkeffekte entstehen, wenn zwei oder mehr Nutzergruppen auf einer Plattform interagieren und eine Rückkopplung zwischen verschiedenen Marktseiten zustande kommt.⁶ Dies ist dann der Fall, wenn aus Sicht potenzieller Nutzer auf einer Marktseite der Partizipations- oder Nutzungsgrad der anderen Nutzerseite die Attraktivität einer Plattform mitbestimmt. Ein illustratives Beispiel für mehrseitige Plattformen mit positiven indirekten Netzwerkeffekten sind Arbeitsmarktportale, auf denen eine Plattform dann für ei-

⁴ Für eine Darstellung siehe zuletzt: EU Commission, Online Platforms – Staff Working Document, 25.5.2016, SWD(2016)172.

⁵ Das Standardbeispiel für direkte Netzwerkeffekte sind Telekommunikationnetzwerke; siehe beispielsweise Belleflamme/Peitz, *Industrial Organization: Markets and Strategies*, 2. Aufl. 2015, Kapitel 20. Eine grundlegende Arbeit zu Märkten mit direkten Netzwerkeffekten ist die Arbeit von Katz/Shapiro, *American Economic Review* 1985. Das Beispiel von Telekommunikationsnetzwerken ist direkt anwendbar auf digitale Kommunikationsplattformen wie Skype und WhatsApp.

⁶ Die grundlegenden ökonomischen Arbeiten zu zweiseitigen Plattformen sind Rochet/Tirole, *Journal of the European Economic Association* 2003, 990 ff. und Armstrong, *Rand Journal of Economics* 2006, 668 ff. Für eine deutschsprachige Einführung, siehe Peitz, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2006; für eine Lehrbuchanalyse siehe Belleflamme/Peitz, 2015, Kapitel 22.

nen Nutzer besonders attraktiv ist, wenn eine Vielzahl von Nutzern auf der anderen Marktseite vorhanden ist.

In anderen Fällen dient die Mehrseitigkeit einer Plattform der Erschließung von Erlösquellen durch den Plattformbetreiber. Ein Beispiel ist die Öffnung einer Plattform für Werbung. Für die Marktdurchdringung auf Konsumentenseite, die für den Erfolg von Plattformen entscheidend ist, bleiben dann jedoch zu allererst die direkten positiven Netzwerkeffekte maßgeblich. Eine Verengung des Plattformbegriffs auf mehrseitige Plattformen⁷ ist daher nicht zielführend.

Will man Plattformen aus ökonomischer Sicht kategorisieren, so kann danach idealtypisch zwischen solchen Plattformen unterschieden werden, bei denen positive direkte Netzwerkeffekte die Marktstellung begründen (beispielsweise Facebook, Google-Suchmaschine) und solchen, bei denen dies positive indirekte Netzwerkeffekte sind (beispielsweise Preisvergleichsportale oder Arbeitsmarktportale).

Ein Grund für die besondere Bedeutung von Plattformen in der Internetwelt sind die neuen Möglichkeiten zur systematischen Erfassung von Daten. Zahlreiche Plattformen sammeln, aggregieren und ordnen verstreut vorhandene Information und stellen sie den Nutzern zur Verfügung. Sie dienen den Nutzern als Informationsintermediäre. Die Informationsaufarbeitung und -weitergabe des Intermediärs kann die Grundlage sowohl direkter als auch indirekter Netzwerkeffekte sein. Beispielsweise wird ein Verkaufsportale für Nutzer dadurch attraktiv, dass ihnen möglichst ihren Interessen und Geschmäckern entsprechende Angebote präsentiert werden. Das kann beispielsweise durch geeignete Empfehlungsmechanismen erreicht werden, die das Verhalten anderer Käufer einbeziehen. Dies begründet positive direkte Netzwerkeffekte. Die Verknüpfung von Daten eines Nutzers mit den Profilen von Nutzern auf der anderen Marktseite begründen positive indirekte Netzwerkeffekte, wie im Beispiel von Arbeitsmarktplattformen.

Sehr oft sammeln Plattformen die durch das Nutzerverhalten generierten Daten und berücksichtigen sie bei der Bereitstellung von Dienstleistungen, die dadurch immer besser auf die Nutzerinteressen zugeschnitten sind. Eine denkbare, jedoch im Einzelfall zu verifizierende Gefahr ist deshalb, dass der lukrative Markt nur noch für Unternehmen geöffnet ist, die selbst über einen vergleichbaren Reichtum an Daten verfügen. Die Daten werden von den Plattformbetreibern häufig auch auf andere Weise verwertet und vermarktet. So werden sie verbreitet für zielgruppengenaue Werbung („targeted advertising“) genutzt. Für Verbraucher sind Wert und „Kosten“ der Bereitstellung von Daten häufig schwer einzuschätzen. So ist zum Beispiel die Verwendung von Daten für zielgruppengenaue Werbung in manchen Fällen für Verbraucher mit Vorteilen, insbesondere nützlicher Information, in anderen mit Nachteilen, nämlich einer Belästigung, verbunden. Es hängt auch von den konkreten Marktgegebenheiten ab, ob ein zielsichereres „Targeting“ bestehende positive Netzwerkeffekte verstärkt oder abschwächt. Um in einem konkreten Fall die Wohlfahrtswirkungen der Verwendung von personenbezogenen Daten einzuschätzen, bedarf es einer eingehenden ökonomischen Analyse.

⁷ So z.B. die in der EU-Konsultation zur wirtschaftlichen Rolle von Online-Plattformen vorgeschlagene Definition: „‘Online platform’ refers to an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups“.

Digitale Plattformmärkte weisen häufig eine starke Dynamik auf. Es werden innovative Dienstleistungen geschaffen, die teilweise Angebote aus der offline-Welt ersetzen, teilweise aber auch vollkommen neue Interaktionen ermöglichen. So kann es Unternehmen gelingen, innerhalb kurzer Zeit, ihre Nutzerzahl in die Höhe zu schrauben. Erfolgreiche Plattformen haben sich häufig zunächst auf den Aufbau eines Pools von Nutzern konzentriert und erst anschließend ein kommerzielles Geschäftsmodell entwickelt und im Laufe der weiteren Tätigkeit immer wieder verändert und angepasst.⁸

Die Dynamik einer Plattform wird geprägt von ihrer Fähigkeit, bisherige und neue Nutzer davon zu überzeugen, Dienstleistungen anzunehmen und diese Nutzer auch für neue Dienste zu begeistern. Technisch gesehen ist – auch bei marktstarken Unternehmen – der Wettbewerber häufig nur einen „Klick“ entfernt. So sind auch Unternehmen mit einer großen Marktdurchdringung jederzeit gefährdet, von einem Wettbewerber abgelöst zu werden. Die Schwierigkeit eines Wettbewerbers besteht allerdings darin, eine hinreichend große Zahl von Nutzern von seinem Angebot zu überzeugen und genügend Investoren für die Expansionsphase zu finden.

Der Reichtum an Daten, über welchen marktstarke Plattformbetreiber regelmäßig verfügen, kann es ihnen ermöglichen, attraktive neue Angebote auch in anderen Märkten zu schaffen, die mit ihrer „Kerntätigkeit“ unverbunden sind. Allerdings sind die in jüngerer Vergangenheit erfolgreichen Plattformen neu und unabhängig entstanden (beispielsweise WhatsApp, Airbnb und Uber). Die Dynamik auf Plattformmärkten ist somit bislang nicht von einigen wenigen etablierten Unternehmen ausgegangen. Allerdings sind erfolgreiche junge Unternehmen in einigen Fällen schnell von marktstarken Unternehmen aufgekauft worden.

Abhängig vom Betätigungsfeld und der Marktdurchdringung eines Plattformbetreibers kommt eine zumindest partielle vertikale Integration mit einer Marktseite in Betracht. Hierbei kann der Grad der Integration über die Zeit hinweg abnehmen.⁹ Die Einführung und zunehmende Bedeutung von Amazon Marketplace ist ein solches Beispiel vertikaler Desintegration. Ein vertikal integriertes Angebot als Markteintrittsstrategie kann das Koordinationsproblem zwischen zwei Marktseiten vermeiden. Im Fall von Amazon geschah dies dadurch, dass Konsumenten eine von Amazon angebotene Auswahl von Produkten garantiert wurde, so dass Amazon nicht auf willige Verkäufer warten musste. Nachdem Amazon sich als führende Verkaufsplattform etabliert hatte, konnte es sich für unabhängige Verkäufer öffnen. Ein Beispiel für die umgekehrte Entwicklung ist Netflix, das zunehmend (und insbesondere mit steigender Finanzkraft) eigene Inhalte produziert.

⁸ Lambrecht et al., Marketing Letters 2014, diskutieren die Vor- und Nachteile verschiedener kommerzieller Geschäftsmodelle. Konsumenten erhalten digitale Inhalte und zahlen mit Geld, Zeit, der Bereitstellung persönlicher Information oder einer Kombination dieser drei Zahlungsmöglichkeiten. Eine Plattform muss sich entsprechend entscheiden, wie sie ihren Kundenstamm „monetarisiert“. In einer konkreten empirischen Untersuchung zeigen Lambrecht/Misra, Management Science im Erscheinen, dass das Spannungsverhältnis zwischen der Generierung von Werbeeinnahmen und Einnahmen durch den Verkauf von digitalen Inhalten an Konsumenten periodisch variiert.

⁹ Bereits Stigler, Journal of Political Economy 1951, argumentierte, dass Desintegration ein typisches Phänomen in wachsenden Industrien sei. Evans/Hagiu/Schmalensee, 2006, geben einige Beispiele für vertikale Desintegration von Softwareplattformen.

Eine Plattform kann aufgrund technologischer Entwicklungen in einem Bereich auch eine Expansion in andere Märkte (durch firmeninternes Wachstum oder Zukäufe) erwägen. Amazon ist auch hierfür ein Beispiel, da es sich von einem digitalen Buchhändler zu einem digitalen Kaufhaus entwickelt hat. Hierbei konnten Investitionen in Algorithmen und Logistik breiter genutzt werden. Solche Expansionen sind horizontaler Natur.

Bei großen Plattformen beobachten wir auch Expansionen in – jedenfalls auf den ersten Blick – von den ursprünglichen weit entfernte Tätigkeitsbereiche. Beispiele hierfür sind Cloud Computing von Amazon (eine Dienstleistung, die Amazon als „normaler“ Dienstleister und nicht als Plattform anbietet) oder der Einstieg von Alphabet in den Markt für selbstfahrende Autos. Solche konglomeraten Expansionen können insbesondere durch die gemeinsame Ressourcennutzung (z.B. Infrastruktur oder Daten) motiviert sein.

Der Wettbewerb zwischen Plattformen ist häufig global, und eine starke Position in einem geographischen Markt schafft häufig die Basis, auch in anderen Regionen erfolgreich zu operieren. Zu den Voraussetzungen für den Erfolg europäischer Unternehmen in diesem globalen Wettbewerb zählen eine leistungsfähige Infrastruktur und ein geeigneter, innovationsfreundlicher Rechtsrahmen, der Planungssicherheit gewährleistet.¹⁰

C. LEITPLANKEN FÜR WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG IM INTERNET: „DIGITALE PRIVATAUTONOMIE“ ALS TREIBER VON INNOVATION UND WETTBEWERB

Digitale Plattformen sind ein Brennpunkt neuer Entwicklungen, die Gesellschaft, Wirtschaft und Politik erfassen. Im Zentrum dieser Entwicklungen stehen die Nutzer: Digitale Plattformen erweitern nicht nur das Güter- und Dienstleistungsangebot. Nutzer erhalten über digitale Plattformen auch neue Möglichkeiten der Interaktion und Partizipation, neue Möglichkeiten, Meinungen kundzutun und auszutauschen, und – im Rahmen der sogenannten „partizipativen Wirtschaft“ – neue Möglichkeiten, selbst Leistungen und Güter anzubieten. Im Wechselspiel mit anbieterseitiger Innovation ist es dieser Mehrwert digitaler Plattformen für die Nutzer, der die Entwicklung treibt.

Die mit der „digitalen Wirtschaft“ verbundenen Möglichkeiten werden sich nur entfalten können, wenn die unternehmerische Freiheit zur Innovation gewährleistet ist. Gleichzeitig müssen die Bedürfnisse und Interessen der Nutzer auch in Zukunft Treiber der Entwicklung bleiben. Hierfür sind die Nutzer auf zuverlässige Information, vertrauenswürdige Intermediäre und auf den Schutz ihrer Wahlfreiheit angewiesen. Sie müssen außerdem über Möglichkeiten verfügen, ihre vielfältigen – und unter Umständen für verschiedene Lebenssphären unterschiedlichen – Präferenzen betreffend den Umgang mit personenbezogenen Daten wirksam zur Geltung zu bringen. Eine starke Ausgestaltung der Rechte der Nutzer schützt die Freiheitlichkeit der gesellschaftlichen Interaktion im digitalen Umfeld und schafft die Grundlage für wirtschaftlichen Wettbewerb und durch Nutzerinteressen getriebene Innovation. Lauterkeits-, Verbraucher- und Datenschutzrecht bilden eine rechtliche Grundlage für digitale Privatautonomie und wirksamen Wettbewerb im analogen wie im

¹⁰ Siehe in diesem Zusammenhang BMWi, Digitale Strategie 2025, März 2016.

digitalen Bereich. Die anteilig neuen technischen und ökonomischen Gegebenheiten rechtfertigen eine Prüfung, ob das grundlegende Konzept der Privatautonomie im digitalen Kontext einer besonderen Ausformung im Sinne einer „digitalen Privatautonomie“ bedarf. Dies wäre der Fall, wenn privatautonomes Handeln im digitalen Kontext – etwa mit Blick auf Information und Datenkontrolle – auf besonderen Voraussetzungen beruht. Zu untersuchen ist insbesondere, ob im digitalen Kontext eine Neu- oder Nachjustierung der Informations- und der Datenordnung erforderlich ist. Nutzer sind im Netz in besonderem Maße auf Informationsintermediäre angewiesen, die ihrerseits häufig als zweiseitige Plattformen agieren. Die Vielfalt von Geschäftsmodellen und möglichen Interessenkonflikten ist für Nutzer häufig schwer zu durchschauen. Verfügen Nutzer über hinreichende Möglichkeiten des Selbstschutzes, oder bedarf es neuer Informations- und Transparenzpflichten? Im Umgang mit Daten wiederum ist ein Auseinanderfallen von abstrakt geäußerten Datenschutpräferenzen der Nutzer und einer vermeintlich sorglosen Einwilligungspraxis zu beobachten (sog. „privacy paradox“). Hier sind die Ursachen der Divergenz zu hinterfragen. Insofern diese – ähnlich wie bei allgemeinen Geschäftsbedingungen – auf hohen Transaktionskosten beruhen, ist nach Auswegen zu suchen, die einen souveränen Umgang mit eigenen Daten auch faktisch ermöglichen, etwa durch eine differenziertere Ausgestaltung von Einwilligungsanforderungen nach Grad der Missbrauchsgefahr und/oder der Schutzbedürftigkeit der konkret betroffenen Individualsphäre.

Eine weitere Herausforderung für eine innovationsfreundliche Digitalpolitik liegt in der durchgängigen Berücksichtigung der Interdependenzen zwischen „analoger“ und „digitaler“ Welt. Keine dieser beiden „Welten“ kann heute mehr isoliert betrachtet werden. Dies gilt nicht nur, aber auch im Umgang mit der sogenannten „sharing economy“. Aus Entwicklungen in der digitalen Sphäre können Anstöße für den Regulierungsabbau in der „analogen“ Welt folgen. Umgekehrt können Erfahrungen aus der „analogen“ Welt Regulierungsnotwendigkeiten „online“ indizieren. Dies bedeutet nicht, dass sämtliche Regelungen der „analogen“ Welt auf digitale Aktivitäten übertragen werden sollten. Vor jeder neuen Regelung muss eine sorgfältige Analyse stehen, ob und ggfs. in welchen Hinsichten ein Regelungsbedürfnis existiert, und ob sich aus neuen technischen und ökonomischen Gegebenheiten relevante Besonderheiten ergeben.¹¹ Angesichts der Neuartigkeit der Entwicklungen ist besonderes Gewicht auf die Analyse der „Irrtumskosten“ zu legen: Unter Berücksichtigung der Irrtumswahrscheinlichkeit sind die Kosten eines staatlichen Eingreifens und des Nichteingreifens zu vergleichen. Wo besondere Regeln für die digitale Wirtschaft trotzdem geboten sind, muss ein „level playing field“ über die verschiedenen Sphären hinweg gewährleistet bleiben. „Offline“- und „Online“-Aktivitäten können in bestimmten Bereichen differenzierten Regeln unterliegen. Regelungsunterschiede müssen aber mit Blick auf die jeweiligen Besonderheiten gerechtfertigt sein. Dasselbe gilt im Verhältnis verschiedener digitaler Dienste zueinander.¹²

¹¹ Die EU Kommission spricht von einem „problemorientierten Ansatz“: Regulatorische Maßnahmen sollten nur bei konkreten Problemen ergriffen werden. Siehe Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin., S. 6.

¹² So auch Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin., S. 6: „gleiche Ausgangsbedingungen für vergleichbare digitale Dienste“.

Von zentraler Bedeutung für die Realisierung der wirtschaftlichen Chancen der digitalen Entwicklung ist die Gewährleistung von Rechts- und Planungssicherheit für die Akteure: Benötigt werden klare „Spielregeln“, die ungeachtet der Dynamik der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung Bestand haben können. Dafür müssen die Spielregeln hinreichend allgemein gefasst und nach Möglichkeit technologieneutral sein.

Die „Spielregeln“ müssen außerdem das internationale Regelungsumfeld im Blick behalten. Der digitale Wettbewerb ist in vielen Fällen ein internationaler Wettbewerb. Deutsche und europäische Unternehmen müssen für diesen Wettbewerb in Europa ein gutes Umfeld finden.

Die vorhandenen Regeln müssen – gerade wenn und insoweit sie neben dem Individualschutz auch einen Rahmen für den Wettbewerb als Entdeckungsprozess darstellen sollen – wirksam und gleichmäßig durchgesetzt werden. Gegenwärtig sind die Verfahren der privaten und öffentlichen Durchsetzung im Lauterkeits-, Datenschutz- und Wettbewerbsrecht sehr unterschiedlich ausgestaltet. Die Stimmigkeit dieses Systems bedarf einer sorgfältigen Evaluation.

Im Wettbewerbsrecht existieren geeignete Regeln und eine starke Struktur der öffentlichen Durchsetzung. Hier gilt es vor allem, in den Aufbau starker fachlicher Kompetenz für digitale Entwicklungen zu investieren, dabei die ökonomische, technische und rechtliche Kompetenz zusammenzuführen und die Zusammenhänge zwischen Lauterkeits-, Verbraucher-, Datenschutz- und Wettbewerbsrecht im Blick zu halten. Die Digitalisierung trägt zahlreiche neue Herausforderungen an die Auslegung und Anwendung der geltenden Wettbewerbsregeln heran, die in Europa wie auch international noch unbewältigt sind. In dem Maße, in dem Deutschland jetzt in den Ausbau der wettbewerbsökonomischen und -rechtlichen Kompetenz investiert, wird es auch die Weiterentwicklung auf europäischer Ebene mit beeinflussen können.

Das so umrissene rechtliche Gefüge ist in den kommenden Jahren neu auszutarieren. Ausgangspunkt bleibt dabei stets, dass das Regelungsgefüge Freiheit, Innovation und Wettbewerb fördern und nicht einengen soll.

D. ELEMENTE EINER INFORMATIONEN- UND DATENORDNUNG FÜR DIGITALE PLATTFORMEN

Der effektive Gebrauch von Privatautonomie im digitalen Umfeld hängt in ganz verschiedenen Hinsichten mit Verfügbarkeit von und Kontrolle über Information sowie mit den individuellen Fähigkeiten zur Informationsverarbeitung zusammen. Das „WorldWideWeb“ weitet zunächst den Kreis grundsätzlich verfügbarer Information erheblich aus. Zur Selektion und Ordnung dieser Fülle an Information sind Nutzer auf Informationsintermediäre angewiesen. Im Internet sind eine Vielzahl von Informationsintermediären aktiv, von Suchmaschinen über Vergleichs- und Bewertungsportale bis hin zu Transaktionsportalen mit Vergleichs- und/oder Bewertungsfunktion. Ihre Dienste sind für die Nutzer umso nützlicher, je stärker sie sich an den Relevanzkriterien und Präferenzen der Nutzer orientieren – oder je besser die Nutzer den Grad an Übereinstimmung bzw. Abweichung erkennen können. Insbesondere mehrseitige Geschäftsmodelle, die der Informationsbereitstellung regelmäßig zugrunde liegen, können zu Interessenkonflikten zwischen Nutzern und Infor-

mationsintermediär führen. Zu fragen ist daher, ob die geltenden Informations- und Transparenzpflichten der Interessenlage angemessen Rechnung trägt (I.).

Nutzer geben bei der Interaktion mit digitalen Plattformen zugleich in hohem Maße eigene Information preis. Dies kann zu einer besseren Orientierung der Dienste an den Bedürfnissen der Nutzer führen; gleichzeitig muss gewährleistet bleiben, dass der einzelne Nutzer über die Preisgabe von personenbezogenen Informationen frei und souverän entscheiden kann. Dies soll das Datenschutzrecht sicherstellen (II.).

Über die geltenden Datenschutzregeln hinaus reichen die Fragen, ob digitale Plattformen über eine spezifische Form informationeller Macht verfügen können, die besonderer Regelung oder jedenfalls Beobachtung bedarf (III.). Diese Frage ist unter anderem im Zusammenhang mit Suchmaschinen diskutiert worden, die für Nutzer häufig der erste Ausgangspunkt einer Suche sind und gerade für neue und weniger bekannte Anbieter von Inhalten die Auffindbarkeit ermöglichen (IV.). Die Chancengleichheit von Anbietern im Zugang zu Nutzern ist auch Gegenstand der Diskussion über Netzneutralität (V.). Im Kontext von Medienplattformen ist schließlich die Frage nach möglicher Meinungsmacht aufgeworfen (VI.).

I. INFORMATIONSGESAMTREGELN FÜR INFORMATIONSGESAMTINTERMEDIÄRE

1. Transparenzpflichten und Irreführungsverbot

Das Internet hat die Art und Weise verändert, wie Verbraucher sich über das Angebot von Waren und Dienstleistungen am Markt informieren. Eine große Fülle von Informationen über Anbieter und Angebote steht Verbrauchern schnell und kostenlos zur Verfügung. Die Suchkosten für Verbraucher sind in der digitalen Welt deutlich abgesenkt.

Die Vielfalt der über das Internet verfügbaren Information schafft allerdings Suchkosten eigener Art. Die Ausweitung der Wahlmöglichkeiten betreffend Anbieter und Güter bei gleichzeitig mangelndem Erfahrungswissen stellt Verbraucher vor neue Informationsprobleme: Die den eigenen Präferenzen am besten entsprechenden Angebote sind ohne Hilfsmittel im unübersichtlichen Internet kaum aufzufinden. Die Qualität der Güter und die Zuverlässigkeit der Anbieter sind ohne zusätzliche Information häufig schwierig einzuschätzen. Zahlreiche digitale Plattformen haben sich vor diesem Hintergrund als Informationsintermediäre etabliert, die Produkthanbieter und Verbraucher zusammenbringen und den Verbrauchern vertrauenswürdige Information versprechen.

Dies gilt etwa für Vergleichs- und Bewertungsplattformen. Sie können mit der Möglichkeit zur unmittelbaren Buchung einer Leistung bzw. zum Kauf eines Produktes verbunden sein. Derartigen Plattformen kommt für den Wettbewerb im Internet eine wesentliche Bedeutung zu. Insoweit Verbraucher über diese Plattformen tatsächlich zuverlässige und relevante Information erlangen, fördern und intensivieren diese Plattformen den Wettbewerb zwischen Produkt- bzw. Leistungsanbietern. Wird Verbrauchern demgegenüber irreführende Information übermittelt und werden Verbraucher so, ohne dies erkennen zu können, zu bestimmten, ihren Präferenzen nicht entsprechenden Anbietern oder Produkten gelenkt, so kann dies zu Ineffizienzen bei den Transaktionen und Verzerrungen im Wettbewerb führen. Anreize, den Verbrauchern verzerrte Information zur Verfügung zu stellen,

können unter Umständen aus der Mehrseitigkeit der Geschäftsmodelle von Plattformbetreibern folgen. In Fällen, in denen Plattformen rechtlich oder wirtschaftlich mit bestimmten Produkthanbietern verbunden sind, kann ein Interesse bestehen, diese Produkthanbieter bevorzugt anzuzeigen. Aus der Rechtsprechung sind ferner Fälle bekannt, in denen Produkthanbietern eine bevorzugte Platzierung gegen Entgelt angeboten wird, ohne dass diese Praxis für die Verbraucher ersichtlich ist.¹³

Dem Schutz von Wettbewerbern und Verbrauchern vor falscher, irreführender oder in unlauterer Weise unterlassener Information im geschäftlichen Verkehr dient vor allem das UWG. Insoweit der Schutz von Verbrauchern im Verhältnis zu Unternehmen betroffen ist (B2C), setzt es die Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie¹⁴) in deutsches Recht um. Neben das UWG treten die Vorgaben der Preisangabenverordnung (PAngV),¹⁵ die Preiswahrheit und Preisklarheit zugunsten der Verbraucher gewährleisten und so die Möglichkeiten zum Preisvergleich sicherstellen soll. Im Kontext von Internet-Dienstleistungen sind ferner die Regeln des Telemediengesetzes (TMG) von Bedeutung, die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie¹⁶ umsetzen.

Aus den genannten Vorschriften ergeben sich zahlreiche wichtige Informationspflichten zugunsten der Verbraucher. So muss ein auf Provisionsbasis arbeitendes Versicherungsportal offenlegen, dass es keine Information über Direktversicherer bereithält.¹⁷ Ein Portal, das Produkthanbietern gegen Entgelt eine „Top-Platzierung“ offeriert, muss diese Top-Platzierung als Werbung kennzeichnen.¹⁸ Aus dem Irreführungsverbot des UWG folgt ferner die Verpflichtung, die einem Vergleich bzw. Ranking zugrunde gelegten Kriterien offenzulegen.

Allerdings haben die Vorschriften des UWG wie auch die einschlägigen Vorschriften des TMG und der PAngV einen begrenzten Anwendungsbereich. Anknüpfungspunkt für die Anwendung des UWG ist das Vorliegen einer „geschäftlichen Handlung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Die Pflicht zur Offenlegung kommerzieller Information nach § 6 TMG knüpft an die „kommerzielle Kommunikation“ und damit im Ergebnis ebenfalls an eine „geschäftliche Handlung“ an. Maßgeblich für eine geschäftliche Handlung ist, ob eine Handlung bei objektiver Betrachtung darauf abzielt, die geschäftlichen Entscheidungen von Verbrauchern im Sinne einer Absatzförderung zu beeinflussen. Dies wird – auch unter Berufung auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) – verneint, wenn eine Äußerung vorrangig der Verbraucherinformation und der öffentlichen Meinungsbildung dient. Informa-

¹³ Siehe z.B. LG München v. 18.3.2015 – 37 O 19570/14, WRP 2015, 781, 783 Rn. 34 – *Premium Partner*.

¹⁴ Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. Nr. L 149, 22 v.11.6.2005.

¹⁵ Sie setzt vor allem die Vorgaben der Richtlinie 98/6 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse um, ABl. 1998 Nr. L 80/27, daneben aber auch Vorgaben aus anderen EU-Richtlinien, z.B. aus Art. 5 Abs. 2 der E-Commerce-RL 2000/31/EG v. 8.6.2000, ABl. 2000 Nr. L 178/1.

¹⁶ Richtlinie 2000/31/EG v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, ABl. 2000 Nr. L 178/1.

¹⁷ OLG Hamburg v. 11.6.2008 – 5U 95/07, juris, Rn. 30 ff. – *Preisvergleich*.

¹⁸ LG München v. 18.3.2015 – 37 O 19570/14, WRP 2015, 781, 783 Rn. 34 – *Premium Partner*.

tionsportale, die sich über Anzeigen finanzieren, fallen daher – ungeachtet der Mehrseitigkeit ihres Geschäftsmodells – in ihrer informationellen Tätigkeit regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich des UWG. Sie unterliegen auch nicht den Informationspflichten des § 6 TMG. In den Anwendungsbereich der PAngV fällt nur, wer „gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen anbiete[t]“. Reine Vergleichs- oder Bewertungsportale erfüllen dieses Kriterium regelmäßig nicht. Sie unterfallen dann in ihrer informationellen Tätigkeit nur den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts.

Selbst wenn die Absatzförderung in den Vordergrund tritt und UWG und ggfs. TMG demgemäß anwendbar sind – etwa in allen Fällen, in denen die Darstellung bzw. das Ranking der Ergebnisse durch kommerzielle Interessen der Plattform unmittelbar beeinflusst wird –, bleiben in der Anwendung dieser Normen auf Informationsportale zahlreiche offene Fragen. Zwar ist in solchen Fällen gem. § 5a Abs. 6 UWG der kommerzielle Zweck kenntlich zu machen. Bevorzugt dargestellte Information ist als Werbung zu kennzeichnen. Die konkreten Anforderungen an die Kennzeichnung sind hingegen nicht abschließend geklärt. So gibt es bislang etwa keine einheitliche Praxis, in welcher Weise provisionsbasierte Modelle dem Verbraucher anzuzeigen sind. Für die praktische Wirksamkeit der Kennzeichnung kann dies einen erheblichen Unterschied machen. Nicht abschließend geklärt ist ferner, ob – und falls ja, ab welcher Grenze und in welcher Weise – gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen Portalen und Produkthanbietern unabhängig von einer konkret nachweisbaren Diskriminierung offenzulegen sind. Das Risiko von Interessenkonflikten ist für Nutzer häufig auch in Ermangelung der Kennzeichnung des von einer Plattform verfolgten Geschäftsmodells kaum zu erkennen. Dies erschwert die praktische Durchsetzung der Vorgaben des UWG.

Mit Blick auf die zentrale Bedeutung von Informationsportalen im Internet scheint daher eine Überprüfung des bestehenden Systems von Transparenz- und Informationspflichten geboten.¹⁹ Bei zwei- bzw. mehrseitigen Plattformen lässt sich in der Praxis kaum noch trennscharf bestimmen, ob die Informations- oder die Absatzförderungsfunktion im Vordergrund steht. Beide sind miteinander verbunden. Dem wird ein System nicht gerecht, in dem die unbestritten auch informierende Funktion von Informationsportalen die Anwendung des UWG und der PAngV ausschließt. Zwar muss bei der Festlegung von Rechtspflichten für Informationsintermediäre auch in Zukunft dem Schutz der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit Rechnung getragen werden. Bestimmte Pflichten, die gerade die zuverlässige Wahrnehmung der Informationsfunktion gewährleisten sollen – wie etwa rechtliche Vorgaben zur Bereitstellung vollständiger, nicht irreführender, vergleichbarer Information zu Preisen nach UWG und PAngV –, sollten aber u.U. auch für solche (Preis-)Vergleichsplattformen gelten.

Hinsichtlich der Auswahl und Gewichtung der Vergleichs- und Bewertungskriterien wie auch der konkret verwendeten Methoden muss bei Plattformen, deren vergleichende Tätigkeit auf Neutralität angelegt ist, die also in der Ausübung dieser Tätigkeit nicht „im Lager“ der bzw. einzelner Produkthanbieter stehen, das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) gewichtig berücksichtigt werden. Fraglich ist, ob dies ein Absenken der Transparenzanforderungen rechtfertigt. Anders als bei der klassischen redaktionellen Tätigkeit

¹⁹ Siehe in diesem Zusammenhang jüngst: EU Commission, Key Principles for Comparison Tools, 2016; und EU Commission, Staff Working Document: Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, 25.5.2016, SWD(2016)163 fin.

lassen sich die Wertungskriterien, die einem Algorithmus zugrunde liegen, bei Vergleichs- und Bewertungsportalen jedenfalls in allgemeiner und abstrakter Form ohne übermäßigen Aufwand offenlegen. Dies gilt auch dann, wenn der Algorithmus selbst in seiner konkreten Ausformung als Geschäftsgeheimnis besonderen Schutz genießt.²⁰

Das Vertrauen, welches Verbraucher einem Vergleichs- oder Bewertungsportal schenken, basiert wesentlich auf der Annahme der Verlässlichkeit des Portals und dessen Orientierung an Nutzerinteressen. Beides kann angesichts der Gewinnorientierung und insbesondere der Mehrseitigkeit der Geschäftsmodelle nicht uneingeschränkt vorausgesetzt werden.²¹ Insoweit bei einer großen Zahl von Informationsintermediären systematisch Verzerrungen in der Darstellung von Information über Produkthanbieter auftreten, kann dies nicht nur die Nutzer schädigen, sondern überdies einen wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Ob und in welchem Umfang derartigen Störungen bislang in strukturell erheblichem Umfang auftreten, bedürfte einer sorgfältigen empirischen Untersuchung. Auch die exakte Ausgestaltung etwaiger zusätzlicher Transparenzpflichten ist nicht trivial. Denkbar wäre eine allgemeine Verpflichtung zur Kennzeichnung des Geschäftsmodells in seinen groben Zügen.²² Angesichts der Vielfalt und Komplexität von Geschäftsmodellen und der Schutzwürdigkeit von Geschäftsgeheimnissen wären jedoch vorab andere Möglichkeiten zur Steigerung der Transparenz betreffend drohende Interessenkonflikte auszuloten, wie etwa die Entwicklung von „Neutralitätssiegeln“ im Markt.

2. Informationspflichten bei individueller Preisdiskriminierung

In jüngerer Zeit wird das Thema „individuelle Preisdiskriminierung“ intensiv diskutiert.²³ Es gibt Berichte, dass Verbrauchern je nach dem genutzten Endgerät oder nach der Zahl der Aufrufe eines Tarifs unterschiedliche Preise angezeigt werden. Denkbar ist auch, dass Internetplattformen die personenbezogenen Daten, über die sie verfügen, zu einer individuellen Preisdiskriminierung nutzen.

Individuelle Preisdiskriminierung wirkt sich in manchen Fällen positiv, in anderen negativ auf die Konsumentenwohlfahrt aus.²⁴ Die rechtspolitische Bewertung einer solchen individuellen Preisdiskriminierung ist umstritten. In einem kürzlich veröffentlichten Bericht zu „Competition Law and Data“ haben die französische Autorité de la Concurrence und das

²⁰ Siehe in diesem Zusammenhang das Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zum Regelungsumfeld für Plattformen, Online-Vermittler, Daten, Cloud-Computing und die partizipative Wirtschaft v. 22.4.2016, S. 5 f. mit konkreten Vorschlägen.

²¹ Ein solches Problem besteht möglicherweise auch ohne Mehrseitigkeit. So kann ein online Retailer versucht sein, Aufmerksamkeit und Interesse auf solche Produkte zu lenken, bei denen die Gewinnmargen hoch sind. Dies gilt vor allem dann, wenn der Retailer in seiner Preissetzung beschränkt ist oder wenn er, beispielsweise aufgrund von vertikaler Integration, bestimmte Produkte exklusiv anbietet.

²² Siehe in diesem Zusammenhang die Initiative des französischen Gesetzgebers im Rahmen des Project de loi No. 3318 pour une République numérique, das zusätzliche Informationspflichten für Vergleichsportale in Article L.111-5-1 des Code de la consommation einfügen will.

²³ Aus dem US-amerikanischen Kontext siehe A. Miller, What do we worry about when we worry about price discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing, Journal of Technology Law and Policy 2014, pp. 41 et seq.

²⁴ Siehe beispielsweise Belleflamme/Peitz, 2015, Kapitel 8.

Bundeskartellamt auf die möglichen positiven ökonomischen Wirkungen individualisierter Preise hingewiesen.²⁵

Von der Würdigung der Wohlfahrtswirkungen zu trennen ist die Frage, ob derartige Preissetzungspraktiken offenzulegen sind. Eine Informationspflicht könnte bereits aus dem Irreführungsverbot des UWG folgen: Der Verbrauchererwartung entspricht eine individuelle Preisdiskriminierung im Internet derzeit in den allermeisten Zusammenhängen nicht. Dementsprechend wäre von einer Kennzeichnungspflicht auszugehen: Wer derartige Praktiken anwendet, müsste Verbraucher auf seinem Portal deutlich darauf hinweisen. Eine gesetzliche Konkretisierung einer solchen Pflicht könnte in Erwägung gezogen werden.

Zu bedenken bleibt allerdings auch, dass eine solche Informationspflicht in der Praxis leicht umgangen werden kann. Anstelle von individualisierten Preisen können individualisierte Rabatte gewährt werden. Wirtschaftlich hätte dies denselben Effekt. Ob auch hier eine Informationspflicht greift oder greifen sollte, ist zweifelhaft.

3. Durchsetzung

In der digitalen Wirtschaft hat eine effektive Durchsetzung von Lauterkeits-, Informations-, Datenschutz- und sonstigen Verbraucherrechten nicht nur eine individualrechtliche Dimension. Sie ist zugleich Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf digitalen Märkten – und damit auch der entmachtenden Funktion von Wettbewerb.

Das Lauterkeitsrecht stellt derzeit ganz vorrangig auf Instrumente der privaten Durchsetzung ab. An der Effektivität der privaten Durchsetzung in diesem Bereich sind gelegentlich Zweifel geäußert worden.²⁶

Grundlage einer effektiven Durchsetzung ist eine genaue Marktkenntnis. Auf Initiative der Verbraucherzentralen und unter Förderung des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) wird derzeit neben einem Finanzmarktwächter auch ein „Marktwächter Digitale Welt“ aufgebaut. Ziel ist eine systematischere Marktbeobachtung auf der Grundlage von Verbraucherbeschwerden und empirischen Untersuchungen sowie der Aufbau eines Frühwarnsystems.

Auf der Basis einer soliden Marktkenntnis kann Fehlentwicklungen vorgebeugt werden, wenn es gelingt, Verbrauchern zuverlässige Information über die am Markt tätigen Plattformen und ihre Vertrauenswürdigkeit bereitzustellen. Denkbar ist die Entwicklung von entsprechenden Zertifizierungsmodellen, die zu einem Qualitätswettbewerb zwischen Portalen beitragen können. Digitale Plattformen können sich in einem solchen Wettbewerb mit hohen Standards der Nutzerfreundlichkeit profilieren, wenn sie als Vermittler für die Durchsetzung entsprechender Politiken der Anbieter eintreten.

²⁵ Autorité de la Concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10 May 2016, pp. 21-22.

²⁶ Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, 22.4.2015, S. 53, insb. mit Blick auf die Ausgestaltung von § 10 UWG, dem zufolge eine Gewinnabschöpfung durch Verbände und Kammern stets unter Abführung des Gewinns an den Bundeshaushalt erfolgt, die Prozesskosten aber von den klagenden Verbänden bzw. Kammern zu tragen sind.

Angesichts der Bedeutung von zuverlässiger Information für die Nutzer und für funktionierenden Wettbewerb im Internet scheint es geboten, die bestehenden Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im Bereich Lauterkeitsrecht und Verbraucherrechte und ihre Effektivität im digitalen Kontext einer systematischen Evaluation zu unterziehen.²⁷ Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen „digitaler Privatautonomie“ in der Praxis gewährleistet sind. Sollten systematische Defizite in der Rechtsdurchsetzung festgestellt werden, sind mögliche Reformoptionen zu prüfen. In Betracht kommen der verstärkte Einsatz selbstregulativer Instrumente (z.B. Verhaltenskodizes), eine weitere Stärkung der privaten Durchsetzung, eine Stärkung der Instrumente zur kollektiven Durchsetzung²⁸ oder aber eine öffentlichen Durchsetzung.

II. DIE KONTROLLE DER NUTZER ÜBER PERSONENBEZOGENE INFORMATION: AUF DEM WEG ZU EINER EFFEKTIVEREN DATENSOUVERÄNITÄT²⁹ UND EINEM WIRKSAMEN MISSBRAUCHSSCHUTZ

1. Bedeutung von Daten im Kontext digitaler Plattformen

Daten haben im Zeitalter von „Big Data“ für viele Unternehmen enorm an Bedeutung gewonnen: Gesprochen wird vielfach von Daten als dem wichtigsten Rohstoff der Digitalökonomie. Technische Grundlage ihrer veränderten wirtschaftlichen Bedeutung sind der Wegfall von Kapazitätsgrenzen: Große Datenübertragungskapazitäten und neue Technologien zur Erfassung, Speicherung und Verarbeitung von Daten stehen zur Verfügung. Kommerziell sind Daten für die Neu- und Weiterentwicklung maßgeschneiderter Dienstangebote und für die zielgruppengenaue Werbung („targeted advertising“) zentral. Beide Nutzungsarten werden getrieben durch neuartige sog. „Big Data“-Verfahren: Internetdienstleister, darunter auch Online-Plattformen, sammeln in großem Umfang Daten unter anderem über soziodemographische Merkmale, Nutzerpräferenzen, Reaktionsmuster, das Surfing-Profil, IP-Adressen, Aufenthaltsorte und Bewegungsprofile („Geotracking). Große Mengen an Datensätzen werden dann miteinander verknüpft und mithilfe von „data analytics“ und unter Nutzung hoher Rechenkapazität nach typischen Mustern bzw. belastbaren Korrelationen durchsucht.³⁰ Die so ermittelten Korrelationen ermöglichen die Vorhersage von Interessen,

²⁷ Die EU arbeitet gegenwärtig an einer Verbesserung der Zusammenarbeit der zuständigen nationalen Behörden im Verbraucherschutz – siehe EU Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des EP und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, 25.5.2016, COM(2016)283. Zur Bedeutung einer wirksamen Durchsetzung auch: EU Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin., S. 5.

²⁸ Für ein Plädoyer hierfür siehe Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt: Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 4.

²⁹ Für diesen Begriff siehe BMWi, Digitale Strategie 2025, S. 33.

³⁰ Ausführlich: CMA, The Commercial Use of Consumer Data, 2015.

Präferenzen und Verhaltensmustern spezifischer Nutzergruppen. „Big Data“-Verfahren sind damit eine vielversprechende Quelle von Innovation und Wertschöpfung.³¹

Digitale Plattformen beruhen häufig auf datengetriebenen Geschäftsmodellen. Ausgangspunkt aller erfolgreichen Geschäftsmodelle ist eine für Nutzer attraktive Dienstleistung. In der Entwicklung solcher Angebote zeigt sich bei digitalen Plattformen ein hohes Maß an Dynamik und Innovationswettbewerb. Die Plattformen sammeln sodann in unterschiedlichem, aber häufig großem Umfang Nutzerdaten. Zum Teil wird die Information unmittelbar zur Erbringung der von der Plattform angebotenen Dienstleistung benötigt – so etwa, wenn eine Kommunikationsplattform Kontaktdaten abfragt oder wenn ein soziales Netzwerk Nutzerprofile speichert. Zum Teil ermöglicht die Information eine Weiterentwicklung und Ausweitung der Dienste und eine Orientierung an spezifischen individuellen Nutzerinteressen. Für digitale Plattformen können Daten so zu einem wichtigen Instrument der Kundenbindung werden.

Werden darüber hinausgehend Daten über Nutzerinteressen und Nutzerverhalten erhoben – im Fall von Google und Facebook auch plattformübergreifende³² – so ist der wichtigste Grund hierfür derzeit die Vermarktung zielgerichteter Werbung.³³

Viele Plattformen haben die Vermarktung zielgerichteter Werbung zum Kern ihrer Geschäftsmodelle gemacht. Die Attraktivität des Angebots für Werbetreibende wächst mit der Quantität und Qualität der verfügbaren Nutzerdaten und der Fähigkeit, diesen durch gute Analysetechniken wertvolle neue Information zu entlocken. Digitale Plattformen, die sich über Werbung finanzieren oder in Zukunft finanzieren wollen, legen daher großen Wert auf die Datengewinnung, die auf dem Werbemarkt zu einem wichtigen Wettbewerbsparameter wird. Um nützliche Daten zu generieren, muss eine Plattform eine möglichst große Zahl interessierter Nutzer erreichen. Plattformen konkurrieren um die Aufmerksamkeit der Nutzer. Diese Netzwerkeffekte auf Basis von Daten sind der Treiber für die aggressiven Expansionsstrategien, die bei digitalen Plattformen oftmals zu beobachten sind. Jahrelange Verluste werden in Kauf genommen, wenn die Chance besteht, sich als Marktführer zu etablieren und von den gesammelten Nutzerdaten zu profitieren.

Aus Nutzersicht beinhalten diese Entwicklungen Chancen und Risiken.³⁴ Einerseits finden sie auf den Plattformen Werbeangebote, die auf ihre Interessen und Präferenzen zuge-

³¹ Siehe auch EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM(2015)192 v. 6.5.2015, Rz. 4.2.

³² Beispiele sind die Integration von Facebooks „Like-Button“ in andere Webseiten, die im Gegenzug Information an Facebook übermitteln, oder die Zusammenführung von Daten der Google-Suchmaschine mit Android- und Gmail-Daten.

³³ Die größte Einnahmequelle für Facebook sind Werbeeinnahmen – siehe <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/223277/umfrage/umsaetze-von-facebook-nach-segment-quartalszahlen/>). Bei Google machten die Werbeumsätze 2014 89% der Einnahmen in Höhe von 67 Milliarden USD aus - siehe <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/76453/umfrage/umsatzanteile-von-google-seit-2001-nach-einnahmequelle/> und <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/75188/umfrage/werbeumsatz-von-google-seit-2001/>.

³⁴ Eine Einführung in die ökonomische Analyse der Vor- und Nachteile der kommerziellen Nutzung personenbezogener Daten bietet Larouche/Peitz/Purtova, 2016. Eine detaillierte Beschreibung der ökonomischen Fachliteratur zum Thema findet sich in Acquisti/Taylor/Wagman, Journal of Economic Literature im Erscheinen.

schnitten sind. Ihnen werden außerdem zahlreiche digitale Dienste ohne monetäres Entgelt angeboten, für die sie ohne die Werbenutzung ihrer Daten bezahlen müssten.

Es wächst andererseits die Sorge über das Ausmaß des mit „Big Data“ verbundenen Wissens von Unternehmen über Nutzer:³⁵ Unternehmen verfügen über detaillierte Nutzerprofile und können Interessen, Präferenzen und Reaktionsmuster der Nutzer präzise vorher-sagen. Demgegenüber verfügen Nutzer häufig über keine genauen Kenntnisse der Ge-schäftsmodelle ihrer Vertragspartner und der Rolle, die Daten hierbei spielen. „Big Data“ wird daher teilweise als neue Form und Quelle wirtschaftlicher Macht wahrgenommen.

Im geltenden Recht ist es vor allem das Datenschutzrecht, das den mit der Datenverarbei-tung verbundenen Gefahren begegnen und den Einzelnen ermächtigen soll, die Kontrolle über die eigene Person betreffende Information auszuüben. Es wird daher zuerst behan-delt. Auf weitergehende Aspekte einer etwaigen „Datenmacht“ wird unter III. eingegangen.

Die folgenden Überlegungen sind nicht auf digitale Plattformen beschränkt; sie betreffen den Umgang mit Daten im digitalen Umfeld insgesamt. „Big Data“ spielt aber bei digitalen Plattformen in der Praxis eine besondere Rolle.

2. Geltender Rechtsrahmen

Das Datenschutzrecht ist derzeit primär im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) normiert. Es bezieht sich ausschließlich auf personenbezogenen Daten, d.h. auf „alle Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person [...] beziehen“.³⁶ Nicht-personenbezogene Daten werden weder vom deutschen noch vom europäischen Daten-schutzrecht erfasst. Das BDSG setzt die Europäische Datenschutzrichtlinie 95/46/EG um.³⁷ Sektorspezifische Regeln finden sich unter anderem im TKG und im TMG. Normative Grundlagen des Datenschutzrechts sind auf europäischer Ebene in Art. 7 und Art. 8 der Grundrechte-Charta und in Art. 16 AEUV niedergelegt. Art. 8 fasst die wichtigsten Eckpfeiler zusammen: Gemäß Art. 8 Abs. 1 der Grundrechte-Charta hat jede Person das „Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten“. Gemäß Art. 8 Abs. 2 dürfen diese Daten „nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der be-troffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verar-beitet werden.“ Für die Verarbeitung personenbezogener Daten gilt danach ein allgemeines Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Erlaubnis folgt in bestimmten eingegrenzten Konstellationen aus dem Gesetz. So ist etwa die Datenverarbeitung ohne ausdrückliche Einwilligung zulässig, wenn sie zur Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist. Im Übrigen ist vor der Da-tenverarbeitung eine Einwilligung des Betroffenen einzuholen. Sie muss auf einen konkre-ten, ausdrücklich bezeichneten und legitimen Nutzungszweck bezogen sein³⁸ und aus-

³⁵ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt. Verbraucherpolitische Emp-fehlungen, Rn. 3 und S. 13. Siehe auch – allerdings vor dem Hintergrund einer anderen Rechtslage: FTC, Data Brokers. A Call for Transparency and Accountability, May 2014.

³⁶ Art. 2 lit. a RL 95/46/EG; Art. 4 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung. Siehe außerdem Art. 29 Data Protec-tion Working Party, Opinion No 4/2007 on the concept of personal data, WP 136, 20 June 2007, pp. 18-21.

³⁷ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 Nr. L 281/31.

³⁸ Siehe Art. 6 Abs. 1 lit. b der Datenschutz-RL. Für das deutsche Recht siehe § 4a BDSG.

drücklich,³⁹ frei und informiert gegeben werden.⁴⁰ Die Daten dürfen nur zu dem Zweck, zu dem sie erhoben wurden (Zweckbindungsgrundsatz), bzw. in einer mit dem benannten Zweck kompatiblen Weise⁴¹ verarbeitet werden.⁴² Gemäß des Grundsatzes der „Datensparsamkeit“⁴³ (bzw. „Datenminimierung“⁴⁴) muss die Datenverarbeitung auf das für den Zweck notwendige Maß beschränkt sein. Die Einwilligung ist jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerruflich.

Diese Grundsätze stehen auch im Mittelpunkt der EU-Datenschutz-Grundverordnung,⁴⁵ die am 25. Mai 2016 in Kraft tritt und nach einer zweijährigen Übergangsphase ab dem 25. Mai 2018 europaweit unmittelbar anwendbar sein wird. Nationale Datenschutzregelungen können ab diesem Zeitpunkt nur fortgelten, soweit die Datenschutz-Grundverordnung Öffnungsklauseln vorsieht.

Neu geregelt wird in der Datenschutz-Grundverordnung der Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts. Bislang gilt im Verhältnis zu Drittstaaten das Territorialitätsprinzip, also das Recht des Staates, in dem die fragliche Verarbeitung personenbezogener Daten stattfindet, und für innerhalb der EU ansässige Unternehmen das Sitzlandprinzip, also das Recht des Staates, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat.⁴⁶ Künftig wird das sog. Marktortprinzip gelten. Die Datenschutz-Grundverordnung wird also nicht nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein Unternehmen Daten innerhalb der EU verarbeitet, sondern auch dann, wenn es Daten außerhalb der EU verarbeitet, um „Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten“ (Art. 3 Abs. 2 lit. a) Datenschutz-Grundverordnung). Die bislang bestehenden Möglichkeiten, bestehende Unterschiede zwischen den Datenschutzniveaus der Mitgliedstaaten auszunutzen oder sich dem Geltungsbereich des europäischen Datenschutzrechts für bestimmte Teilbereiche der datenverarbeitenden Tätigkeiten gänzlich zu entziehen, werden damit ausgeräumt. Im Nachgang zum

³⁹ Eine Einwilligung aufgrund einer Voreinstellungen bei einem digitalen Dienst genügt daher nicht.

⁴⁰ Art. 2 lit. h der Datenschutz-RL.

⁴¹ Für Kriterien, die hierbei zu berücksichtigen sind, siehe Art. 6 Abs. 3a Datenschutz-Grundverordnung.

⁴² Siehe in diesem Zusammenhang European Data Protection Supervisor, *The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, p. 14 Rn. 23: Das Kompatibilitätserfordernis könne unter Umständen im Lichte des wettbewerbsrechtlichen Austauschbarkeitskriteriums zu lesen sein.

⁴³ § 3a BDSG.

⁴⁴ So Art. 5 Abs. 1 lit. c Datenschutz-Grundverordnung.

⁴⁵ Siehe den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) in der Fassung vom 28.1.2016. Für eine kritische Würdigung siehe Larouche/Peitz/Putrova (2016).

⁴⁶ Wenn das fragliche Unternehmen allerdings eine Niederlassung auch in dem EU-Mitgliedstaat hat, in dem die Daten erhoben oder genutzt werden, so gilt erneut das Territorialitätsprinzip. Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. a RL 95/46/EG und § 1 Abs. 5 BDSG. Das Sitzlandprinzip hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass datenintensive US-Unternehmen ihre Europa-Zentrale in Irland angesiedelt und in anderen Mitgliedstaaten lediglich nicht datenverarbeitende „Abwicklungsstellen“ für Zahlungen von Werbepartnern unterhalten haben. Irland zeichnet sich durch einen im europäischen Vergleich niedrigen Datenschutzstandard und eine schwache Durchsetzung des Datenschutzrechts aus.

sogenannten „Safe-Harbor“-Urteil des EuGH,⁴⁷ mit welchem das zuvor geltende Abkommen zwischen der EU und den USA zur Übermittlung von Daten für mit der Datenschutz-Richtlinie 95/46 unvereinbar erklärt wurde, hat die EU-Kommission ferner eine neue Vereinbarung für den transatlantischen Datenverkehr verhandelt (sog. „Privacy Shield“⁴⁸). Ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des *Schrems*-Urteils des EuGH wird derzeit diskutiert.⁴⁹

3. Herausforderungen bei der Konkretisierung des datenrechtlichen Ordnungsrahmens mit Blick auf die Datenverarbeitung durch digitale Plattformen

Wie schon das bisher geltende Recht, enthält auch die Datenschutz-Grundverordnung zahlreiche konkretisierungsbedürftige Begriffe und Abwägungserfordernisse. Für Betroffene und Unternehmen kann sich daraus eine erhebliche Rechtsunsicherheit ergeben. Sie kann für kleine und mittlere Unternehmen eine besondere Bürde sein. Die hohen Kosten eines Rechtsstreits und künftig auch potenziell hohen Sanktionen bei Rechtsverstößen sind für sie schwieriger zu schultern als für große Unternehmen. Im schnelllebigen internationalen Wettbewerb können Rechtsunsicherheiten zu nachteiligen Verzögerungen bei der Implementierung neuer Ideen führen. Es ist daher eine baldige Konkretisierung der sich bei der Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung stellenden Fragen anzustreben. Dies gilt unter anderem für die Handhabung des Grundsatzes der Zweckbindung der Datenverarbeitung und der Datenminimierung im digitalen Umfeld, in dem die Datenvermeidung als Ziel zweifelhaft wird. Effektive Datensouveränität lässt sich innerhalb des digitalen Kontextes unter Umständen nur noch gewährleisten, wenn man die Anforderungen an die individuelle Einwilligung stärker nach Maßgabe konkreter Missbrauchsgefahren ausdifferenziert. Um ein „level playing field“ zu gewährleisten, bedürfen diese Fragen einer Klärung auf europäischer Ebene.

3.1. MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN VON „BIG DATA“ NACH DER DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG

Der Umfang, in dem auf digitalen Plattformen personenbezogene Daten erhoben werden, tritt zunehmend in ein Spannungsverhältnis zu etablierten datenschutzrechtlichen Grundsätzen, insbesondere zum Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c) Datenschutz-Grundverordnung). Soll auch die deutsche und europäische Wirtschaft die Möglichkeiten nutzen können, wie sie mit neuen datenanalytischen Verfahren („Big Data“) verbunden sind, so muss darüber nachgedacht werden, wie das Datenschutzrecht im Dienste von Innovation und effektiver Datensouveränität weiterentwickelt werden kann. Naheliegender ist eine Orientierung an konkreten Missbrauchsgefahren. Einen Ansatzpunkt bietet die Regelung in Art. 20 Datenschutz-Grundverordnung zum Profiling.⁵⁰ Über die Einwilli-

⁴⁷ EuGH v. 6.10.2015, Rs. C-362/14 – *Schrems*.

⁴⁸ Politische Einigung v. 2.2.2016.

⁴⁹ Siehe die Stellungnahme v. 13.4.2016 der Art. 29-Datenschutzgruppe. Siehe ferner Grau/Granetzny, EU-US-Privacy Shield – Wie sieht die Zukunft des transatlantischen Datenverkehrs aus?, NZA 2016, 405 ff.

⁵⁰ „Profiling“ wird in Art. 4 Abs. 3aa Datenschutz-Grundverordnung definiert als „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“.

gung des Betroffenen hinaus ist der für die Datenverarbeitung Verantwortliche verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, „um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Personen zu wahren“. Diese Maßnahmen – etwa die Anforderungen an Pseudonymisierung⁵¹ oder Anonymisierung der Daten – gilt es zu konkretisieren.

3.2. DIE „KOMMERZIALISIERUNG“ VON DATEN

Die Zulässigkeit einer „Kommerzialisierung“ von Daten ist unter Datenschutzrechtlern umstritten.⁵² Aus der Sicht digitaler Plattformen stellt sich der Zugriff auf personenbezogene Daten häufig als Gegenleistung der Nutzer für die Bereitstellung von Diensten durch die Plattform dar (siehe oben). Ein Schritt in Richtung einer rechtlichen Anerkennung eines solchen Austauschverhältnisses ist der Vorschlag für eine Richtlinie zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Dienste, den die Kommission im Dezember 2015 vorgelegt hat,⁵³ und der unter anderem die Vertragsgemäßheit einer digitalen Leistung konkretisiert, die Gewährleistungsrechte der Verbraucher normiert und das Rechtsregime bei Beendigung der Verträge regelt. Gemäß Art. 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags soll die Richtlinie für alle Verträge gelten, „auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt“. Zur Begründung wird auf den Geldwert von Daten⁵⁴ und darauf verwiesen, dass eine Ausdifferenzierung der rechtlichen Regeln nach der Art der Gegenleistung zu einer diskriminierenden Unterscheidung zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen führen und Unternehmen einen ungerechtfertigten Anreiz bieten würde, digitale Inhalte vermehrt gegen Daten anzubieten. Der Richtlinienvorschlag solle gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen.⁵⁵

Voraussetzung für die Annahme eines Austauschvertrags soll allerdings eine aktive Bereitstellung von Daten durch den Verbraucher sein. Als Beispiel wird eine individuelle Registrierung durch den Verbraucher genannt, bei dem dieser aktiv Daten wie Name, E-Mail-Adresse oder Fotos bereitstellt. Kein Austauschvertrag in diesem Sinne liegt vor, wenn Anbieter personenbezogene Daten wie z.B. die IP-Adresse automatisch erheben oder im Hintergrund durch Cookies sammeln lassen. Das Akzeptieren von Cookies durch den Verbrau-

⁵¹ Für eine Definition siehe Art. 4 Abs. 3b Datenschutz-Grundverordnung: Bei „pseudonymisierter“ Information handelt es sich um personenbezogene Daten, die so verarbeitet worden sind, „dass die Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können, sofern diese zusätzlichen Informationen gesondert aufbewahrt werden und technischen und organisatorischen Maßnahmen unterliegen, die die Nichtzuordnung zu einer bestimmten oder bestimmbarer Person gewährleisten“.

⁵² Dagegen z.B. Weichert, NJW 2001, 1463, 1467 ff.

⁵³ EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Dienste, 9.12.2015, COM(2015)634 fin.

⁵⁴ Zu Methoden zur Berechnung des monetären Wertes von Daten siehe OECD, Exploring the Economics of Personal Data, 2.4. 2013.

⁵⁵ Erwägungsgrund 13 des Richtlinienvorschlags.

cher zählt nicht als aktives Bereitstellen von Informationen.⁵⁶ Vom Richtlinienvorschlag ausgenommen sind außerdem Fälle, in denen der Anbieter vom Verbraucher ausschließlich solche personenbezogenen Daten verlangt, „deren Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags oder die Erfüllung rechtlicher Anforderungen unbedingt erforderlich ist“, sofern er diese Daten sodann nur in einer mit diesem Zweck zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet (Art. 3 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags). In diesem Falle bedarf es keiner Einwilligung für die Datenverarbeitung (Art. 6 Abs. 1 lit. b) Datenschutz-Grundverordnung), so dass es an einer Gegenleistung fehlt. Ist der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet, so soll der Richtlinienvorschlag unter anderem das Recht auf Beendigung des Vertrags und die Rückabwicklung abschließend regeln. Dies bedeutet auch, dass der Nutzer die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten während des laufenden Vertrages jedenfalls schuldrechtlich nicht unterbinden kann.

Wie sich dieser Vorschlag zur Datenschutz-Grundverordnung verhalten soll, bleibt zu erörtern.⁵⁷ Die Datenschutz-Grundverordnung sieht die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung vor (Art. 7 Abs. 3 Datenschutz-Grundverordnung). Die Einwilligung ist im Übrigen nur dann wirksam, wenn sie „ohne Zwang“ erfolgt. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist, muss gem. Art. 7 Abs. 4 der Datenschutz-Grundverordnung „dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zur Verarbeitung von Daten abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrags erforderlich ist“. Nach Erwägungsgrund 32 soll die Einwilligung nur dann als freiwillig gelten, wenn die betroffene Person „eine echte Wahlfreiheit hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne dadurch Nachteile zu erleiden“. Der Wortlaut legt auf den ersten Blick eine erhebliche Verschärfung des bisherigen Koppelungsverbots des § 28 Abs. 3 BDSG⁵⁸ nahe. Jedoch ist die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags nur einer von mehreren möglichen Rechtfertigungsgründen. Die Einwilligung in die Datenverarbeitung zu einem hinreichend bestimmten Zweck bildet eine eigene Rechtfertigung (Art. 6 Abs. 1 lit. a) Datenschutz-Grundverordnung). Hiervon geht offenkundig auch der Richtlinienvorschlag aus: Er erfasst gerade die Fälle, in denen Daten bereitgestellt werden, die für die Erfüllung des Vertrags jedenfalls nicht „unbedingt erforderlich“ sind.⁵⁹ Auch die „weiche“ Formulierung des Art. 7 Abs. 4 der Datenschutz-Grundverordnung deutet darauf hin, dass die Erforderlichkeit der Daten für die Vertragserfüllung nur einer von mehreren erheblichen Gesichtspunkten ist. Relevant könnte etwa auch die Möglichkeit der Nutzer sein, zwischen einem entgeltfreien, aber ggfs. mit einer umfangreichen Datenerhebung verbundenen Angebot und einem wo-

⁵⁶ Erwägungsgrund 14 des Richtlinienvorschlags.

⁵⁷ Im Richtlinienvorschlag heißt es bislang lediglich, dass die Datenschutz-Grundverordnung „bei der Umsetzung und Anwendung dieser Richtlinie uneingeschränkt beachtet werden soll“ – siehe Erwägungsgrund 22.

⁵⁸ Gemäß § 28 Abs. 3b BDSG darf die verantwortliche Stelle den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen abhängig machen, „wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam“.

⁵⁹ Faust geht davon aus, dass trotz der Richtlinie das Kopplungsverbot des § 28 Abs. 3b BDSG weitergilt und dass daher Vereinbarungen, bei denen der Nutzer im Gegenzug für digitale Dienste personenbezogene Daten bereitstellt, häufig unwirksam sein werden – Siehe Florian Faust, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, DJT-Gutachten 2016, S. 59, These 3.

möglich entgeltpflichtigen, aber „datenfreien“ Angebot zu wählen. Von einigen ist eine gesetzliche Verpflichtung von Unternehmen angedacht worden, Verbrauchern ein solches Wahlrecht einzuräumen.⁶⁰ Dies würde allerdings eine Reihe von Folgefragen – etwa betreffend eine dann notwendige Preisregulierung – auf. Fraglich ist, ob und in welchem Umfang in Art. 7 Abs. 4 eine Prüfung der Angemessenheit des Austauschverhältnisses angelegt ist.

Zum Teil wird weitergehend diskutiert, ob in Zukunft ein Eigentumsrecht an personenbezogenen Daten vergleichbar dem Sacheigentum (§ 903 BGB) geschaffen werden soll.⁶¹ Ein solches Recht würde auf der einen Seite das Recht beinhalten, Dritte vom Zugriff auf die die eigene Person betreffenden Daten auszuschließen und deren Verwendung zu untersagen. Diese abwehrrechtliche Dimension wohnt bereits dem Recht auf informationelle Selbstbestimmungsrecht inne. Es hätte auf der anderen Seite aber auch einen positiven Zuweisungsgehalt: Der Rechtsinhaber könnte mit dinglicher Wirkung über die Daten verfügen und Dritten entsprechende Rechte einräumen. Er könnte sich auf diese Weise zwar den Vermögenswert der Daten aneignen. Je nach der konkreten Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen könnte dies aber zugleich das Abwehrrecht im Verhältnis zu Dritten beeinträchtigen. Dies ist mit den Grundsätzen des Datenschutzrechts nicht leicht zu vereinbaren. Zwar mag das Urheberrecht hier als Vorbild dienen. Die Bezüge zwischen Daten und Persönlichkeitsrecht sind im Vergleich dazu aber deutlich differenzierter und komplexer. Auch wird die Zuordnung von Daten nicht in allen Fällen eindeutig sein – gerade, wenn sich Daten auf Verhältnisse zwischen Personen beziehen. Die klare Abgrenzbarkeit, die für Eigentumsrechte kennzeichnend ist, ist bei Daten nicht notwendig gewährleistet. Die Funktionen, die Eigentumsrechten regelmäßig zugesprochen werden – insbesondere die Belohnungs- und Anreizfunktion – sind auf personenbezogene Daten nicht ohne weiteres übertragbar. Zwar stellen personenbezogene Daten im Wirtschaftsverkehr einen Vermögenswert dar und können aus Sicht von Plattformbetreibern funktional an die Stelle eines monetären Entgelts treten. Zu berücksichtigen ist aber, dass Nutzer in solchen Transaktionen regelmäßig keine klare Vorstellung haben, welchen Verwendungen ihre Daten künftig zugeführt werden können und welchen Nutzen oder Schaden sie hiervon in Zukunft haben werden. Anders als bei Zahlung eines monetären Entgelts bleibt der Bezug zwischen Person und Datum auch nach der Einwilligung in die Verarbeitung bestehen. Eine schuldrechtliche Ausgestaltung des Austauschverhältnisses kann diesem Umstand womöglich besser Rechnung tragen.

Erfährt der Einsatz von Daten als Gegenleistung künftig eine dingliche oder schuldrechtliche Anerkennung, so ist auch die Frage aufgeworfen, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Angemessenheit des Austauschverhältnisses einer rechtlichen Kontrolle unterworfen sein soll. Das Datenschutzrecht normiert die Grundsätze der Transparenz der Datenverarbeitung, der Zweckbindung und der Datenminimierung mit Blick auf den bewilligten Zweck (Art. 5 Datenschutz-Grundverordnung). Jedenfalls insoweit man die Zweckbestimmung dem für die Datenverarbeitung Verantwortlichen überlässt, sind sie von der An-

⁶⁰ Monopolkommission, Rn. 338. In dieselbe Richtung: Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 5.

⁶¹ Siehe z.B. Bräutigam, MMR 2012, 635; Zech, GRUR 2015, 1151 ff.; ders., CR 2015, 137 ff.; Hoppen, CR 2015, S. 802 ff. Auch der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen hat sich vor kurzem für eine rechtliche Sicherung der persönlichen Daten als Eigentum der Verbraucher ausgesprochen – siehe Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 1.

gemessenheit des etwaigen Austauschverhältnisses unabhängig. Eine Angemessenheitskontrolle kann in Art. 7 Abs. 4 angelegt sein (siehe oben). Die Vorschrift bleibt insoweit aber undeutlich. Das Ziel, die Freiwilligkeit der Einwilligung zu gewährleisten, ist grundsätzlich von einer Angemessenheitskontrolle des Austauschverhältnisses verschieden.

In der Diskussion über eine Kommerzialisierung von Daten ist vielfach darauf hingewiesen worden, dass Verbraucher den Wert der eigenen Daten schwer ermessen können.⁶² Die eigenen Daten müssen durch den Verbraucher nicht erst selbst erwirtschaftet werden, sondern werden nebenbei erzeugt. Einen wirtschaftlichen Wert erlangen sie erst durch die unternehmerische Verwertung (häufig unterstützt durch die Verknüpfung mit anderen Daten). Vorgeschlagen worden ist vor diesem Hintergrund, bei „gratis“, aber im Austausch gegen Datenzugriff angebotenen Diensten die Transparenzanforderungen zu erhöhen. Die Datenerhebung und -nutzung müsse im selben Maße transparent sein, wie der Euro-Preis einer entgeltlichen Dienstleistung.⁶³ Hohe Anforderungen an Klarheit und Transparenz werden sich auch den Regeln zur AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) entnehmen lassen.⁶⁴ Das Leistungs-Gegenleistungsverhältnis selbst ist nach geltendem Recht allerdings einer Angemessenheitskontrolle entzogen, insoweit die Vorschriften des Datenschutzrechts gewahrt sind. Schon angesichts der hohen Dynamik und Innovation im Bereich der Datenverarbeitung ist bei einem Einstieg in eine von diesem Grundsatz abweichende Regulierung von Verträgen, bei denen die Gegenleistung in der Gewährung von Zugriff auf Daten besteht, Zurückhaltung geboten. Zu berücksichtigen ist auch, dass eine solche Regulierung den Markteintritt für neue Unternehmen erschweren könnte. Um der „Datenmächtigkeit“ der großen Akteure im Markt zu begegnen, lassen gerade diese sich häufig einen weitreichenden Datenzugriff einräumen. Es ist daher nach anderen Möglichkeiten zu suchen, die Kontrolle der Verbraucher über ihre Daten zu stärken (siehe unten).

Die hier nur angerissenen Fragen bedürfen der weiteren Diskussion.

3.3. STÄRKUNG DER KONTROLLE DER VERBRAUCHER ÜBER IHRE DATEN („INDIVIDUELLE DATENSOUVERÄNITÄT“)

Initiativen in Richtung einer Kommerzialisierung von Daten sollten mit dem Bemühen verbunden sein, die Kontrolle der Verbraucher über ihre Daten zu stärken. Im digitalen Kontext besteht eine spürbare Diskrepanz zwischen Datenschutzrecht und Realität. Sie folgt teilweise aus den hohen Transaktionskosten, die Nutzer haben, wenn sie sich Kenntnis über die Praxis der Datenerhebung und -verarbeitung verschaffen wollen. Teilweise folgt sie auch aus einem fehlenden praktischen Interesse der Nutzer, das häufig im Gegensatz zu den abstrakt geäußerten Datenschutzpräferenzen steht (sog. „privacy paradox“⁶⁵). Eine besser handhabbare Kontrolle über eigene Daten könnte die Wirksamkeit des Individual-

⁶² Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 6, verbunden mit dem Petitum, dass leicht verständliche technische Lösungen entwickelt werden sollten, die Verbrauchern eine Einschätzung des Wertes erlauben.

⁶³ Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, 22.4.2015, S. 56.

⁶⁴ Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, 22.4.2015, S. 48

⁶⁵ Dazu, mit weiteren Nachweisen, Acquisti/Taylor/Wagman (im Erscheinen, S. 37).

rechtsschutzes, zugleich aber auch den Wettbewerb erhöhen, wenn Nutzer sich künftig bewusster für unternehmerische „privacy“-Politiken entscheiden würden.

Will man die individuelle Kontrolle über personenbezogene Daten stärken, so wird es nicht ausreichen, die Anforderungen an die Transparenz, Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Klarheit der vorformulierten Einwilligungserklärungen zu überprüfen. Die hohen Transaktionskosten für die Nutzer folgen nicht nur aus Mängeln der Transparenz, sondern vor allem aus der Häufigkeit, mit der Einwilligungen abgefragt werden, ohne dass der Grad der Missbrauchsgefahr für die Nutzer erkennbar ist. Neue Formen der Einwilligung müssen daher entwickelt werden,⁶⁶ die Nutzern den Grad der Sensibilität der abgefragten Daten und konkrete Gefahrenlagen vor Augen führen. Nachgedacht wird zum Beispiel über standardisierte Einwilligungen für bestimmte Geschäftsmodelle und über die Einführung von Ampelsystemen.⁶⁷ Auch privatwirtschaftlich organisierte Zertifizierungen können unter Umständen helfen.⁶⁸

Es bestehen aber auch Zweifel, ob Information allein genügt, um einen wirksamen Datenschutz sicherzustellen.⁶⁹ Unterstützend könnten „privacy by design“ und „privacy by default“ zum Einsatz gebracht werden. „Privacy by design“-Ansätze sehen eine Absicherung bestimmter Datenschutzstandards mit technischen Mitteln vor (siehe zu entsprechenden Verpflichtungen Art. 23 Datenschutz-Grundverordnung).⁷⁰ „Privacy by default“ beruht auf datenschutzfreundliche Voreinstellungen (siehe auch Art. 23 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung).⁷¹

Zu prüfen sind auch Möglichkeiten, den Datenschutz durch ausdifferenzierte Möglichkeiten „identity management“ zu stärken: Während Menschen „offline“ bei der Preisgabe von Information meist klar zwischen verschiedenen Sphären unterscheiden (z.B. Intimsphäre, Familie und Freundeskreis, erweiterte Sozialsphäre, Öffentlichkeit), laufen im Internet regelmäßig sämtliche Informationen zusammen und können umfassende Einblicke in die Persönlichkeit begründen, wie sie „offline“ nicht akzeptiert würden. Denkbar wäre es, Internetsutzern den Einsatz unterschiedlicher Identitäten mit unterschiedlichen Datenschutzeinstellungen zu ermöglichen und die Zusammenführung der jeweils erzeugten Datenspuren technisch auszuschließen, so dass auch online eine Ausdifferenzierung nach Sozialsphären möglich wird. Während das Datenschutzrecht zunächst nur die Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten kennt, könnte

⁶⁶ Siehe auch Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 5; Monopolkommission, Rn. 337; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme WP 223 v. 16.10.2014.

⁶⁷ Für einen knappen Überblick siehe Daniel Rücker, Datenschutz, in: BDI/Noerr (Hrsg.), Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, 2015, S. 39.

⁶⁸ Siehe hierzu Larouche/Peitz/Putrova (2016).

⁶⁹ Siehe Monopolkommission, Rn. 339: Der nur auf Information ausgerichtete Ansatz sollte überprüft und u.U. ausdifferenziert werden.

⁷⁰ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 9.

⁷¹ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbraucher in der Digitalen Welt Verbraucherpolitische Empfehlungen, 2016, Rn. 9.

den Nutzern hiermit zugleich technisch eine sphärenabhängige Ausdifferenzierung des Schutzes ermöglicht werden.⁷² Sowohl über die konkrete Unterteilung der Sphären als auch über die Zuordnung von personenbezogenen Informationen zu den verschiedenen Sphären könnten die Nutzer dabei selbst entscheiden. Bei besonders sensibel empfundene Daten könnten Nutzer so die Einwilligung in die Datenverarbeitung gänzlich ausschließen.

Welche Instrumente die „individuelle Datensouveränität“ effektiv stärken und gleichzeitig gewährleisten können, dass die Verbraucher von dem Nutzen der Datenwirtschaft profitieren, bedarf weiterer Diskussion. Wo eine effektive individuelle Wahrnehmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung mit Blick auf die Komplexität der Sachverhalte unrealistisch wird, ist über eine treuhänderische Wahrnehmung von „Datenrechten“ durch Dritte („trusted third parties“) nachzudenken, welche die vom Einzelnen festgelegten Präferenzen in dessen Sinne konkretisieren können.

3.4. ÜBERPRÜFUNG DER BESTEHENDEN DATENSCHUTZ-SONDERREGELN IM TKG UND TMG

Der Zugriff Dritter auf personenbezogene Daten sollte in bestimmten Kontexten gänzlich ausgeschlossen werden. So müssen das verfassungsrechtlich garantierte Brief- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) für sämtliche nicht-öffentliche Formen zwischenmenschlicher elektronischer Kommunikation gelten (insbesondere e-mail, VoIP, Kurznachrichten u.a.).⁷³

Ob die weitergehenden Sonderregeln zum Datenschutz im TKG weiterhin eine Berechtigung haben, bleibt zu prüfen. Derzeit unterfallen Telekommunikationsdienstleister i.S.d. TKG nicht nur im Kontext des Fernmeldegeheimnisses, sondern auch darüber hinaus sektorspezifischen und besonders streng ausgestalteten Datenschutzregeln. Dies gilt in besonderem Maße für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Standortdaten. Die Regelung des § 98 TKG, die für Telekommunikationsdienste gilt, weicht deutlich von den Regelungen für Telemediendienste in den §§ 11 ff. TMG ab.⁷⁴ Die Anwendung des § 98 TKG auf moderne standortbezogene Dienste bereitet Schwierigkeiten. Es ist ferner zweifelhaft, ob eine zwischen Telekommunikationsdiensten und Telemediendiensten differenzierende Regelung weiterhin gerechtfertigt ist. Im Rahmen des „TK-Review“ wird daher eine allgemeine Regelung angestrebt.

3.5. SCHAFFUNG EINER WETTBEWERBSFREUNDLICHEN DATENORDNUNG: DATENPORTABILITÄT

Die Ausgestaltung der „individuellen Datensouveränität“ beeinflusst in einer „datifizierten Ökonomie“ auch den Wettbewerb. Dies gilt in besonderem Maße für die Frage, ob Nutzer Daten, die sie auf einer digitalen Plattform generiert haben, auf eine andere Plattform mit-

⁷² Für die Relevanz einer solchen Ausdifferenzierung siehe auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte v. 13.11.2012 im Fall M.M. v UK⁷², in welchem es heißt: „The greater the amount and sensitivity of data held and available for disclosure, the more important [is] the content of the safeguards to be applied at the various crucial stages in the subsequent processing of data“.

⁷³ Siehe auch Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, 22.4.2015, S. 55.

⁷⁴ Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, 22.4.2015, S. 29 ff.

nehmen oder einem externen Anbieter von Zusatzdiensten zur Verfügung stellen können. Ein solches „Recht auf Datenübertragbarkeit“ ist nunmehr in allgemeiner Form in Art. 18 des Entwurfs der Datenschutz-Grundverordnung festgeschrieben. Es reicht deutlich über den bisherigen datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch⁷⁵ hinaus und soll einem dateninduzierten „lock-in“ entgegenwirken.⁷⁶ Durch die Erleichterung eines Plattformwechsels soll der Wettbewerb gefördert werden. Dies gilt für den Innovationswettbewerb, aber auch für den Konditionenwettbewerb: Bei einer nachträglichen Verschlechterung der „Datenpolitik“ eines Unternehmens können Nutzer künftig leichter mit einem Wechsel reagieren.

Das europäische Recht entscheidet sich damit für einen vom US-amerikanischen Modell deutlich abweichenden Weg: Im Fall „*Facebook v Power Ventures*“⁷⁷ hatte das U.S. District Court of California zu entscheiden, ob technische Barrieren, die Facebook für das Abgreifen von Daten wie Freundes- und Kontaktlisten errichtete, mit Sec. 2 Sherman Act vereinbar waren. Das amerikanische Gericht hat dies bejaht und den Softwareentwickler Power Ventures, der seinen Nutzern die Möglichkeit bieten wollte, die Aktivitäten in sozialen Netzwerken über eine eigene Internetseite zu bündeln, und hierfür auf Facebook-Daten zurückgriff, zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt.

In Frankreich soll ein Recht auf Portabilität von E-mails und Kontaktlisten einerseits, von online gespeicherten Daten andererseits schon vor Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung in den Code de la consommation aufgenommen werden.⁷⁸ Auch in Deutschland kann eine eigene gesetzliche Regelung zur Datenportabilität im Vorgriff auf die Datenschutz-Grundverordnung erwogen werden. Allerdings bedarf es insoweit wie auch im Kontext der Datenschutz-Grundverordnung sorgfältiger Überlegungen, wie das Recht auf Datenportabilität konkret ausgestaltet wird. Zum einen stößt die Datenübertragbarkeit an Grenzen, wenn personenbezogene Daten mit denen anderer Personen verknüpft sind, wie dies beispielsweise in sozialen Netzwerken der Fall ist. Desweiteren muss darauf geachtet werden, dass die mit der Portabilität einhergehende Standardisierung hinsichtlich von Übergabeformaten nicht zu einem Innovationshemmnis wird und für kleine Portalanbieter ohne übermäßige Kosten implementierbar ist.

Das Recht auf Datenportabilität ist auf natürliche Personen und die sich auf sie beziehenden personenbezogenen Daten beschränkt und gilt demgemäß nicht für ein Unternehmen im Verhältnis zu seinem IT-Dienstleister, der als Auftragsverarbeiter tätig wird. Zum Teil ist eine Erstreckung des Rechts auf Datenportabilität auf den B2B-Bereich vorgeschlagen worden.⁷⁹ Insoweit scheint aber eine wettbewerbsrechtliche Lösung ausreichend, die (nur)

⁷⁵ Siehe § 34 Abs. 1 BDSG.

⁷⁶ Zur Bedeutung, welche die Kommission der Datenportabilität beim Schutz diskriminierungsfreier, offener Märkte beimisst, siehe auch Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin., S. 15 f.

⁷⁷ N.D. Cal., 20.7.2010, No.C08-05780 JW, 2010 WL 3291750 – *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.*, Abschnitt IV C. 13.

⁷⁸ Siehe Project de loi No. 3318 pour une République numérique, das die Einfügung eines entsprechenden Article L.121-120 und 121-121 in den Code de la consommation vorsieht.

⁷⁹ Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, 22.4.2015, S. 51 f.

dann eingreift, wenn sich die Beschränkung der Portabilität im Einzelfall als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt.

4. Rechtsdurchsetzung

Zur effektiven Gewährleistung „individueller Datensouveränität“ und eines „level playing field“ bedarf es nicht nur guter Regeln, sondern auch einer effektiven Durchsetzung des Datenschutzrechts – auch im Verhältnis zu international tätigen digitalen Plattformen. Diese hat in der Vergangenheit nicht durchgängig stattgefunden. Angesichts der praktischen Bedeutung des Datenzugriffs im Rahmen digitaler Geschäftsmodelle kann eine ungleichmäßige Durchsetzung den Wettbewerb nachhaltig verzerren.

Die Datenschutz-Grundverordnung stellt künftig auf das Marktortprinzip ab (s.o.). Das Problem der effektiven Durchsetzung erledigt sich damit nicht. Das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts⁸⁰ erstreckt die Möglichkeit von Verbraucherverbänden und Kammern, bei bestimmten Verbraucherrechts- und Gesetzesverstößen Unterlassungsklage zu erheben, auch auf Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften.⁸¹ Es ist zu erwarten, dass dies die Durchsetzung des Datenschutzrechts auch im digitalen Bereich stärken wird.

Neben der privaten steht die öffentliche Durchsetzung des Datenschutzrechts. Die Verankerung in Art. 8 Abs. 3 der Grundrechte-Charta verleiht ihr besonderes Gewicht. Die Datenschutz-Grundverordnung sieht grundsätzlich eine Durchsetzung durch die nationalen Aufsichtsbehörden vor und regelt die Zuständigkeiten (Art. 51). Sie stärkt die Durchsetzungsbefugnisse der nationalen Aufsichtsbehörden: Sie sind im Falle eines Verstoßes ermächtigt, eine Beschränkung der Datenverarbeitung bis zu einem Verbot zu verhängen. Auch hohe Geldbußen kommen künftig in Betracht (Art. 53 Datenschutz-Grundverordnung). Zur Gewährleistung der Kohärenz der Anwendung des Datenschutzrechts in der EU ist eine enge Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden untereinander sowie mit der Kommission vorgesehen. Das System der Zusammenarbeit wird in der Datenschutz-Grundverordnung neu geregelt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine verbindliche Streitbeilegung durch den Europäischen Datenschutzausschuss⁸² erfolgen (Art. 58a). Die Befugnisse des Europäischen Datenschutzausschusses bleiben aber weit hinter den Befugnissen der Kommission in der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts zurück.⁸³ Die Datenschutz-Grundverordnung folgt dem Modell eines europäischen Verwaltungs- und Regulierungsverbundes. Das System der Zusammenarbeit ähnelt dem, wie es mit dem GEREK⁸⁴ im Bereich des Telekommunikationsrechts besteht.

⁸⁰ Gesetz v. 17.2.2016, BGBl. 2016 Teil I Nr. 8, S. 233. Siehe dazu: Halfmeier, NJW 2016, 1126 ff.

⁸¹ Bisher war dies nur über § 3a UWG n.F. (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.) möglich.

⁸² Nachfolger der Artikel-29-Arbeitsgruppe.

⁸³ Zur Befugnis der Kommission, wettbewerbsrechtliche Verfahren vor mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden jederzeit an sich zu ziehen, siehe Art. 11 Abs. 6 der VO 1/03 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1.

⁸⁴ Siehe Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl. 2009 Nr. L 337/1.

III. PROBLEME INFORMATIONELLER MACHT IM KONTEXT DIGITALER PLATTFORMEN?

Das Datenschutzrecht erschöpft die Frage nach den Grenzen einer zulässigen Datenverarbeitung im digitalen Raum nicht. Ungeachtet einer datenschutzrechtlichen Einwilligung können die neuen Möglichkeiten der Datenaggregation und -verarbeitung zu Ungleichgewichten zwischen den Anbietern und den Nutzern digitaler Angebote führen. Zu prüfen ist, ob hieraus Missbrauchsgefahren resultieren können, und falls ja welche. Auch die Frage nach dem Umgang mit einer Konzentration von Datenmacht bei einigen wenigen Unternehmen wird im Datenschutzrecht nicht behandelt. In der Diskussion über eine Informations- und Datenordnung für digitale Plattformen sollten beide Dimensionen möglicher informationeller Macht ausgelotet werden.

1. *Potenzielle Ausbeutungslagen durch Datenaggregation*

Das intensive Sammeln von Nutzerdaten durch digitale Plattformen wirft die Frage nach möglichen Ausbeutungsgefahren im Verhältnis zwischen digitalen Plattformen und Verbrauchern auf. Zwar unterwirft die Datenschutz-Grundverordnung nun das sog. „Profiling“ besonderen Anforderungen. Eine präzise Differenzierung zwischen verschiedenen Nutzergruppen zählt aber zugleich zu den unerlässlichen Bedingungen der Nutzung von Daten zu Zwecken etwa des „targeted advertising“. Es kann auch Bestandteil des konkreten Angebots einer Plattform sein – etwa wenn eine Plattform Nutzern Informationen zur Verfügung stellt, die auf ihre spezifischen Interessen abgestimmt sind. Es ist daher davon auszugehen, dass das „Profiling“ auch in Zukunft einen erheblichen, wenn nicht wachsenden Einsatzbereich haben wird. Ein solches „Profiling“ kann für Nutzer Vor- aber auch Nachteile haben. Zu den Vorteilen gehören die passgenauen Angebote. Es ist aber zugleich denkbar, dass Unternehmen die Kenntnis der Verhaltens- und Reaktionsmuster ihrer Kunden gezielt zu deren Nachteil ausnutzen können. Auf die Möglichkeit einer individuellen Preisdiskriminierung ist bereits hingewiesen worden. Zu prüfen ist, ob es andere Fallkonstellationen gibt, in denen die Informationsüberlegenheit einer Seite zu einer Ausbeutungslage führen kann, die in die Nähe der in § 138 Abs. 2 BGB normierten Ausbeutungslagen gerät, bei denen also die „digitale Privatautonomie“ so stark beeinträchtigt ist, dass eine Korrektur geboten erscheint.

2. *Wirtschaftliche „Datenmacht“*

In der Diskussion über „Big Data“ geht es aber nicht nur um bilaterale Ausbeutungsgefahren. Der Datenzugriff durch digitale Plattformen – insbesondere durch Plattformen mit großer Nutzerzahl – kann unter bestimmten Umständen auch zur Entstehung und/oder Verfestigung von Marktmacht beitragen. Bei einmal erreichter Marktführerschaft können dort, wo große Mengen an Nutzerdaten für die Qualität einer Dienstleistung eine erhebliche Rolle spielen, Rückkoppelungseffekte zur Verfestigung der Markstellung beitragen. Verpflichten „datenmächtige“ Unternehmen kleinere Unternehmen, die, etwa bei der Schaltung von Werbung, auf das „datenmächtige“ Unternehmen angewiesen sind, zur Zulieferung von eigenen Daten betreffend etwa das Surfverhalten von Kunden, so kann sich auch dadurch eine Machtstellung weiter verstärken. Die Integration des „Like“-Buttons von Facebook in Webseiten zahlreicher anderer digitaler Anbieter, verbunden mit der Übermitt-

lung dort anfallender Kunden-Surfdaten an Facebook,⁸⁵ ist von den Gerichten bislang unter datenschutzrechtlichen Aspekten untersucht worden. Es können aber auch wettbewerbsrechtliche Fragen aufgeworfen sein. Zu erörtern ist, ob es unter Umständen eine datenspezifische „besondere Verantwortung“ marktmächtiger Unternehmen geben kann.

Die Bandbreite möglicher Verbindungen zwischen Datenschutz- und Wettbewerbsrecht zeigt auch das vom Bundeskartellamt gegen Facebook eingeleitete Verfahren, das – soweit aus der Pressemitteilung ersichtlich – auf der Theorie eines Missbrauchs durch Rechtsbruch in Form eines Daten-Ausbeutungsmisbrauches beruht (näher: siehe unten). Daten als Grundlage von Marktmacht und/oder Behinderungs- und Ausbeutungsmisbräuchen durch marktbeherrschende Unternehmen sind für das Wettbewerbsrecht neu, lassen sich aber mit seiner Hilfe bewältigen (siehe unten).

3. *Gesellschaftliche / politische Datenmacht?*

In der öffentlichen Diskussion werden weitergehenden Bedenken gegen „Big Data“ vorgebracht. So ist die Sorge zu hören, dass die „Datenmächtigkeit“ einiger Unternehmen zur Entstehung gesellschaftlicher Meinungsmacht und letztendlich zu politischen Machtpositionen beitragen kann. Berichte darüber, dass Facebook in den USA in der Rubrik „Trending Topics“ Nachrichten über konservative Politiker und Inhalte systematisch aussortiert bzw. zurückgestellt habe, haben dieser Debatte neue Nahrung gegeben. Auch mit Blick auf die Suchmaschine Google wird der Umgang mit „Gatekeepers“⁸⁶ zum Internet diskutiert. Ferner besteht die Besorgnis, dass eine immer stärkere Segmentierung von Nutzergruppen zur Segmentierung gesellschaftlicher und politischer Diskurse beitragen könne.

Mit der neuen Datenwirtschaft verbunden sind damit Diskussionen, wie sie im 19. Jahrhundert am Beginn der Entwicklung des US-Antitrustrechts standen: Zu prüfen ist der Einfluss der neuen Datenökonomie auf Machtpositionen in Gesellschaft, Wirtschaft und Politik. Zugleich bleiben viele der geäußerten Bedenken bislang diffus. Ob und wenn ja in welchen Hinsichten tatsächlich regelungsbedürftige neue Machtpositionen entstehen, bedarf der weiteren Untersuchung.

IV. BESONDERE REGELUNGSBEDÜRFNISSE BEI SUCHMASCHINEN?

Die Frage nach informationeller Macht ist vor allem im Zusammenhang mit Suchmaschinen, namentlich mit Google, erörtert worden.⁸⁷ Suchmaschinen zählen, wie Vergleichs- und Bewertungsportale, zu den wichtigen Informationsintermediären im Internet. Sie sammeln

⁸⁵ Siehe dazu LG Düsseldorf, 9. März 2016, Az. 12 O 151/15 – Untersagung der Nutzung des Page-Plugin und des Like-Buttons.

⁸⁶ Zum Begriff des aus den Kommunikations- und Sozialwissenschaften entlehnten „gatekeepers“ im Detail: Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn.222.

⁸⁷ Siehe z.B. Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr. 213, 2015; Körber, Google im Fokus des Kartellrechts, WRP 2012, 761 ff.; Klotz, Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV, WuW 2016, 58 ff.; Haucap/Kehder, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 44, 2013 u.a.

in automatisierter Weise Daten und Inhalte von Webseiten und erstellen auf dieser Grundlage einen Index, in dem Internetadressen mit verschiedenen Suchwörtern verknüpft sind. Bei der Sucheingabe durch einen Nutzer durchsucht ein Suchalgorithmus den so erstellten Index und wirft nach Maßgabe bestimmter Relevanzkriterien eine Liste von Treffern aus. Relevanzkriterien, die dabei eine Rolle spielen können, sind etwa die Häufigkeit der „Klicks“ durch andere Nutzer, die Zahl der Verlinkungen durch andere Webseiten oder – im Falle einer Personalisierung – auch nutzerspezifische Interessen. Suchmaschinen verringern so die Suchkosten für die Nutzer. Ohne die Inanspruchnahme von Suchdiensten wäre eine sinnvolle Nutzung der unüberschaubaren Informationsfülle im „World Wide Web“ praktisch ausgeschlossen.⁸⁸ Für Nutzer sind Suchmaschinen häufig der erste Ausgangspunkt bei der Orientierung im Internet. Umgekehrt werden gerade neue und weniger bekannte Internetanbieter erst mithilfe von Suchdiensten auffindbar.

1. Suchmaschinen als „Gatekeeper“ zum Internet: Verpflichtung zur Suchneutralität?

Diese besondere Bedeutung von Suchmaschinen und die starke Konzentration von Suchanfragen bei Google hat Anlass zu einer genaueren Auseinandersetzung mit der Marktstellung und dem Marktverhalten von Google gegeben. In Deutschland laufen 90 % der allgemeinen Suchanfragen über Google. Die Nutzerbindung ist stark. Zwar ist die parallele Nutzung verschiedener Suchmaschinen (sog. Multi-Homing) für die Nutzer grundsätzlich einfach. Die Wechselkosten sind niedrig. Netzwerkeffekte können gleichwohl zu erheblichen Marktzutrittsschranken führen.⁸⁹ Googles Datenpool betreffend das Suchverhalten der Nutzer verschafft dem Unternehmen erhebliche Größenvorteile bei der auf vergangenen Nutzerverhalten beruhenden Verbesserung der Suchergebnisse.⁹⁰ Allerdings ist unklar, wieviele Daten über Nutzerverhalten einem Wettbewerber zur Verfügung stehen müssen, um in der Lage zu sein, qualitativ hochwertige Suchergebnisse bereitzustellen. Hohe Marktzutrittsschranken dürfen ferner nicht unterstellt werden, ohne vorab zu überprüfen, ob Wettbewerber möglicherweise auf Daten aus anderen Quellen zurückgreifen können, die ebenso für die Zwecke einer Suchmaschine taugen.

Bei der EU-Kommission ist ein Verfahren betreffend eine möglicherweise missbräuchliche Privilegierung des Google-Preisvergleichsdienstes bei der organischen Suche anhängig. Die Klärung der damit zusammenhängenden faktischen und rechtlichen Fragen ist Aufgabe des Wettbewerbsrechts (dazu s.u.). Zu klären ist unter anderem, ob und in welchem Umfang die Suchmaschine Google tatsächlich über einen vom Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die kostenlose Internetsuche einen relevanten Markt im Sinne des Wettbewerbsrechts darstellt. Von der EU-Kommission wurde diese Frage in einem Verfahren aus 2010 offengelassen.⁹¹ Im laufenden Verfahren betreffend den Google-Preisvergleichsdienst scheint die Kommission von einem solchen Markt auszugehen. Die fehlende Entgeltbeziehung zu den Nutzern steht der An-

⁸⁸ Siehe BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, MMR 2003, 719 (724) – *Paperboy*.

⁸⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 204 ff.; Paal, GRUR-Beilage 2014, 69 (72).

⁹⁰ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 201; Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162 (163f.) (166f.).

⁹¹ Siehe Kommission v. 18.2.2010, COMP/M. 5727, Rn. 86 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

nahme eines Marktes nach mittlerweile wohl überwiegender Auffassung nicht mehr entgegen.⁹² Im Falle von Suchmaschinen „bezahlen“ die Nutzer mit ihrer Aufmerksamkeit. Google erlangt ferner wertvolle Daten über das Such- und Einkaufsverhalten, die unter anderem für Zwecke des „targeted advertising“ ausgewertet werden.⁹³

Geht man vom Bedarfsmarktkonzept aus, so muss aber in Rechnung gestellt werden, dass Nutzer in verschiedenen Kontexten zur Auffindung relevanter Inhalte im Internet auf verschiedene Suchangebote zurückgreifen. Es muss daher die Substituierbarkeit zwischen allgemeinen Suchanfragen auf Suchmaschinen und Suchanfragen auf anderen Plattformen wie beispielsweise Amazon und Tripadvisor untersucht werden, insbesondere die Substituierbarkeit zwischen horizontalen und spezialisierten (sogenannten vertikalen) Suchmaschinen. Während erstere Ergebnisse für sämtliche Arten von Suchanfragen liefern, sind letztere typischerweise auf spezielle Suchanfragen wie beispielsweise nach Bildern, Videos, Nachrichten oder bestimmten Produkten und Dienstleistungen etc. ausgerichtet.⁹⁴ Mittlerweile werden horizontale und vertikale Suchdienste zunehmend miteinander verknüpft, sodass bei einer allgemeinen Suche bereits spezialisierte Suchergebnisse, wie z.B. Kartendienste, Wetterinformationen oder Onlineshops, mit angezeigt werden.⁹⁵ Die Suchmaschinenanbieter entwickeln sich so von reinen Inhaltevermittlern zu Inhalteanbietern weiter.⁹⁶ Umgekehrt können Verkaufsplattformen wie Amazon bei der Produktsuche als Suchmaschine eingesetzt werden. Auch bei anderen Leistungen wie z.B. Hotelbuchungen kommt es zu einer verbreiteten Substitution horizontaler durch vertikale Suchmaschinen.⁹⁷ Es wird daher zunehmend über differenzierte Marktabgrenzungen (anhand von Suchbegriffen / mit Blick auf bestimmte Absichten von Suchenden) nachgedacht.⁹⁸ Die Marktabgrenzung hängt eng zusammen mit der Frage nach der Marktmacht von Google. Auch für die Frage,

⁹² Ausführlich: Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 15 f. m.w.N. zur Entscheidungspraxis der EU-Kommission. Siehe aber OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.2015, VI Kart 1/14, NZKart 2015, 148 – HRS.

⁹³ Siehe Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 16 m.w.N.

⁹⁴ Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 182; Kommission v. 18.2.2010, COMP/M. 5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Rz. 31; Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, 387 (392).

⁹⁵ Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 183.

⁹⁶ Siehe Dörr/Natt, ZUM 2014, 829 (831).

⁹⁷ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 194, 244.

⁹⁸ Einen Ansatz, der horizontale von vertikalen Suchen und Suchen innerhalb sozialer Netzwerke abgrenzen will, verfolgen bspw. Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162 (167); in die gleiche Richtung gehen auch Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, 387 (392). Die Kommission hat insoweit zumindest erwogen, andere technische Suchdienste, wie bspw. Online-Adressverzeichnisse oder sogar offline-Suchdienste mit in den Markt miteinzubeziehen – siehe Kommission v. 18.2.2010, COMP/M. 5727, Rz. 86 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

ob und in welchem Maße die Marktstellung von Google bestreitbar ist, spielen alternative Suchmöglichkeiten eine wichtige Rolle.⁹⁹

Ungeachtet dieser komplexen Fragen hat das Verfahren betreffend eine mögliche Privilegierung des Google-Preisvergleichsdienstes den Anstoß für eine breit geführte Debatte über eine Verpflichtung von Google zur „Suchneutralität“ gegeben.¹⁰⁰ Google, so die Annahme, sei in ähnlicher Weise wie Netzbetreiber zu einer grundlegenden Infrastruktur des Internet geworden. Die Offenheit und Freiheit des Internet könne nur durch weit gefasste Diskriminierungsverbote gewährleistet werden.

Die Debatte hat schnell erwiesen, dass es Suchneutralität im Sinne einer Objektivität der Suche oder im Sinne eines klar strukturierten und durchsetzbaren Diskriminierungsverbots, wie es im Kontext der Netzneutralitätsdebatte für Telekommunikationsnetzbetreiber gefordert wird, für Suchmaschinenbetreiber nicht geben kann. Aufgabe einer Suchmaschine ist es, für den Nutzer relevante Ergebnisse herauszufiltern. Die Suchmaschine muss also selektieren und zwischen verschiedenen Angeboten diskriminieren. Die Suche nach Relevanzkriterien, die den Interessen der Nutzer entsprechen, ist Gegenstand des Wettbewerbs und Teil eines innovativen Entdeckungsprozesses. In diesen sollte behördlich nicht eingegriffen werden. Der exakte Suchalgorithmus stellt ein Geschäftsgeheimnis dar. Seine behördliche Überwachung im Sinne einer wie auch immer verstandenen „Neutralität“ wäre auch praktisch kaum möglich. Gerechtfertigt sein kann demgegenüber ein Gebot, selbstprivilegierende Suchergebnisse, die unter Verstoß gegen die eigenen Relevanzkriterien auf einem herausgehobenen Platz angezeigt werden, als Werbung zu kennzeichnen. Ein solches Gebot kann sich bereits aus dem Lauterkeitsrecht ergeben (s.o.).

Die vorgenannten Erwägungen gebieten auch Zurückhaltung gegenüber der These, dass Google angesichts seiner hervorgehobenen Stellung eine besondere gesamtgesellschaftliche Verantwortung bzw. eine besondere Verantwortung für die öffentliche Meinungsbildung zukomme.¹⁰¹ Die Frage, in welchem Umfang sich Google selbst auf den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berufen kann, muss dabei nicht abschließend geklärt werden. Angesichts der Vielfalt von Nachrichtenangeboten und Plattformen des Meinungsaustausches im Internet ist eine Meinungsmacht von Google derzeit nicht naheliegend.

2. Verpflichtung von Informationsintermediären zur Achtung der „individuellen Datensouveränität“

⁹⁹ Das BKartA hat vor dem Hintergrund dieser Unsicherheiten im Verfahren *VG Media* nur von einer starken Marktposition von Google gesprochen – siehe BKartA, Beschluss v. 8.9.2015 Rn. 153 ff. – *VG Media*.

¹⁰⁰ Siehe dazu z.B. Crane, Search Neutrality as an Antitrust Principle, University of Michigan Public Law Working Paper No. 256, 2011; Paal, Internet-Suchmaschinen im Kartellrecht, GRUR Int. 2015, 997, 999. Kritisch z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, S. 100 Rn. 267 f.

Die ökonomische Literatur hat eine Reihe von Situationen identifiziert, in denen Suchmaschinen die organischen Suchresultate verzerrt wiedergeben. Peitz/Reisinger, 2016, Abschnitt 10.4.2, geben hierzu einen Überblick. Ineffizienzen entstehen auch, wenn Suchmaschinen Suchergebnisse aus Nutzersicht bewusst nicht optimal präsentieren, für eine formale Modellierung siehe Hagiu/Jullien, Rand Journal of Economics 2011. Allerdings ist nicht klar, ob solches Verhalten als eine Verletzung von „Suchneutralität“ eingestuft werden soll.

¹⁰¹ So aber Paal, ZRP 2015, 34 m.w.N. Siehe auch Dörr/Natt, ZUM 2014, 829 (847).

Suchmaschinen stehen als Informationsintermediäre zwischen den Suchenden und der im Internet verfügbaren Information. Oftmals ist dies Information über Personen oder Unternehmen, die aufgefunden werden wollen. Es kann sich aber auch um personenbezogene Information handeln, welche die betroffene Person nicht verfügbar machen will. In seinem Urteil v. 13.5.2014 in der Sache *Google Spain*¹⁰² hat der EuGH ein „Recht auf Vergessenwerden“ anerkannt und Suchmaschinenbetreibern weitreichende Verpflichtungen auferlegt, um den mit ihrer Tätigkeit verbundenen besonderen Gefahren für das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und für die Herrschaft über die eigene Person betreffende Information Rechnung zu tragen. Der EuGH hat zunächst festgestellt, dass eine Suchmaschine in dem Maße, in dem sie das Internet automatisch, kontinuierlich und systematisch auf veröffentlichte personenbezogene Information durchforstet, selbst „personenbezogene Daten“ verarbeitet. Dass die personenbezogenen Daten bereits unabhängig davon im Internet veröffentlicht waren, ändert daran nichts (Rn. 28 f.). Als derjenige, der über die Zwecke und Mittel der Suchtätigkeit entscheide, habe der Suchmaschinenbetreiber daher in seinem Verantwortungsbereich im Rahmen seiner Befugnisse und Möglichkeiten sicherzustellen, dass die rechtlichen Anforderungen an die Bearbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden (Rn. 38). Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Suchmaschinenbetreiber könne das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz personenbezogener Daten erheblich beeinträchtigen. Die Ergebnisliste, die ein Suchmaschinenbetreiber bereitstellt, ermögliche es den Internetnutzern, sich einen „strukturierten Überblick über die zu der betreffenden Person im Internet zu findenden Information zu erhalten, die potenziell zahlreiche Aspekte von deren Privatleben betreffen und ohne die betreffende Suchmaschine nicht oder nur sehr schwer hätten miteinander verknüpft werden können“ (Rn. 80). Angesichts der Schwere dieses Eingriffs muss ein Suchmaschinenbetreiber im Einzelfall einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse der Internetnutzer an Information und dem Recht der betroffenen Person auf Entfernung des links herstellen. Regelmäßig überwiegen die Interessen der betroffenen Person. Der Ausgleich kann aber in besonderen Fällen von der Art der Information, der Sensibilität für das Privatleben der betroffenen Person und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit abhängen (Rn. 81).

Das Recht auf Lösung und auf „Vergessenwerden“ ist nunmehr auch in Art. 17 der Datenschutz-Grundverordnung normiert.

3. Weitergehende Haftung von Suchmaschinenbetreibern

Die Frage nach der Verantwortlichkeit und Haftung von Suchmaschinenbetreibern sind nicht auf das „Recht auf Vergessenwerden“ beschränkt. Fragen ergeben sich auch bei der „Autocomplete“-Funktion im Suchfeld, die während der Eingabe Suchvorschläge macht. Die Suchvorschläge werden unter anderem auf der Grundlage der Häufigkeit früherer Eingaben, des Ortes der Suche, der Sprache und der Suchhistorie des Benutzers generiert. Der BGH hat im Jahr 2013 in einem viel diskutierten Urteil die Voraussetzungen für die Haftung des Suchmaschinenbetreibers für persönlichkeitsrechtsverletzenden Autocomplete-Vorschlägen konkretisiert.¹⁰³

¹⁰² EuGH 13.5.2014, Rs. C-131/12 – *Google Spain*.

¹⁰³ BGH 14.5.2013, VI ZR 269/13, NJW 2013, 2348 – *autocomplete*.

Aktuell wird eine mögliche diskriminierende Wirkung von Autocomplete-Vorschlägen diskutiert.¹⁰⁴

V. CHANCENGLEICHHEIT VON DIGITALEN PLATTFORMEN IM ZUGANG ZU NUTZERN: DIE DISKUSSION ÜBER NETZNEUTRALITÄT

Die Diskussion über eine Verpflichtung von Suchmaschinenbetreibern zur Gewährleistung von Suchneutralität betrifft mögliche Neutralitätsverpflichtungen digitaler Plattformen. In der Netzneutralitätsdebatte ist demgegenüber die Frage aufgeworfen, ob sich digitale Plattformen und andere Anbieter im Internet gegenüber Netzbetreibern auf ein Diskriminierungsverbot berufen können. Auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene wird seit geraumer Zeit diskutiert, ob Telekommunikationsnetzbetreiber, insbesondere Internetzugangsanbieter, gegen Entgelt bestimmte Daten priorisieren dürfen, oder ob alle digitalen Plattformen und sonstige Anbieter von Inhalten oder Diensten gleiche Zugangsmöglichkeiten zu Endkunden erhalten müssen.¹⁰⁵

Die neue Europäische Verordnung zur Netzneutralität¹⁰⁶ zielt auf ein offenes Internet mit gleichen Marktzugangschancen für alle Inhalte- und Diensteanbieter ab. Gleichzeitig sollen aber auch qualitätssensitive Dienste, die von einer bestimmten zugesicherten Übertragungsqualität abhängen, am Markt angeboten werden können. Für den allgemeinen Internetzugang gilt das Prinzip der Netzneutralität in Art. 3 Abs. 3 VO. Durch Art. 3 Abs. 5 VO werden aber auch qualitätsgesicherte entgeltliche Angebote zugelassen. Entscheidend ist dabei, dass für den allgemeinen Internetzugang stets ein Mindestqualitätsniveau sichergestellt sein muss, das grundsätzlich die Inanspruchnahme aller Dienste, Inhalte und Anwendungen, also auch aller digitalen Plattformen ermöglicht – wenn auch nicht in der bestmöglichen Qualität. Dies sicherzustellen ist Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, die zur Gewährleistung einer einheitlichen europäischen Anwendungspraxis auf Leitlinien werden zurückgreifen können, die gemäß Art. 5 Abs. 3 von BEREC bis zum 30. August 2016 verabschiedet werden sollen.

Im Hinblick auf die qualitätsgesicherten Dienste macht die Verordnung keine weitergehenden Vorgaben, außer, dass diese nicht zulasten des allgemeinen Internetzugangs gehen dürfen (Art. 3 Abs. 5 UAbs. 1 VO). Die Bereitstellung von qualitätsgesicherten Diensten steht Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste damit grundsätzlich frei. Ihre Nutzung durch digitale Plattformen hängt von einer entsprechenden privatautonom geschlos-

¹⁰⁴ <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/digitale-diskriminierung-luecke-zwischen-algorithmus-und-mensch-a-1082219.html>.

¹⁰⁵ Ausführlich hierzu: Schweitzer/Fetzer, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Netzneutralität, Impulsstudie für das BMWi, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/W/wettbewerbs-und-medienrechtliche-aspekte-von-netzneutralitaet,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>. Siehe auch Greenstein/Peitz/Valletti, Journal of Economic Perspectives 2016, zu den ökonomischen Wirkungszusammenhängen.

¹⁰⁶ Verordnung (EU) 2015/2120 über Maßnahmen zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, ABl. EU 2015, L 310, S.

senen vertraglichen Vereinbarung zwischen Plattformanbieter und Netzbetreiber ab. Einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu einem qualitätsgesicherten Dienst regelt die Verordnung nicht. Nach dem derzeitigen Entwicklungsstand sprechen allerdings auch überwiegende Argumente gegen einen solchen marktmachtunabhängiger Zugangsanspruch: Das allgemeine Kartellrecht, insbesondere das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV, reicht aus, um missbräuchlichen Zugangsverweigerungen angemessen zu begegnen.¹⁰⁷

Es bleibt zu beobachten, ob künftige Marktentwicklungen weitergehende Netzneutralitätsregelungen erforderlich machen. Vorrangig ist auf den Schutz des Wettbewerbs insbesondere im Internetzugangsmarkt durch das Wettbewerbs- und Regulierungsrecht zu setzen.

VI. MEINUNGS- UND MEDIENPLATTFORMEN: MEINUNGSMACHT?

1. Meinungsplattformen

Bestimmte digitale Plattformen können eine wichtige Rolle für die Ausübung der grundrechtlich auf nationaler Ebene durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und auf europäischer Ebene durch Art. 11 Abs. 1 Grundrecht-Charta geschützten individuellen Meinungsfreiheit spielen. Besonders deutliche Beispiele hierfür sind soziale Netzwerke, die von ihren Nutzern auch dazu verwendet werden, meinungsrelevante Inhalte mit anderen zu teilen. Hier stellt sich zum einen die Frage nach der Haftung von Plattformbetreibern für Inhalte. Sie wird derzeit durch §§ 7 ff. TMG im Wege eines Haftungsprivilegs beantwortet.

Ferner ist zu prüfen, ob es spezifische inhaltliche Neutralitätspflichten für Plattformbetreiber geben sollte, die es diesen verbieten, rechtmäßige Meinungsäußerungen von Plattformnutzern allein aus inhaltlichen Gründen zu zensieren. Auszugehen ist dabei von dem Befund, dass Plattformbetreiber selbst den Schutz der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG genießen. Das Bundesverfassungsgericht versteht den Begriff der „Meinung“ in ständiger Rechtsprechung weit, so dass hierunter grundsätzlich auch Wirtschaftswerbung fällt.¹⁰⁸ Allerdings ist für die Intensität des Schutzes die Relevanz einer Meinungsäußerung für die Demokratie erheblich. Je stärker eine Meinungsäußerung in den Bereich der kommerziellen Kommunikation fällt, umso geringer ist der verfassungsrechtliche Schutz. So können etwa lauterkeitsrechtliche Vorgaben den Schutz der Meinungsfreiheit beschränken. Zugleich kann ein- und dasselbe Portal für unterschiedliche Bereiche seiner Tätigkeit unterschiedlich starken Schutz genießen: So ist etwa ein Onlinekaufhaus im Hinblick auf die beworbenen Waren nur eingeschränkt im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG tätig, bei den Kundenrezensionen hingegen in einem Zentralbereich.

Plattformbetreiber sind aber nicht nur selbst durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit geschützt. Sie ermöglichen häufig auch die Ausübung der Meinungsfreiheit ihrer Nutzer.

¹⁰⁷ Siehe ausführlich: Ausführlich hierzu: Schweitzer/Fetzer, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Netzneutralität, Impulsstudie für das BMWi, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/W/wettbewerbs-und-medienrechtliche-aspekte-von-netzneutralitaet,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

¹⁰⁸ Ständige Rspr. seit BVerfGE 90, 241 (254).

Dies bedeutet nicht, dass für alle digitalen Plattformen ein besonderes Schutzinstrumentarium im Hinblick auf die Meinungsfreiheit zu etablieren wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar anerkannt, dass private Betreiber öffentlich zugänglicher Plätze eine besondere Verantwortung im Hinblick auf die Ausübung der Grundrechte der Nutzer dieser Plätze trifft,¹⁰⁹ sofern es sich um Plätze handelt, die für die Ausübung der Grundrechte (in den entschiedenen Fällen für die Versammlungsfreiheit) von besonderer Relevanz sind. Digitale Plattformen übernehmen heute vielfach die Funktion solch öffentlicher Plätze in der digitalen Welt. Dass Betreiber digitaler Plattformen, die ihren Nutzern frei zugänglich eine Meinungsäußerung ermöglichen, auf der Grundlage dieser Rechtsprechung zur Neutralität verpflichtet sind, liegt gleichwohl fern. Voraussetzung wäre eine konkrete Gefährdungslage für die Meinungsfreiheit. Gegenwärtig ist nicht zu erkennen, dass eine digitale Plattform eine so herausragende Stellung für eine wirksame Ausübung der Meinungsfreiheit erlangt hat oder erlangen könnte, dass ein solcher Eingriff in die Freiheitsrechte der Plattformbetreiber gerechtfertigt wäre.

2. Medienplattformen

Digitale Plattformen nehmen nicht nur im Hinblick auf die individuelle Meinungsfreiheit, sondern auch bezüglich der Medienfreiheit eine besondere Rolle ein. So stellen eine Vielzahl von Medienplattformen ihren Nutzern verschiedene mediale Inhalte in gebündelter Form zur Verfügung und übernehmen damit Funktionen, wie sie bisher traditionelle Massenmedien wie Rundfunk und Presse wahrgenommen haben. Videostreamingportale stellen audiovisuelle Inhalte bereit, Nachrichtenseiten kombinieren Text- und Bildinhalte miteinander und Nachrichtenaggregatoren stellen Nachrichten aus verschiedenen Quellen zusammen. Dies wirft die Frage auf, ob auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG auch im Hinblick auf solche Angebote ein System der Vielfaltssicherung geboten ist, wie es aus dem Rundfunk bekannt ist. Zu prüfen ist auch, ob es – wie beim Rundfunk – einer besonderen Kontrolle zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht bedarf.

Wirtschaftlicher Wettbewerb und inhaltliche Vielfalt gehen, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, nicht zwingend Hand in Hand.¹¹⁰ Mit Blick auf die Bedeutung der Meinungsvielfalt in einem demokratischen Gemeinwesen können daher Maßnahmen zur Gewährleistung inhaltlicher Vielfalt erforderlich sein, die über den wettbewerbsrechtlichen Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs hinausgehen. Jedoch weisen nicht alle digitalen Plattformen besondere medienspezifische Relevanz auf. Die weit überwiegende Anzahl von Plattformen dient entweder der meinungsrelevanten Individualkommunikation oder der kommerziellen Kommunikation. Für solche Plattformen wäre die Schaffung eines allgemeinen Vielfaltssicherungsrahmens nicht zu rechtfertigen.

Es ist daher zuerst zu klären, ob und wenn ja, welche digitalen Plattformen tatsächlich von besonderer Relevanz für die Medienvielfalt sind. Zweitens ist zu klären, welche spezifischen Maßnahmen zur Vielfaltssicherung hier ggf. erforderlich sein können. Denkbar sind einerseits Regelungen zum diskriminierungsfreien Zugang zu Plattformen für Medieninhalteanbieter bzw. Must-Carry-Regelungen, um inhaltliche Vielfalt zu gewährleisten. Andererseits ist es auch denkbar, Regelungen über die Auffindbarkeit von Inhalten auf digitalen

¹⁰⁹ BVerfGE 128, 226 – *Fraport*; BVerfG, NJW 2015, 2487 – *Bierdosen Flashmob*.

¹¹⁰ Vgl. zuletzt BVerfGE 136, 1 (29).

Plattformen zu treffen, um in der überbordenden Fülle von Inhalten insbesondere im Internet zu gewährleisten, dass besonders medienrelevante Inhalte nicht im Meer der Informationen untergehen. Allerdings bliebe zunächst festzustellen, welche Inhalte in einer solchen Weise zu privilegieren wären. Eine solche Entscheidung begegnet neben der Frage der praktischen Realisierbarkeit auch deshalb Bedenken, weil sie nicht nur einen Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb, sondern auch in den Meinungswettbewerb bedeuten kann. Sie sollte daher nur bei konkret erkennbaren Gefährdungslagen in Erwägung gezogen werden.

Für diesen eingeschränkten Bereich der Medienplattformen sind die Länder zuständig. Angesichts der zahlreichen Schnittstellen zu bundesrechtlichen Regelungsmaterien wie dem Wettbewerbs- und dem Telekommunikationsrecht ist aber eine enge Koordination nicht nur zwischen den Ländern, sondern auch zwischen Bund und Ländern unabdingbar. Bezüglich der Koordination zwischen den Ländern sollten daher gegebenenfalls staatsvertragliche Regelungen getroffen werden. Ein Ansatzpunkt bilden hierfür die Plattformregulierungsvorschriften der §§ 52 ff. Rundfunkstaatsvertrag (RfStV). Hierbei ist allerdings zu bedenken, dass Plattformen im Sinne dieser Normen nur diejenigen digitalen Plattformen erfassen, die als Medienplattformen im Sinne dieser Vorschriften tätig sind. Bei der Schaffung der Plattformregulierungsvorschriften hatten die Länder in erster Linie Infrastrukturbetreiber wie die Kabelanbieter im Blick, bei denen die Gefahr gesehen wurde, dass sie sich zu Gatekeepern der inhaltlichen Vielfalt entwickeln könnten. Die Landesmedienanstalten haben darüber hinaus nach § 2 Abs. 1 der Plattformregulierungssatzung auch Programmplattformen, die keine Kontrolle über die Infrastruktur ausüben, als Plattformanbieter eingeordnet, sofern sie Rundfunk und vergleichbare Telemedien zusammenfassen. Noch nicht geklärt ist hingegen, ob auch Betriebssysteme – etwa von Smartphones – als Plattformen im Sinne der Plattformregulierung qualifiziert werden können. Dies kann insbesondere für die Frage der Auffindbarkeit von Inhalten relevant werden, wenn ein Betriebssystem zugleich Einfluss darauf hat, welche inhaltlichen Angebote auf dem Endgerät in welcher Form und Reihung dargestellt werden.

Die Fortentwicklung der Plattformregulierungsvorschriften durch die Länder ist dabei unbedingt mit den wettbewerbs- und telekommunikationsrechtlichen Regelungen des Bundes abzustimmen, um Wertungswidersprüche und überflüssige Doppelregulierungen zu verhindern.

E. ELEMENTE EINER WETTBEWERBSORDNUNG FÜR DIGITALE PLATTFORMEN

Der Schutz digitaler Privatautonomie, wirtschaftlicher Freiheit und wirtschaftlicher Entwicklung bedarf nicht nur einer funktionsfähigen Informationsordnung. Neben ihr muss ein wirksamer Wettbewerbsschutz gewährleistet sein. Auch im digitalen Umfeld gewährleistet Wettbewerb Innovation, Effizienz und Wahlfreiheit für die Verbraucher.

Digitale Plattformen stehen in vielen Bereichen in intensivem Wettbewerb untereinander sowie mit funktional äquivalenten Dienste- und Güterangeboten „online“ und „offline“. Dem Schutz dieses Wettbewerbs dienen das GWB und, soweit der zwischenstaatliche Handel betroffen ist, das europäische Wettbewerbsrecht. Die Anwendung dieser Regeln im

Kontext digitaler Plattformen werfen zahlreiche neue Fragen auf. Sie werden unter I. erörtert.

Zunehmend haben sich aber auch neue Wettbewerbsbeziehungen zwischen Telekommunikationsdiensten, die der telekommunikationsrechtlichen Regulierung unterliegen, und nicht regulierten digitalen Plattformen ergeben. Gegenwärtig wird vor diesem Hintergrund eine Anpassung des regulierungsrechtlichen Rahmens an die neuen Gegebenheiten geprüft (dazu II.).

I. DIE ANWENDUNG DES WETTBEWERBSRECHTS AUF DIGITALE PLATTFORMEN

1. Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung dient der Ermittlung der relevanten Substitutions- und Komplementärbeziehungen und damit der Wettbewerbsbeziehungen, um auf dieser Grundlage die Marktmacht verschiedener Akteure einschätzen zu können. Insoweit digitale Plattformen involviert sind, kann die Marktabgrenzung aufgrund der innovativen Geschäftsmodelle, die nicht ohne weiteres in die herkömmlichen Marktbeziehungen eingeordnet werden können, besondere Schwierigkeiten bereiten.

Überwiegend anerkannt ist mittlerweile, dass auch die Nachfrage nach unentgeltlichen Leistungen wettbewerbsrechtlich relevante Marktbeziehungen begründen kann.¹¹¹ Das Bundeskartellamt hat eine frühere gegenläufige Auffassung¹¹² in jüngerer Zeit revidiert und sich damit der Auffassung der EU-Kommission angeschlossen.¹¹³ Insbesondere bei zwei- oder mehrseitigen Plattformen kann eine Leistung, die eine Plattform einer Nutzerseite unentgeltlich bereitstellt, eine Marktbeziehung begründen, weil und soweit sie mit einer anderen zahlungspflichtigen Nutzerseite verbunden ist oder verbunden sein kann. Maßgeblich für die Annahme einer Marktbeziehung ist der einheitliche wirtschaftliche Zweck des mehrseitigen Geschäftsmodells, das Erlöse möglicherweise erst zukünftig und bei einer anderen Nutzergruppe generiert.¹¹⁴ Dies bedeutet zugleich, dass auch Plattfor-

¹¹¹ Siehe dazu aus der deutschen Praxis z.B. BKartA, Beschluss v. 8.9.2015, Az. B6-126/14 Rn. 129 ff. – Google/VG Media. Ausführlich auch: Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 15 f. mit Nachweisen zur Praxis der EU-Kommission. Siehe ferner: Körber, WuW 2015, 120, 125; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 465 ff., 470. Sie allerdings auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.2015, VI Kart 1/14, NZKart 2015, 148 – HRS für die gegenteilige Ansicht.

¹¹² BKartA v. 19.1.2006 – B6-103/05, S. 23 – *Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG*.

¹¹³ Relevante Märkte wurden bei unentgeltlichen Leistungen z.B. angenommen mit Blick auf die Bereitstellung von Webbrowsern – siehe Kommission v. 16.12.200, COMP/39.530, Rz. 22 – *Microsoft*; sowie Kommission v. 6.3.2013, COMP/39.530 – *Microsoft*; mit Blick auf digitale Media Pleayer – siehe Kommission v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rz. 425 – *Microsoft*; EuG v. 17. 9. 2007 - Rs. T-201/04, Slg. 2007, II-3601 = WuW/E EU-R 601; und mit Blick auf kostenlose online-Kommunikationsdienste – siehe Kommission v. 7. 10. 2011, COMP/M.6281, Rz. 10ff. – *Microsoft/Skype*.

¹¹⁴ BKartA, Digitale Ökonomie, 2015, IV. Siehe auch BKartA, Beschluss v. 8.9.2015 Rn. 129 ff. – *VG Media*.

men, die gegenwärtig noch kein funktionsfähiges Erlösmodell praktizieren, der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterliegen können.

Sowohl nach europäischem wie auch nach deutschem Recht beruht die Marktabgrenzung auf dem sog. Bedarfsmarktkonzept.¹¹⁵ Auf der Grundlage eines konkreten funktionalen Bedarfs der Nachfrager ist der Kreis möglicher Substitute zu ermitteln. Bei Internet-Plattformen kann dies mit komplexen konzeptionellen und empirischen Fragen verbunden sein, weil sie häufig in neuartiger Weise verschiedene Funktionen kombinieren. So kann etwa ein Hotelsuchportal Informationsdienste mit der Möglichkeit von Hotelbuchungen verbinden. Zu untersuchen ist dann, ob die Informationsdienstleistung getrennt oder zusammen mit der Hotelbuchung zu prüfen ist. Zu untersuchen ist auch, ob offline-Angebote oder vertikal integrierte Angebote (hier, Portale der Hotels oder Hotelketten) die Online-Angebote substituieren können. Internet-Plattformen bilden mithin nicht notwendig einen eigenen Markt.¹¹⁶ Es handelt sich oft nur um ein besonderes Geschäftsmodell innerhalb eines Marktes, in dem andere Unternehmen mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen operieren. Auf die besonderen Schwierigkeiten der Marktabgrenzung bei Internet-Suchmaschinen wurde bereits hingewiesen (siehe oben). An dem vorstehenden Beispiel zeigt sich zugleich die besondere Dynamik im digitalen Kontext, die zu ständigen Verschiebungen in den Substitutionsbeziehungen führen kann.

Der hypothetische Monopoltest bzw. SSNIP-Test, der das Bedarfsmarktkonzept in der wettbewerbsrechtlichen Praxis ergänzt, stößt in der Anwendung auf digitale Plattformen jedenfalls dann auf Schwierigkeiten, wenn Substitutionsbeziehungen bei unentgeltlich erbrachten Leistungen zu ermitteln sind.¹¹⁷ Es wird diskutiert, ob sich die Testhypothese einer 5-10%igen Preiserhöhung durch eine Testhypothese der anteiligen Qualitätsverschlechterung ersetzen lässt. In Ermangelung zuverlässiger Daten ist ein solcher Test in der Praxis aber bislang kaum handhabbar.

Es kann nicht pauschal entschieden werden, ob die Marktabgrenzung bei zwei- bzw. mehrseitigen Märkten auf der Grundlage einer einheitlichen Betrachtung beider Marktseiten zu erfolgen hat, oder ob jede Marktseite einen separaten Markt darstellt, der Zusammenhang dieser Märkte daher erst die Prüfung von Marktmacht und Missbrauchsverhalten bzw. -potentialen bestimmt. Diese Frage ist einzelfallabhängig zu beantworten. Ist die andere Marktseite aus Verbrauchersicht ein wesentliches Leistungsmerkmal einer Plattform, wie dies häufig bei Transaktions- oder Inhalteplattformen (z.B. eBay, YouTube) der Fall sein wird, so ist eine einheitliche Marktabgrenzung geboten.¹¹⁸ Ist die andere Marktseite für die

¹¹⁵ Für dessen Anwendbarkeit auch im digitalen Kontext siehe Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 17.

¹¹⁶ Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 467.

¹¹⁷ Zu den Schwierigkeiten in der Anwendung des SSNIP-Tests siehe z.B. Dewenter/Rösch/Terschüren, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, Diskussionspapier 151, 2014; Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 18 m.w.N.

¹¹⁸ Zu einer solchen hat das Bundeskartellamt im Verfahren „Immonet/Immowelt“ tendiert – siehe Bundeskartellamt, Fallbericht v. 25.6.2015, Az. B6-39/15 – Immonet/Immowelt: Das von der Immobilienplattform angebotene Produkt bestehe in einer Zusammenführung der Anbieter und Abnehmer, könne also bei Betrachtung nur einer Seite gar nicht entstehen. Die bestehenden Interdependenzen der beiden Seiten könnten

Entscheidung der Nutzer nicht entscheidend (z.B. bei Nutzung einer werbefinanzierten Suchmaschine), so liegt aus Nutzersicht eine separate Marktabgrenzung nahe. Ist der Markt hingegen aus der Perspektive der Werbetreibenden abzugrenzen, so kann ein einheitlicher Markt bestehen; denn für die Werbetreibenden ist die Nutzerseite essentiell.

2. Marktmacht

Marktmacht wird von der Rechtsprechung definiert als die Existenz eines von Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraums. Typischerweise schlägt sich dies in einem hohen Preis- bzw. Mengensetzungsspielraum nieder. Diese Bestimmungsfaktoren für Marktmacht fallen allerdings bei Plattformen, auf denen eine Nutzerseite unentgeltlich Leistungen bezieht, jedenfalls teilweise aus. Eine besondere Rolle spielt auf solchen Märkten häufig der Innovationswettbewerb. Infolge einer neuen Idee oder technologischer Veränderungen können Marktstellungen, die verfestigt erscheinen, kurze Zeit später überholt sein. Dem Innovationswettbewerb gebührt in der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf digitale Märkte besondere Aufmerksamkeit und besonderer Schutz.

Die Dynamik, die digitale Märkte gegenwärtig kennzeichnet, bedeutet nicht, dass Positionen der Marktmacht in diesem Umfeld nicht existieren. In einigen Märkten finden sich Plattformen mit hohen und über lange Zeit stabilen Marktanteilen. Hervorgehoben werden die hohen Marktanteile häufig durch starke direkte Netzwerkeffekte oder, in mehrseitigen Märkten, selbstverstärkende Rückkoppelungseffekte. In Märkten mit solchen Eigenschaften wird von einem „winner-takes-it-all“-Wettbewerb gesprochen. Ist die Marktführerschaft erlangt, so kann in solchen Märkten eine starke Kundenbindung entstehen. Sie wird unter Umständen durch die „Datenmacht“ einer Plattform noch verstärkt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Qualität der Leistung, die eine Plattform den Nutzern anbietet, von Daten über früheres Nutzerverhalten abhängt, die vor allem dem bisherigen „Platzhirschen“ zur Verfügung stehen und nicht einfach repliziert werden können. Ein Anbieterwechsel kann für Nutzer unter solchen Umständen schwer werden. Die Einsicht, dass disruptiver (Innovations-)Wettbewerb immer möglich bleibt, reicht für eine wirksame Begrenzung des Verhaltensspielraums der Plattform im Verhältnis zu Wettbewerbern dann nicht aus.

Hohen und über lange Zeit stabilen Marktanteilen kann auch in digitalen Kontexten eine Indizfunktion für eine marktbeherrschende Stellung zukommen. Bei ihrer Würdigung ist jedoch Vorsicht geboten. Die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 % hat, hat in digitalen Kontexten ein deutlich geringeres Gewicht. Die Einheiten, in denen Marktanteile berechnet werden, sind überdies bei Märkten schwieriger zu bestimmen, auf denen unentgeltlich Dienste bereitgestellt werden. Im Ergebnis wird erst bei deutlich höheren Marktanteilen, die in die Nähe einer Monopolstellung kommen, hier eine Marktbeherrschungsvermutung greifen. Zur Bestimmung von Marktmacht sind sämtliche für den jeweiligen Markt kennzeichnende Faktoren umfassend zu würdigen.

Marktmacht ist zu verneinen, wenn sich nicht nur abstrakt, sondern konkret ein intensiver potenzieller Wettbewerb feststellen lässt, der das Verhalten des Unternehmens kontrol-

nur durch eine gemeinsame Betrachtung der beiden Marktseiten aufgezeigt werden. Siehe auch Bundeskartellamt, Fallbericht v. 5.8.2015, Az. B8-67/15 - *ProSiebenSat1/Verivox*, S. 2 ff.; Bundeskartellamt, Beschluss v. 22.10.2015, Az. B6-57/15 Rn. 71 ff. - *Parship/Elitepartner*.

liert. Entscheidend ist die Bestreitbarkeit des Marktes. Nur bei bestreitbaren Märkten kann der Wettbewerb seine Entmachtungsfunktion erfüllen. Über die Intensität potenziellen Wettbewerbs besteht mit Blick auf Internet-Plattformen allerdings häufig Uneinigkeit. Bekannt geworden und viel zitiert ist der Ausspruch von Google: „competition is but one click away“. Aus der Entscheidung des einzelnen Nutzers, eine konkurrierende Plattform auszuprobieren, wird wirksamer Wettbewerb jedoch nur dann, wenn schnell genügend andere Nutzer folgen.

Verfügt ein Unternehmen über wirksame Mittel, um Wettbewerber am Markteintritt oder an der Marktexpansion zu hindern, so ist dies Ausdruck einer marktbeherrschenden Stellung. In Märkten, in denen viele Nutzer konkurrierende Plattformen parallel verwenden (sog. Multi-Homing), ist die Bestreitbarkeit demgegenüber deutlich erhöht. Praktiken marktbeherrschender Unternehmen, mit denen ein Multi-Homing beschränkt werden soll, sind daher besonders kritisch zu prüfen. Die Interoperabilität von Plattformen und die Möglichkeit von Nutzern, Daten auf konkurrierende Plattformen mitzunehmen (Portabilität), kann lock-in-Effekte senken, den Nutzerwechsel erleichtern und so die Bestreitbarkeit fördern. Auch die gezielte Beeinträchtigung von Interoperabilität durch marktbeherrschende Unternehmen ist daher einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen.

3. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen

Anhand des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen waren in jüngerer Zeit die von Markenherstellern verbreitet eingesetzten sogenannten „Plattformverbote“ – Verbote des Vertriebs von Markenartikeln über Internetplattformen – zu beurteilen (3.1.). Zum anderen hat es in der Anwendung auf „Best-price“-Klauseln durch Plattformbetreiber Bedeutung erlangt (3.2.).

3.1. PLATTFORMVERBOTE IM VERTRIEB

Der Vertrieb von Produkten über das Internet („e-Commerce“) ist in den letzten Jahren zu einem bedeutsamen Vertriebsweg geworden. Die Hersteller von Markenprodukten haben seit jeher ein besonderes Interesse, den Vertrieb insoweit zu kontrollieren, als hierdurch das Image ihrer Waren berührt sein kann. Auch soll regelmäßig eine qualifizierte Beratung gewährleistet werden. Diese Standards sehen Markenhersteller beim Vertrieb über Internetplattformen wie eBay, aber auch Amazon häufig nicht gewährleistet. Im Rahmen eines qualitativen selektiven Vertriebs erlegen sie ihren Händlern daher regelmäßig sog. „Plattformverbote“ auf: Den Händlern wird der Vertrieb der Markenprodukte unter Nutzung von Internet-Plattformen untersagt. Die rechtliche Beurteilung solcher Plattformverbote ist umstritten. Das Bundeskartellamt hat sie in verschiedenen Verfahren für unzulässig gehalten.¹¹⁹ Die Zivilgerichte haben unterschiedlich entschieden.¹²⁰

¹¹⁹ Siehe BKartA, Fallbericht v. 24.10.2013, B7 1/13-35 – *Sennheiser*; Fallbericht v. 19.8.2014, B3-137/12 – *Adidas*; BKartA, Beschluss v. 26.8.2015, B2-98/11 – *ASICS*.

¹²⁰ Siehe z.B. OLG Karlsruhe, EuZW 2010, 237: Verbot der Nutzung Internet-Plattformen für den Vertrieb von Schulranzen des Herstellers Sternjakob ist noch zulässig. Dagegen KG Berlin, EuZW 2013, 873: In einem solchen Plattformverbot liegt ein Verstoß gegen das Kartellverbot. Aus jüngerer Zeit: OLG Frankfurt, Urteil v. 22.12.2015, 11 U 84/14, NZKart 2016, 84 ff. – Funktionsrucksäcke: Ein Verbot des Vertriebs über Amazon ist im Rahmen eines qualitativ-selektiven Vertriebs zulässig. Dagegen OLG Schleswig, NJW 2014, 3104: Unzulässigkeit eines Plattformverbots im selektiven Vertrieb.

Selbst wenn man Plattformverbote in gewissen Grenzen für zulässig hält, liegt jedenfalls in dem an die Händler gerichteten Verbot, die Vertragswaren über Suchmaschinen zu bewerben (sog. Suchmaschinenvorbehalt), ein Verstoß gegen § 1 GWB.¹²¹ Die Werbemöglichkeiten der Händler werden hierdurch stark beschnitten. Zur Sicherstellung einer Beratung ist ein Suchmaschinenverbot nicht erforderlich. Der Kunde erwirbt das Produkt auch bei Nutzung von Suchmaschinenwerbung weiterhin über die Plattform des Händlers. Daher ist auch das Markenimage nicht berührt.

3.2. DER EINSATZ VON SOGENANTEN „BESTPREISKLAUSELN“ DURCH HOTELBUCHUNGSPORTALE

Insbesondere Hotelbuchungsportale haben in den vergangenen Jahren sogenannte Bestpreisklauseln implementiert: Hotels, die ihre Zimmer über die jeweilige Plattform anboten, wurden verpflichtet, diese auf keiner anderen Plattform günstiger anzubieten. Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit dieser Klauseln ist von verschiedenen Wettbewerbsbehörden in der EU unterschiedlich beurteilt worden. Das Bundeskartellamt hat zunächst den Einsatz von sogenannten „weiten“ Bestpreisklauseln als Verstoß gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB untersagt,¹²² die dem Hotel jegliche Preisdifferenzierung nach Vertriebswegen verbieten. Vor kurzem hat das Bundeskartellamt im Fall *Booking*¹²³ auch den Einsatz von sogenannten „engen“ Bestpreisklauseln unterbunden, die es den Hotels lediglich verbieten, den Zimmerpreis auf der hoteleigenen homepage unter den Plattformpreis zu senken. Demgegenüber haben die französische, die schwedische und die italienische Wettbewerbsbehörde ihre Verfahren koordiniert und mit einer Verpflichtungsentscheidung beendet, mit der zwar die „weiten“ Bestpreisklauseln verboten, die sog. „engen“ Bestpreisklauseln aber für zulässig erklärt wurden.¹²⁴

Die Verfahren haben komplexe Fragen betreffend die Marktabgrenzung, die wettbewerblischen Wirkungen und die mit Bestpreisklauseln verbundenen Effizienzgewinne aufgeworfen. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieser Klauseln ist in der Literatur höchst umstritten.¹²⁵ Die Hotelbuchungsportale drängen auf einen europaweit einheitlichen Umgang mit Bestpreisklauseln. Die EU-Kommission hat hingegen davon abgesehen, die Verfahren an sich zu ziehen.

3.3. DER DIGITALE EUROPÄISCHE BINNENMARKT

Insgesamt bleiben Hersteller, Händler und Plattformbetreiber bei der Ausgestaltung ihrer Vertriebsstrukturen und Geschäftsmodelle mit erheblicher Rechtsunsicherheit konfrontiert. Die Rechtsunsicherheit bezieht sich gegenwärtig auf die wettbewerbsrechtliche Beur-

¹²¹ OLG Frankfurt, Urteil v. 22.12.2015, 11 U 84/14, NZKart 2016, 84 ff. – *Funktionsrucksäcke*.

¹²² Bundeskartellamt, Beschluss v. 20.12.2013, B9-66/10 – hrs. Bestätigt durch das OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.2015, VI Kart. 1/14 (V) – hrs.

¹²³ BKartA, Beschluss v. 22.12.2015, B 9-121/13 – *Booking.com*.

¹²⁴ Siehe dazu Schlimpert, „Verstärkte Kooperation“ für mehr Wettbewerb – Französische, italienische und schwedische Wettbewerbsbehörden nehmen Verpflichtungszusagen von Booking an, ZWeR 2015, 134 ff.

¹²⁵ Siehe z.B. Stadler, „Me first!“ or Why the Bundeskartellamt Approach in the Hotel Platform Cases Is an Unfortunate Precedent, ZWeR 2016, 1 ff. Eine der ersten sorgfältigen ökonomischen Analysen zur wettbewerblischen Wirkung dieser Klauseln ist Edelman/Wright, Quarterly Journal of Economics 2015.

teilung zahlreicher verbreiteter Vereinbarungen. Heterogenität und Rechtsunsicherheit resultiert aber auch aus den weiterhin unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten. Die EU-Kommission hat sich mit der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ den Abbau der Hindernisse für grenzüberschreitende Online-Aktivitäten zum Ziel gesetzt.¹²⁶ So hat sie am 9.12.2015 einen Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte¹²⁷ und einen Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Güter vorgelegt.¹²⁸ Die Bedeutung dieser Richtlinienvorschläge reicht über den Bereich der digitalen Plattformen hinaus. Neuregelungen im Bereich des Wettbewerbsrechts sind nicht vorgesehen. Die Richtlinienvorschläge können hier nicht im Detail erörtert werden.

4. Missbräuchliche Verhaltensweisen

Die Missbrauchskontrolle hat in jüngerer Zeit gerade im digitalen Kontext eine neue Bedeutung erlangt. Grund hierfür sind die starken Konzentrationstendenzen, die jedenfalls einigen Plattformen eigen sind. Die Bedeutung von positiven Netzwerkeffekten für digitale Plattformen lässt vermuten, dass dies kein vorübergehendes Phänomen sein wird. Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle ist damit vor neue Herausforderungen gestellt. Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es, die Offenhaltung auch dieser Märkte für – gegebenenfalls disruptiven – Wettbewerb zu gewährleisten.

Missbräuchlich sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH solche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, „die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf denen der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“.¹²⁹ Die Bandbreite von Verhaltensweisen, die in einem konkreten Zusammenhang diese Wirkung haben können, ist groß. Die Situation bei digitalen Plattformen unterscheidet sich insoweit nicht grundsätzlich von der bei anderen marktbeherrschenden Unternehmen.

Mit den Geschäftsmodellen digitaler Plattformen können allerdings Besonderheiten einhergehen, die bei der Prüfung von Missbräuchen zu berücksichtigen sind. So kann die Mehrseitigkeit eines Geschäftsmodells Verhaltensspielräume des Plattformbetreibers begründen oder begrenzen. Zu berücksichtigen ist auch, dass bei Plattformen, die Nutzern unentgeltlich Leistungen anbieten, der typische Preis-/Mengenwettbewerb durch eine andere Form des Wettbewerbs ersetzt wird: Plattformbetreiber müssen unter anderem durch Funktionalität, ggfs. das Angebot eines hohen Grades der Vernetzung und Innovation

¹²⁶ Kommission, Mitteilung: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, Brüssel, 6.5.2015, COM(2015)192 fin.

¹²⁷ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM(2015) 634 fin.

¹²⁸ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels v. 9.12.2015, COM(2015) 635 fin.

¹²⁹ EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 91 – *Hoffman-La Roche*.

die Aufmerksamkeit der Nutzer gewinnen und halten. Die Rolle von Daten kann Anlass oder Mittel neuer Formen des Missbrauchs sein. Einige dieser Fallkonstellationen werden im Folgenden in den Blick genommen.

4.1. KAMPFPREISE AUF MEHRSEITIGEN MÄRKTEN

Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten der Leistungserbringung liegen, sind nach Art. 102 AEUV unzulässig.¹³⁰ Dasselbe gilt für Preise oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, wenn sie mit planmäßiger Verdrängungsabsicht eingesetzt werden.¹³¹ Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB stellt sich eine Preisunterbietung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Behinderungsmissbrauch dar, wenn nicht leistungsgerechte Preise mit dem Zweck der Verdrängung oder Vernichtung von Wettbewerbern eingesetzt werden.¹³² Sind zweiseitige Geschäftsmodelle nach diesen Maßstäben zu beurteilen, so dürfen jedoch die auf einer Marktseite verlangten Entgelte nicht isoliert gewürdigt werden. Kennzeichen zweiseitiger Geschäftsmodelle ist eine Preissetzung unter Berücksichtigung der indirekten Netzwerkeffekte zwischen den verschiedenen Nachfragergruppen. Die „Quersubventionierung“ einer Nachfragergruppe durch die andere Marktseite ist Teil des Geschäftsmodells, das auf die Maximierung der Teilnahme und Transaktionsintensität zwischen beiden Marktseiten gerichtet ist.¹³³ Der Prüfung, ob ein unzulässiger Kampfpreis i.S.d. Art. 102 AEUV bzw. des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vorliegt, sind deswegen die addierten Preise und Kosten der Leistungserbringung auf beiden Marktseiten zugrunde zu legen. Die Analyse bleibt mit erheblichen konzeptionellen Schwierigkeiten verbunden. Aufgrund von dynamischen Netzwerkeffekten kann es effizient sein, für einen bestimmten Zeitraum die addierten Preise unterhalb den addierten Kosten zu halten. Diese dynamischen Effekte sind in die Analyse einzubeziehen.

Anreize für wettbewerbswidrige Kampfpreise können bei zweiseitigen Plattformen durchaus bestehen. Angesichts der Bedeutung, die in der digitalen Ökonomie den Nutzerzahlen zukommt, ist es zum Beispiel denkbar, dass eine marktbeherrschende Plattform die Einführung eines profitablen Erlösmodells gezielt verzögert, um Wettbewerber fernzuhalten und ein nachhaltiges „tipping“ des Marktes herbeizuführen. Für Wettbewerbsbehörden bedeutet es allerdings eine erhebliche Herausforderung, bei der zunächst verlustträchtig, aber mit Blick auf die Nutzerzahlen erfolgreichen Einführung einer neuen Dienstleistung den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem die Nichteinführung eines profitablen Erlösmodells missbräuchlich wird.

4.2. KOPPLUNGSSTRATEGIEN UND PRODUKTDESIGN

Kennzeichnend für die Geschäftsmodelle zahlreicher großer Internetkonzerne ist die Entwicklung eines breiten Produktportfolios. Facebook bietet neben dem sozialen Network

¹³⁰ EuGH 3.7.1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991 I 3359 Rn. 71 – *Akzo*.

¹³¹ A.a.o., Rn. 72. Zu Kampfpreisen ausführlich: Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, S. 469 ff.

¹³² BGH 10.12.1985, BGHZ 96, 337, 347 – *Abwehrblatt II*.

¹³³ Siehe hierzu Wright, *Review of Network Economics* 2004; zusammenfassend Belleflamme/Peitz, 2015, S. 677f.

weitere Dienste an, etwa einen Chat-Dienst, einen Nachrichtendienst, eine Video-Anwendung und einen Marketplace für Kleinanzeigen.¹³⁴ Allgemein bekannt ist auch die Weite der Produktpalette, die unter dem Dach von Alphabet gebündelt ist. Angesichts derart breiter Produktportfolios können Anreize zu einer Hebelung von Marktmacht durch Kopplung entstehen. Sie können besonders ausgeprägt sein, wenn die Dienste auf dem Markt, auf welchem die Plattform über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, unentgeltlich angeboten werden. Der Vorwurf einer unzulässigen Kopplung des Android-Betriebssystems mit bestimmten Google-Anwendungen und -diensten ist gegenwärtig Gegenstand eines gesonderten Verfahrens der EU-Kommission gegen Alphabet.¹³⁵ Angesichts der Bedeutung, die in durch positive Netzwerkeffekte geprägten Märkten der Kompatibilität von Diensten zukommen kann, kann alternativ ein auf Schwächung der Kompatibilität von Drittprodukten ausgerichtetes Produktdesign als Strategie zur Hebelung von Marktmacht eingesetzt werden.

Wettbewerbsrechtlich gelten bei der Beurteilung solcher Strategien die allgemeinen Grundsätze. Besondere Herausforderungen in der Handhabung der einschlägigen Regeln können aus der Spannungslage zwischen zulässiger, den Verbrauchern dienlicher Innovation einerseits und dem Risiko des Marktverschlusses andererseits entstehen.

4.3. DISKRIMINIERUNGSVERBOT

4.3.1. Das Diskriminierungsverbot des Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB

Gemäß Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV kann ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere auch in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern liegen, insoweit diese dadurch im Wettbewerb benachteiligt werden. In ähnlicher Weise verbietet es § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB einem marktbeherrschenden Unternehmen, „andere Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders zu behandeln als gleichartige Unternehmen.“ Öffnet daher ein marktbeherrschender Plattformbetreiber seine Plattform allgemein für Händler, so kann er verpflichtet sein, weitere gleichartige Händler aufzunehmen, es sei denn, er hat für seine Ablehnung einen sachlichen Grund. Maßstab für die Prüfung eines sachlichen Grundes sind zuvörderst die legitimen unternehmerischen Interessen des Marktbeherrschers. Diese können zum Beispiel in einer Qualitätskontrolle, in der Beschränkung der Plattform auf ein bestimmtes Dienstleistungssegment oder auch in Kapazitätsbegrenzungen liegen. Bei der in der Anwendung des Diskriminierungsgebots stets vorzunehmenden Interessenabwägung hat die Freiheit des Marktbeherrschers in der Konkretisierung des eigenen Geschäftsmodells großes Gewicht. Zu berücksichtigen sind auch die anderweitigen Vertriebsmöglichkeiten der Händler.

4.3.2. Gebot der Gleichbehandlung Dritter mit eigenen Konzerngesellschaften bzw. Unternehmensabteilungen?

¹³⁴ Dazu Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 312.

¹³⁵ EU-Kommission, MEMO/15/4782 v. 15.4.2015.

Neben dem Verfahren betreffend Android ist bei der EU-Kommission ein Verfahren gegen Google betreffend eine mögliche Bevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes „Google Shopping“ im Rahmen der organischen Suche anhängig.¹³⁶ Nutzer der Suchmaschine könnten durch diese Privilegierung – eine nicht durch Relevanzkriterien gerechtfertigte Top-Platzierung – künstlich von anderen Preisvergleichsdiensten umgelenkt werden. Deren Wettbewerbsfähigkeit würde so zum Nachteil der Verbraucher beeinträchtigt und die Innovation im Markt behindert. Im Kontext dieses Verfahrens ist die Frage aufgeworfen, ob marktbeherrschende Plattformbetreiber einer Verpflichtung unterliegen, Wettbewerber so zu behandeln wie eigene Tochtergesellschaften oder Unternehmensabteilungen („Gleichbehandlung mit sich selbst“).

Der BGH hat verschiedentlich festgestellt, dass vertikal integrierte Unternehmen keine im Verhältnis zu Wettbewerbern „gleichartigen Unternehmen“ i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB sind.¹³⁷ Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen verfügt weiterhin über die unternehmerische Freiheit, über Preis und Leistung zu konkurrieren. Eine Pflicht, Wettbewerber zu fördern oder in jeder Hinsicht gleichzustellen, gibt es nicht. Dies gilt auch mit Blick auf die Tätigkeit von Tochtergesellschaften: Das marktbeherrschende Unternehmen wird im Wettbewerbsrecht als wirtschaftliche Einheit behandelt. Welche Preise ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Tochtergesellschaften für Vorleistungen in Rechnung stellt, wird durch das Wettbewerbsrecht nicht kontrolliert. Eine „Regulierung“ der konzerninternen Beziehungen ist nach dieser Ansicht weder zulässig noch möglich. Dies gilt für die Frage, welche Vorleistungspreise die Mutter ihrer Tochter konzernintern in Rechnung stellt, genauso wie für eine wettbewerbsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstandende Übernahme von Geschäftsverlusten der Tochtergesellschaft oder anderweitige Formen der „Quersubventionierung“. Wettbewerbsrechtlich erheblich ist mit Blick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preissetzung allein, ob das Unternehmen Leistungen am Markt zu wettbewerbswidrigen Kampfpreisen anbietet, oder ob gegebenenfalls eine wettbewerbswidrige Kosten-Preis-Schere vorliegt, deren Vorliegen jedoch von den konzerninternen Verrechnungspreisen ebenfalls unabhängig ist. Dasselbe müsste dann für die Versorgung von Tochtergesellschaften mit anderen Ressourcen des Unternehmens gelten – etwa für die Versorgung mit Daten.

Die Bedenken der deutschen Rechtsprechung haben keinen Wiederhall in der Entscheidungspraxis der EU-Kommission und in Rechtsprechung der Unionsgerichte gefunden. In verschiedenen Fällen haben Kommission und Unionsgerichte das Diskriminierungsverbot des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV auch auf Privilegierungen eigener Tochtergesellschaften durch ein marktbeherrschendes Unternehmen angewandt.¹³⁸ In der Mitteilung zur Anwendung der Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor aus dem Jahr 1998 heißt es:

¹³⁶ EU-Kommission, MEMO/15/4781 v. 15.4.2015.

¹³⁷ Siehe z.B. BGH, Urt. v. 10.2.1987, KZR 6/86, WuW/E 2360, 2364 – Freundschaftswerbung. Siehe auch OLG Frankfurt, Urt. v. 19.9.2006, 11 U 44/05 (kart.); Urt. v. 10.10.2006, 11 U 3/05 (kart.), WuW/E DE-R 1901 ff. Ausführlich: Ostendorf/Grün, WuW 2008, 952 ff.

¹³⁸ Siehe aus der Praxis der Kommission: Kommission, Entscheidung v. 23.10.2001, WuW/E EU-V 733 ff. – La Poste; Kommission, Beschluss v. 18.12.2013, COMP/AT.39678, AT.39731 Rn. 42 ff. – Deutsche Bahn I, II. Aus der Rspr. der Unionsgerichte: EuGH 17.7.1997, Rs. C-242/95, Slg. 1997 I-4449 – GT-Link.

„Jede sachlich unbegründete Diskriminierung in Bezug auf bestimmte Aspekte und Bedingungen einer Zugangsvereinbarung könnte einen Missbrauch darstellen [...]. In diesem Zusammenhang ist der Netzbetreiber allgemein dazu verpflichtet, unabhängige Kunden genauso zu behandeln wie eigene Tochterunternehmen oder die eigene nachgeordnete Dienstleistungssparte.“¹³⁹

Ins Auge fällt, dass die Fälle, in denen Art. 102 S. 2 lit. c AEUV bislang auf eine Privilegierung von Tochterunternehmen angewandt wurde, sämtlich infrastrukturelle Vorleistungen betrafen. Ein pauschales Verbot der Privilegierung von Tochterunternehmen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen wäre aus den in der deutschen Rechtsprechung entwickelten Gründen verfehlt. Nach europäischem wie nach deutschem Recht muss Maßstab vielmehr eine Interessenabwägung im Lichte des Zieles der Wettbewerbsvorschriften sein, welche die unternehmerische Freiheit des marktbeherrschenden Unternehmens gebührend in Rechnung zu stellen hat. Voraussetzung für die Feststellung eines Verstoßes ist danach stets eine konkrete Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung. Der Grad der Marktmacht und die Verfügbarkeit von Ausweichmöglichkeiten für Wettbewerber erlangen in diesem Zusammenhang erhebliche Relevanz.¹⁴⁰

Gegenstand des laufenden Verfahrens betreffend den Preisvergleichsdienst von Google ist die Frage, ob ein Missbrauch auch aus der Selbstprivilegierung im Rahmen der Suchergebnisse folgen kann. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die den Nutzern gegenüber erbrachte und von ihnen erwartete Leistung der Suchmaschine gerade in der Listung von Suchergebnissen nach Maßgabe eines Relevanzkriteriums ist. Weicht Google zugunsten eigener Angebote von den selbst gesetzten Relevanzkriterien ab, so sind die bevorzugt angezeigten Treffer lauterkeitsrechtlich als Werbung zu behandeln, die deutlich als solche zu kennzeichnen ist. Ein Verstoß hiergegen kann, insoweit er Wettbewerber behindert, missbräuchlich sein.

4.3.3. Weitergehende Diskriminierungsverbote für die digitale Wirtschaft?

Das Verfahren der EU-Kommission betreffend den Preisvergleichsdienst „Google Shopping“ und die im Regulierungsrecht geführte Diskussion über die Netzneutralität stehen für ein neues Nachdenken über Neutralitätsgebote in der digitalen Wirtschaft. Bei Neutralitätsgeboten ist allerdings stets Vorsicht geboten. Dies zeigt eine jahrzehntelange Diskussion über Diskriminierungsverbote im US-amerikanischen Antitrustrecht und im deutschen Wettbewerbsrecht. Grundsätzlich umfasst die unternehmerische Freiheit auch das Recht, sich die Geschäftspartner auszuwählen, unterschiedliche Angebote für unterschiedliche Kundengruppen zu entwickeln oder unterschiedliche Preise zu setzen. Neutralitätsgebote bedürfen daher einer besonderen Rechtfertigung.

4.4. BEHINDERUNG VON WETTBEWERBERN DURCH BESCHRÄNKUNGEN DER INTEROPERABILITÄT

Große Bedeutung für die Entwicklung der digitalen Wirtschaft hat die Frage, unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen der Interoperabilität als missbräuchlich qualifiziert

¹³⁹ Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl. 1998 Nr. C 265/2 ff., Rn. 125 f.

¹⁴⁰ Siehe für weitere Kriterien Ostendorf/Grün, WuW 2008, 952, 960.

werden. Die Interoperabilität von digitalen Plattformen kann aus plattformspezifischen Netzwerkeffekten industrieweite Netzwerkeffekte machen und damit Konzentrationstendenzen und eventuell Missbrauchsgefahren entgegenwirken. Marktstarke Plattformen haben in der Vergangenheit Maßnahmen ergriffen, um die Interoperabilität zu beeinträchtigen. So gab es etwa eine Zeit lang die Möglichkeit, über Yahoo, ein Google Chrome Add-on oder ein Open-Xchange API Werkzeug alle Facebook-Freunde auch im konkurrierenden Netzwerk Google Plus zu finden. Nachdem dies bekannt geworden war, beseitigte Facebook diese Möglichkeiten jedoch schnell.¹⁴¹ In der frühen Phase des Mediendienstes „iTunes“ waren die dort gekauften Musiktitel nur über iTunes, iPods, iPads oder iPhones abspielbar.¹⁴² Apple änderte diese Praxis, nachdem ein District Court in den USA die Klage eines Nutzers wegen Verstoßes gegen den Sherman Antitrust Act zugelassen hatte.¹⁴³ Das vor der Kommission anhängige Verfahren gegen Google bezog sich zu Beginn unter anderem auf den Versuch von Google, die Übertragbarkeit von Werbekampagnen über die Google-Suchmaschine auf andere Plattformen zu behindern, indem die Übertragung der im Google-Management-Tool verwalteten Suchwörter auf andere Plattformen erschwert wurden.

Das europäische wie auch das deutsche Wettbewerbsrecht kennen allerdings keine allgemeine Verpflichtung zur Gewährleistung der Interoperabilität von Diensten. Zur unternehmerischen Freiheit gehört die Möglichkeit, geschlossene Geschäftsmodelle zu entwickeln. Auch marktbeherrschende Unternehmen sind nicht verpflichtet, Wettbewerbern den Markteintritt zu erleichtern. Ein allgemeines Interoperabilitätsgebot könnte mit der Notwendigkeit einer weitgehenden Kooperation von Wettbewerbern zu Zwecken der Standardisierung einhergehen und sich als wettbewerbsbeschränkend erweisen. Interoperabilität kann ferner zu einem „lock-in“ in einen einmal gefundenen Standard beitragen und Innovation hemmen, statt sie zu fördern. Mit der Gewährung der Interoperabilität können auch die Anreize zu „disruptiver“ Innovation geschwächt werden.

Wo ein Standard sich allerdings im Markt derart verfestigt hat, dass er selbst wirksamem Wettbewerb nicht mehr ausgesetzt ist, und ein Zugang zu diesem Standard erforderlich ist, um auf angrenzenden Märkten tätig zu werden, kann ein Anspruch auf Zugang zu diesem Standard bestehen.¹⁴⁴

Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen darüber hinaus eine gezielte Behinderung von Nutzern, von einer marktbeherrschenden digitalen Plattform aus konkurrierende Plattformen zu verlinken, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann, ist im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht bislang ungeklärt. Einen Grenzfall dürfte aus Sicht des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts der US-

¹⁴¹ Stephen Shankland, Facebook blocks a second contact export tool, 11.07.2011.

¹⁴² Kevin J. Harrang, Challenges in the global market: Technology, creative content, and intellectual property rights, Arizona Law Review 49 (2007), 29, 39.

¹⁴³ Apple, Inc. Pressemitteilungen vom 30.05.2007 (<https://www.apple.com/pr/library/2007/05/30Apple-Launches-iTunes-Plus.html>) und vom 06.01.2009 (<https://www.apple.com/pr/library/2009/01/06Changes-Coming-to-the-iTunes-Store.html>)

¹⁴⁴ EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft*.

amerikanische Fall *LiveUniverse v MySpace* sein,¹⁴⁵ in dem das marktbeherrschende soziale Netzwerk MySpace Nutzer daran hinderte, Videos des konkurrierenden Netzwerks Live Universe auf ihre MySpace-Seite zu laden und dieses konkurrierende Netzwerk überhaupt zu erwähnen. Der Ninth Circuit hat hierin keinen Verstoß gegen Sec. 2 Sherman Act gesehen: Die Voraussetzungen eines wettbewerbswidrigen Abbruchs von Geschäftsbeziehung lägen nicht vor, da solche – zumal für MySpace profitablen – Geschäftsbeziehungen zwischen MySpace und LiveUniverse nicht nachgewiesen seien. LiveUniverse habe auch keinen kausalen Schaden für den Wettbewerbsprozess und die Verbraucherwohlfahrt nachgewiesen. Die Internetseite von LiveUniverse sei weiter aufrufbar gewesen – nur eben nicht von MySpace aus.

Unterhalb der Schwelle des Kartellrechts normiert § 69e UrhG¹⁴⁶ ein beschränktes Recht auf die Dekompilierung von urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen, wenn dies „unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit anderen Programmen zu erhalten“. Auf dieses Recht können sich allerdings nur Lizenznehmer oder andere zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms berechnete Personen berufen. Zu berücksichtigen ist ferner die begrenzte Reichweite der Regelung: § 69e UrhG kann den Eingriff in ein Urheberrecht rechtfertigen. Wer mithilfe eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms Mehrwertdienste anbietet, soll unter bestimmten Umständen diejenigen Handlungen vornehmen dürfen, welche die Nutzung einer Schnittstelle ermöglichen. Daten aber sind kein Computerprogramm i.S.d. §§ 69a ff. UrhG. Den Zugriff auf die Daten etwa eines sozialen Netzwerks, einer Suchmaschine oder einer anderen Plattform erlaubt § 69e UrhG nicht.

In der öffentlichen Diskussion wird zum Teil weitergehend über die Schaffung einer Möglichkeit nachgedacht, digitale Plattformen marktmachtunabhängig zur Interoperabilität zu verpflichten, um so Konzentrationstendenzen vorzubeugen. Rechtlicher Bezugspunkt solcher Überlegungen ist § 18 TKG, welcher der Bundesnetzagentur die Möglichkeit einräumt, zur Sicherstellung des Ende-zu-Ende-Verbundes in Telekommunikationsnetzen unabhängig von Marktmacht die Zusammenschaltung anzuordnen. Von § 18 TKG hat die Bundesnetzagentur bislang allerdings nie Gebrauch gemacht. Angesichts der ambivalenten Auswirkungen von Interoperabilitätsverpflichtungen auf Wettbewerb und Innovation sind solche Vorschläge zurückhaltend zu beurteilen.

4.5. ESSENTIAL FACILITIES-DOKTRIN

In der wettbewerbsrechtlichen Diskussion wird immer wieder die Anwendung der „essential facilities“-Doktrin auf digitale Plattformen erörtert. Sie kann in verschiedenen Hinsichten relevant werden: Gelegentlich wird erwogen, ob bestimmte digitale Plattformen als Intermediäre eine so starke Stellung erlangt haben, dass eine nicht-diskriminierende Aufnahme von Unternehmen geboten ist, damit diese Zugang zu den Nutzern erlangen können (a). Eine weitere Überlegung ist, ob der Datenpool eines „datenmächtigen“ Unternehmens

¹⁴⁵ C.D. Cal., 4.6.2007, No.CV06-6994 AHM (RZx), 2007 WL 6865852 – *LiveUniverse,Inc.v.MySpace,Inc.* (im Folgenden *LiveUniverse 2007*); Ninth Circuit, 22.12.2008, No. 07-56604, 304 Fed.Appx. 554 – *LiveUniverse,Inc.v.MySpace,Inc.* (im Folgenden *LiveUniverse 2008*).

¹⁴⁶ Die Vorschrift beruht auf Art. 6 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 2009 Nr. L 111/16.

eine „essential facility“ sein kann, zu der Wettbewerber Zugang erlangen müssen, damit Wettbewerb auf angrenzenden Märkten möglich bleibt (b).

4.5.1. Verpflichtung von Plattformen mit Intermediärsfunktion, sämtliche interessierte Leistungsanbieter zu gleichen Bedingungen aufzunehmen?

Das europäische Wettbewerbsrecht hat in verschiedenen Fällen anerkannt, dass der Zugang zu bestimmten Einrichtungen, die selbst einen relevanten Markt konstituieren, für die Eröffnung von Wettbewerb auf angrenzenden Märkten so wesentlich sein kann, dass dem Betreiber dieser Einrichtung eine Verpflichtung obliegt, anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt und zu nicht-diskriminierenden Bedingungen Zugang zu gewähren. Mit einer solchen Zugangsverpflichtung wird allerdings scharf in die unternehmerische Freiheit des die Einrichtung betreibenden Unternehmens eingegriffen. Die Zugangsverpflichtung kann außerdem nachhaltig die Anreize von Wettbewerbern schwächen, selbst in konkurrierende Einrichtungen zu investieren und damit zu einem Infrastrukturwettbewerb beizutragen. Zugangsansprüche auf der Grundlage der sog. „essential facilities“-Doktrin sind daher nur unter sehr engen Voraussetzungen zu rechtfertigen.¹⁴⁷

Digitale Plattformen sind bislang überwiegend nicht als „essential facilities“ qualifiziert worden.¹⁴⁸ So ist z.B. die Listung von Unternehmen auf der Suchmaschine Google, einschließlich des Listungsplatzes, von großer Bedeutung für den geschäftlichen Erfolg von Unternehmen. Unternehmen können aber auch auf andere Weise aufgefunden werden. Eine wettbewerbs- oder auch regulierungsbehördliche „Neutralitätskontrolle“ des Algorithmus ist daher nicht nur kaum praktikabel (dazu bereits oben). Sie ist auch nicht durch die „essential facilities“-Doktrin gerechtfertigt.

Im Beschluss „VG Media“ v. 8.9.2015 hatte das Bundeskartellamt die Geschäftspolitik von Google zu würdigen, keine Snippets und Vorschaubilder von den Webseiten solcher Verleger anzuzeigen, die keine ausdrückliche Einwilligung zur unentgeltlichen Darstellung erteilten. Es hat keinen Anlass zum Tätigwerden gesehen. Das im Jahr 2013 neu eingeführte Leistungsschutzrecht für Presseverleger (§§ 87f UrhG) führt nicht dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Kontrahierungszwang unterliegt. Dies folgt insbesondere nicht aus der „essential facilities“-Doktrin. Zwar kann man die Suchmaschine bei weiter Auslegung als eine Infrastruktureinrichtung i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ansehen. Zweifelhafte ist aber schon das Vorliegen einer Zugangsverweigerung, denn Google entfernt die Treffer aus seinen Suchergebnissen nicht vollständig, sondern kürzt diese lediglich um Snippets und Vorschaubilder (Rn. 216). Ferner ist fraglich, ob es den Verlegern deshalb unmöglich wird, auf den der Suchmaschine nachgelagerten Märkten (Online-Werbemärkte / Märkte für mediale (Bezahl-)Inhalte) tätig zu werden. Der „essential facilities“-Doktrin kann ferner nur ein Anspruch auf Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts entnommen werden – und nicht die Verpflichtung des Inha-

¹⁴⁷ EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97 –*Bronner*. Siehe auch Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 490 ff.

¹⁴⁸ Siehe unter anderem BKartA, „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, Hintergrundpapiere v. 1.10.2015, S. 29. Sehr zurückhaltend auch: Monopolkommission, XX. Hauptgutachten: 2012/2013, Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik, Rn. 34 ff., mit Blick insbesondere auf Suchportale und soziale Netzwerke. Zweifelnd auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn.224.

bers einer wesentlichen Einrichtung, eine Zwangslizenz zu nehmen und hierfür zu bezahlen.

Dass Google für den Bereich der Online-Werbung eine „essential facility“ darstellt, ist auszuschließen.¹⁴⁹ Dies gilt umso mehr, als Google durch das Wachstum von Facebook in jüngerer Zeit ein wichtiger Konkurrent erwachsen ist.

4.5.2. Datenpools als „essential facility“?

In der öffentlichen Diskussion ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Datenpool, über den Unternehmen wie Amazon, Apple, Facebook, Google oder Microsoft verfügen, eine „essential facility“ darstellen kann, so dass (potenzielle) Wettbewerber Zugang zu diesem Datenpool beanspruchen können.¹⁵⁰

Die von den großen digitalen Plattformen gesammelten Informationen bleiben aber replizierbar. Vergleichbare Informationen über Nutzerpräferenzen und Nutzerverhalten können möglicherweise von verschiedenen Plattformen parallel erhoben und gesammelt werden – unter Umständen auch von Plattformen, die aus Nutzersicht verschiedene Funktionen ausfüllen.¹⁵¹ So ist Google im Bereich des „targeted advertising“ mit Facebook in jüngerer Zeit ein potenter Wettbewerber erwachsen (s.o.). Dies zeigt zugleich, dass – ungeachtet des großen Datenpools von Google – ein „Aufholen“ nicht ausgeschlossen ist. Die Substituierbarkeit verschiedener Datenpools ist allerdings im jeweiligen Kontext gesondert zu ermitteln. So weisen die Autorité de la Concurrence und das Bundeskartellamt in ihrem Bericht zu „Competition Law and Data“ zu Recht darauf hin, dass die von einer Suchmaschine gesammelten Daten und die von einem sozialen Netzwerk gesammelten Daten nicht notwendig austauschbar sind, ebenso wenig die Daten eines online- und eines offline-Händlers oder die Daten, die über PCs und Laptops gesammelt werden und die Daten, die über mobile Geräte gesammelt werden.¹⁵²

Eine hohe rechtliche Hürde für Ansprüche von Wettbewerbern auf den Zugang zu Daten dürfte sich außerdem aus den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere aus dem Erfordernis der Einwilligung in eine etwaige Weitergabe ergeben.¹⁵³

4.6. MISSBRAUCH DURCH GESETZESVERSTÖßE?

¹⁴⁹ A.A. allerdings Paal, GRUR-Beilage 2014, 69 (73f.). Differenzierender und zurückhaltender ders. GRUR Int 2015, 997 (1003).

¹⁵⁰ Abrahamson, Essential Data, The Yale Law Journal, 2014, 867 ff., insb. 877 ff. Siehe aber andererseits John M. Newmann, Antitrust in Zero-Price Markets: Applications, The University of Memphis, Research Paper No. 150, S. 53; siehe auch Christopher S. Yoo, When Antitrust met Facebook, ILE Research Paper No. 12-31, S. 1160. Sehr zurückhaltend auch: Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Date, 2016, p. 18.

¹⁵¹ Siehe auch Weber/Volz, WuW 2015, 356 (367).

¹⁵² Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Date, 2016, p. 44 f.

¹⁵³ So auch Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Date, 2016, p. 18 m.w.N. Siehe ferner Körber, WuW 2015, 120, 132.

Verstöße eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen Marktverhaltensregeln – etwa gegen Vorgaben des Lauterkeitsrechts – können, wenn sie zur Behinderung von Wettbewerbern führen, einen Missbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV bzw. des § 19 GWB darstellen.¹⁵⁴ Entsprechendes ist auch bei Verstößen gegen Regeln des Datenschutzrechts denkbar. Ein Vorteil der Durchsetzung solcher Regeln über das Wettbewerbsrecht kann darin liegen, dass letzteres über besonders weitreichende und wirksame Instrumente der öffentlichen Rechtsdurchsetzung verfügt.

Allerdings begründet nicht jeder Gesetzesverstoß durch ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Missbrauch. Voraussetzung ist stets ein spezifischer sachlicher Zusammenhang zwischen dem Gesetzesverstoß und den Wettbewerbswirkungen.¹⁵⁵ Der Rechtsbruch muss sich als Mittel der Behinderung von Wettbewerbern oder der Ausbeutung von Kunden darstellen.¹⁵⁶ Die besondere Macht von Wettbewerbsbehörden darf nicht zur Durchsetzung sachlich nicht zusammenhängender Normen und damit zur Umgehung der besonderen Anforderungen an deren Durchsetzung missbraucht werden.¹⁵⁷

4.7. DATENERHEBUNG UND -VERWENDUNG ALS AUSBEUTUNGSMISSBRAUCH?

Einen besonderen Anwendungsfall eines möglichen Missbrauchs durch Gesetzesverstoß hat das vom Bundeskartellamt am 2.3.2016 gegen Facebook eröffnete Verfahren zum Gegenstand. Laut Pressemitteilung des Bundeskartellamts besteht ein Anfangsverdacht, dass die AGB von Facebook betreffend die Erhebung und Verwendung von Nutzerdaten angesichts ihres für Nutzer nur schwer nachvollziehbaren Umfangs gegen datenschutzrechtliche Vorgaben verstoßen. Das Bundeskartellamt will prüfen, ob ein Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung von Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke und der Verwendung dieser Klauseln und damit ggfs. ein Konditionenmissbrauch festzustellen ist. Es hat angekündigt, das Verfahren in engem Kontakt mit den zuständigen Datenschutzbeauftragten, den Verbraucherschutzverbänden sowie der EU-Kommission und den Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten zu führen.¹⁵⁸ Auch die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten „Herausforderung digitale Märkte“ angeregt, ein übermäßiges Sammeln von Nutzerdaten durch digitale Plattformen oder aber eine übermäßige Einschränkung der Nutzer bei der Begrenzung eines solchen Datensammelns unter dem Gesichtspunkt eines Ausbeutungsmissbrauchs zu erfassen.¹⁵⁹ Maßgeblich sei dabei

¹⁵⁴ Siehe Lettl, WuW 2016, 214 ff.

¹⁵⁵ Siehe auch Bundeskartellamt, Pressemitteilung v. 2.3.2016; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 329. Recht ausführlich ferner Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Date, 2016, pp. 22 et seq.

¹⁵⁶ Hiervon geht offenbar auch die Monopolkommission aus, siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 501.

¹⁵⁷ Dazu Kovacic/Hyman, Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?, GW Law Faculty Publications & Other Works, Paper 631, 2013. Sehr zurückhaltend betreffend die Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte in der Fusionskontrolle auch EU-Kommission, 3.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp.

¹⁵⁸ Bundeskartellamt, Pressemitteilung v. 2.3.2016.

¹⁵⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 326, 329.

nicht die Feststellung eines Verstoßes gegen Datenschutzrecht. Ein Ausbeutungsmissbrauch folge vielmehr aus der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung.

Konzeptionell ist ein Missbrauch durch übermäßige Datenerhebung ebenso denkbar wie ein Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Entgelte. In der praktischen Anwendung wirft der Nachweis eines solchen Konditionenmissbrauchs allerdings zahlreiche schwierige Fragen auf.¹⁶⁰ So muss ein hypothetisches „kompetitives“ Datenerhebungsniveau ermittelt werden, und es bedarf des Nachweises eines spezifischen Zusammenhangs zwischen marktbeherrschender Stellung und übermäßiger Datenerhebung. In Zeiten von „Big Data“ besteht grundsätzlich für alle Unternehmen ein Interesse an einer möglichst breiten Datenerhebung. Das laufende Verfahren verspricht vor diesem Hintergrund neue Erkenntnisse über die Nachweisbarkeit eines „Daten-Ausbeutungsmissbrauchs“.

Zu prüfen bleibt überdies, ob eine etwaige übermäßige Datenerhebung zur Verfestigung der Marktposition beitragen und damit auch Aspekte eines Behinderungsmisbrauchs aufweisen kann.

5. Fusionskontrolle

Externes Unternehmenswachstum – das Wachstum durch Unternehmenskäufe, Übernahmen, Fusionen und andere Formen der Kombination bestehender unternehmerischer Ressourcen – ist ein Teil des Wettbewerbs um die optimalen Grenzen von Unternehmen im Verhältnis zu Transaktionen am Markt.¹⁶¹ Im digitalen Umfeld spielen Unternehmensaufkäufe und –zusammenschlüsse eine große Rolle. Die Fusionskontrolle begrenzt externes Unternehmenswachstum dort, wo hierdurch wirksamer Wettbewerb wesentlich behindert würde (sog. SIEC-Test¹⁶²). In der digitalen Ökonomie haben sich für die Fusionskontrolle einige neue Herausforderungen ergeben.

5.1. SCHAFFUNG EINER NEUEN TRANSAKTIONSWERTBEZOGENEN AUFGREIF-SCHWELLE

Sowohl die europäische Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004¹⁶³ (FKVO) als auch das deutsche Recht knüpfen die Anmeldepflicht für Unternehmenstransaktionen an eine Aufgreifschwelle. Wirtschaftlich unerhebliche Zusammenschlüsse sollen von der Fusionskontrolle ausgenommen sein. Sowohl in der FKVO wie auch im GWB wird die wirtschaftliche Erheblichkeit eines Zusammenschlusses bislang unter Rückgriff auf Umsatzerlöse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmt (Art. 1 und Art. 5 FKVO; § 35 GWB). Digitale Plattformen versuchen häufig, zunächst die Zahl der Nutzer und Transaktionen auf

¹⁶⁰ Siehe schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 329. Dazu auch: Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 2016, p. 25.

¹⁶¹ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 621 ff..

¹⁶² SIEC steht für „significant impediment of effective competition“. Der SIEC-Test ist für die europäische Fusionskontrolle in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO normiert und mit der 8. GWB-Novelle auch in § 36 GWB übernommen worden.

¹⁶³ ABl. 2004 Nr. L 24/1.

der Plattform zu maximieren. Auch ohne nennenswerte Umsatzerlöse können sie so über eine große Nutzerzahl und einen erheblichen Datenbestand verfügen. Nicht selten werden sie sodann zu hohen Preisen von großen Marktakteuren aufgekauft, noch bevor der Übergang zu einem kommerziellen Geschäftsmodell erfolgt ist. Angesichts von Aufgreifschwelen, die Mindestumsatzerlöse von mindestens zwei am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verlangen, wurden derartige Unternehmenszusammenschlüsse bislang nicht von der europäischen und deutschen Fusionskontrolle erfasst. Als Illustration für die Schutzlücke gilt der Kauf von WhatsApp durch Facebook, der nur aufgrund einer Verweisung gemäß Art. 4 Abs. 5 FKVO zur Kommission gelangte.¹⁶⁴ Als weitere mögliche Schutzlücke wird der Erwerb von Rechten des geistigen Eigentums genannt, mit denen aktuell noch kein Umsatz verbunden ist.¹⁶⁵

Die Bundesregierung beabsichtigt, diese Schutzlücke für das deutsche Recht mit der 9. GWB-Novelle zu schließen. Vorgesehen ist eine an den Transaktionswert anknüpfende Ergänzung der Aufgreifkriterien. Für die europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004) hat Kommissarin Vestager angekündigt, eine Anpassung der Aufgreifkriterien prüfen zu lassen.¹⁶⁶

5.2. DIE BERÜCKSICHTIGUNG VON BESONDERHEITEN DIGITALER PLATTFORMEN BEI DER MATERIELL-RECHTLICHEN KONTROLLE VON ZUSAMMENSCHLÜSSEN

Die Zahl von Zusammenschlüssen in Sektoren, die in engem Zusammenhang mit der neuen Datenökonomie stehen, hat in jüngerer Zeit erheblich zugenommen.¹⁶⁷ Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten „Herausforderung digitale Märkte“ auf die Besonderheiten bei der Prüfung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung digitaler Plattformen hingewiesen.¹⁶⁸ Besonders zu berücksichtigen sind in solchen Fällen die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf etwa bestehende Konzentrationstendenzen in den betroffenen Märkten.¹⁶⁹ Der Gefahr eines „Tipping“ kann allerdings eine verbreitete Multi-Homing-Praxis der Nutzer oder eine starke Ausdifferenzierung unter den Plattformen entgegenstehen. Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung, die gegebenenfalls beide Plattformseiten einbezieht. Bei der Beurteilung, ob wirksamer Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird, werden direkte und indirekte Netzwerkeffekte, Innovationsdruck und unter Umständen auch die Kombination von Nutzerdaten häufig eine größere Rolle spielen als die herkömmlichen Faktoren wie Marktanteile und Preissetzungsspielräume. Die Monopolkommission hat vorgeschlagen, auf diese Gesichtspunkte in einem neu zu fassenden § 18 GWB aus-

¹⁶⁴ EU-Kommission, Beschluss v. 3.10.2014, M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

¹⁶⁵ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 454.

¹⁶⁶ Margrethe Vestager, Refining the EU merger control system, Speech of 10 March 2016 – Studienvereinigung Kartellrecht. Für einen konkreten Vorschlag siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 461.

¹⁶⁷ OECD, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being, 2015, p. 94.

¹⁶⁸ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 473 ff.

¹⁶⁹ Siehe auch BKartA, Hintergrundpapier „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, S. 23 f.

drücklich hinzuweisen. Die Bundesregierung beabsichtigt, diesen Vorschlag in der 9. GWB-Novelle aufzugreifen.

Die Monopolkommission weist außerdem auf die möglichen Wettbewerbsgefahren hin, die bei einem Zusammenschluss aus der Kombination von Datenbeständen über verschiedene Märkte hinweg entstehen können. Die Plattform des Erwerbers könne sich hierdurch unter Umständen dauerhaft überlegene Kenntnis von Nutzerpräferenzen verschaffen und langfristig vom Wettbewerb abschotten bzw. frühzeitig neue Märkte besetzen.¹⁷⁰ Die Gefährdungslage bleibt, wie die Monopolkommission selbst zugesteht, derzeit unscharf.¹⁷¹ Das Bundeskartellamt hat darauf hingewiesen, dass die Zusammenführung von Datenbeständen auch zu Produktverbesserungen und Effizienzen führen können.¹⁷² Zutreffend ist allerdings, dass es Facebook mit der Übernahme von WhatsApp und Instagram gelungen ist, diejenigen Kommunikationsplattformen, die am ehesten die eigene Marktstellung gefährden konnten, frühzeitig zu übernehmen und sich die Nutzerdaten plattformübergreifend zunutze zu machen.¹⁷³

Ob die Datenökonomie Anlass bieten wird, eine spezifische Theorie konglomerater Datenmacht zu entwickeln, bleibt abzuwarten. Vergleichbare Ansätze mit Blick auf die Unternehmensgröße und Finanzkraft von Unternehmen, wie sie in der US-amerikanischen Fusionskontrolle in den 1960er und 1970er Jahren eine Rolle spielten („deep pocket“-Doktrin), werden heute im Wettbewerbsrecht nicht mehr vertreten. Gleichwohl wird beobachtet werden müssen, ob die Kombination von Datenpools im Zusammenhang mit Fusionen zu spezifischen Marktzutrittsschranken führen kann.

Zu prüfen bleiben ferner auch bei Zusammenschlüssen die Zusammenhänge zwischen Datenschutz- und Wettbewerbsrecht. Datenschutzrechtlich können sich Grenzen für die Datenkombination ergeben. Es ist die Frage aufgeworfen, ob und wie dies bereits bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung eines Zusammenschlusses eine Rolle spielen kann.

6. Gesetzgeberischer Reformbedarf im Wettbewerbsrecht?

¹⁷⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 478. Siehe auch Autorité de la Concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 2016, p. 16. Aus der Praxis der EU-Kommission siehe: EU Commission, COMP/M.6314, 4.9.2012, Rn. 539 – „*Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere*“.

¹⁷¹ Keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken sah die EU-Kommission im Ergebnis in ihrer Entscheidung vom 11.03.2008, COMP. 4731, Rn. 359 – „*Google/DoubleClick*“. Zu dem Themenkomplex siehe auch; Geradin/Kuschewsky, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue, S. 7 ff.

¹⁷² BKartA, Hintergrundpapier „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, S. 25.

¹⁷³ Hierzu Monopolkommission, Rn. 319 ff. Das Bundeskartellamt verweist allgemein auf die Möglichkeit von sog. Absicherungsfusionen, mit denen auf dem Markt bereits etablierte Anbieter mit erheblichen finanziellen Ressourcen durch Aufkaufen innovativer Newcomer ihre Marktstellung ausbauen und Wettbewerb für die nächsten Jahre de facto ausschließen können – siehe BKartA, Hintergrundpapier „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, S. 26.

Wie der Überblick zeigt, wirft die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Märkte, die durch die Tätigkeit digitaler Plattformen (mit-)geprägt sind, zahlreiche neuartige Fragen auf. Ganz überwiegend handelt sich um Probleme, die mit den Regeln und Kategorien des Wettbewerbsrechts im Grundsatz erfasst werden können. Es fehlt, soweit bislang ersichtlich, nicht an geeigneten Regeln und Eingriffsbefugnissen, sondern an Erfahrung mit neu gearteten Sachverhalten in hochdynamischen Märkten.

Gleichwohl ist zu fragen, ob die neuartigen Probleme eine Anpassung der Regeln erfordern: Bedarf es unter Umständen einer Regulierung von Plattformen? (6.1.) Brauchen wir für die mit Plattformen potenziell verbundenen Machtprobleme einen missbrauchsunabhängigen Eingriffstatbestand (ggfs. einschließlich einer Möglichkeit zur Anordnung der Entflechtung)? (6.2.) Muss die Eingriffsschwelle abgesenkt werden? (6.3.) Brauchen wir – institutionell oder verfahrensrechtlich – eine engere Verknüpfung zwischen der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und der Durchsetzung von Datenschutzrecht und verbraucherrechtlichen Regeln? (6.4.) Oder benötigen wir eine Reform des Verfahrensrechts, um eine schnellere Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen? (6.5.).

6.1. REGULIERUNG VON PLATTFORMEN?

Angesichts starker Netzwerkeffekte und der dadurch veranlassten Konzentrationstendenzen muss jedenfalls auf einigen Plattformmärkten mit dauerhaften Marktmachtpositionen gerechnet werden. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht wird auf diesen Plattformmärkten eine neue Bedeutung erlangen.

Fraglich ist, ob die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB genügt, oder ob marktbeherrschende Plattformen weitergehend einer Regulierung unterworfen werden sollten. Im europäischen Rahmen wird die Frage der Regulierungsbedürftigkeit regelmäßig anhand des sog. „3-Kriterien-Tests“ erörtert, wie er in § 10 Abs. 2 S. 1 TKG niedergelegt ist. Danach kommen für eine Regulierung solche Märkte in Betracht,

„die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“.

Der 3-Kriterien-Test verdeutlicht, dass und warum eine *allgemeine* Plattformregulierung nicht in Betracht kommt. Die Marktzutrittsschranken für digitale Plattformen sind nicht in allen Märkten hoch. In vielen Bereichen herrscht intensiver Wettbewerb. Selbst dort, wo nennenswerte Marktzutrittsschranken existieren, kann aktueller und potenzieller Wettbewerb wirksam sein, so dass mittelfristig auch ohne regulatorische Intervention Wettbewerb zu erwarten ist. Dies gilt bei digitalen Plattformen besonders dort, wo Multi-Homing praktiziert wird oder wo Spielraum für die wettbewerbliche Ausdifferenzierung von Plattformen existiert und so die „lock-in“-Effekte überwunden werden können.

Selbst digitale Plattformen mit starker Machtstellung, bei denen Multi-Homing nur begrenzt stattfindet, bleiben in höherem Maße bestreitbar, als dies bei den klassischen Netzinfrastrukturen der Fall ist. Die Machtstellung von Netzinfrastrukturen ist häufig nicht nur durch starke Netzwerkeffekte, sondern zusätzlich durch hohe und irreversible Investitionskosten abgesichert, die eine Duplizierbarkeit ausschließen. Bei digitalen Plattformen ist die entscheidende Hürde eine „disruptive“ Innovation, die eine kritische Zahl von Nutzern

zum Wechsel veranlassen kann. Jenseits der Netzwerkeffekte sind die Wechselkosten für Nutzer – zumal bei Gewährleistung von Datenportabilität – oftmals moderat. Die „schöpferische Zerstörung“ bestehender Machtpositionen bleibt damit stets eine Möglichkeit. Dies rechtfertigt es nicht, von wirksamem potenziellem Wettbewerb auszugehen. Es gebietet aber Zurückhaltung bei regulatorischer Intervention.

Schließlich hat im Kontext digitaler Plattformen auch das dritte Kriterium erhebliches Gewicht. Der „3-Kriterien-Test“ ist Ausdruck des Grundsatzes, dass eine Regulierung als stärkster Eingriff in den Markt nur als letztes Mittel in Betracht kommen darf. Zu berücksichtigen sind die Irrtumskosten, die mit einer dauerhaften Regulierung verbunden sein können: Die Regulierungsbehörde gibt in diesem Fall notwendig die Richtung der Marktentwicklung vor. Dies ist in einem hochdynamischen, komplexen und innovativen Umfeld, in dem die Marktentwicklung notwendig unbekannt ist, besonders riskant. Das punktuelle Eingreifen auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts ist daher einer ständigen Regulierung grundsätzlich vorzuziehen. Es sollte allerdings mit einer systematischen Marktbeobachtung verbunden werden.

6.2. SCHAFFUNG EINES MISSBRAUCHSUNABHÄNGIGEN EINGRIFFSTATBESTANDES?

In der Vergangenheit ist wiederholt und in unterschiedlichen Kontexten eine Ermächtigung des Bundeskartellamtes zu einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung von marktbeherrschenden Unternehmen erörtert worden.¹⁷⁴ In einem Referentenentwurf des BMWi vom 5. Mai 2010 ist ein neuer § 41a GWB mit folgendem Wortlaut vorgeschlagen worden:

„Das Bundeskartellamt kann anordnen, dass marktbeherrschende Unternehmen Teile ihres Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen müssen (Entflechtungsanordnung), wenn ihre Marktbeherrschung nicht nur vorübergehend ist, sondern schon länger besteht und voraussichtlich mindestens 5 Jahre fortbestehen wird, auf dem betroffenen Markt Wettbewerb technisch, strukturell und wirtschaftlich möglich ist, die Eingreifvoraussetzungen des § 32e Abs. 1 GWB vorliegen und der betroffene Markt gesamtwirtschaftliche Bedeutung hat“.

Angesichts einer überwiegend kritischen Diskussion hat die Bundesregierung schließlich von einer solchen Ausweitung der Kompetenzen des Bundeskartellamtes abgesehen. Auch im gegenwärtigen Kontext erscheint ein solcher missbrauchsunabhängiger Entflechtungstatbestand nicht geeignet, den mit marktmächtigen digitalen Plattformen verbundenen Problemen zu begegnen. Angesichts der durch Netzwerkeffekte veranlassten Konzentrationstendenzen wird man in vielen Fällen schon zweifeln müssen, ob Wettbewerb auf den relevanten Märkten möglich ist, solange die Ursachen der Konzentration nicht beseitigt sind. Wo Wettbewerb möglich ist, lässt er sich gegebenenfalls durch alternative Instrumente forcieren (näher dazu: siehe unten). Eine Entflechtung internationaler Internetkonzerne wäre auch politisch kaum realistisch. Sie ginge ferner mit der Notwendigkeit eines behördlichen Marktdesign einher, das gerade in den dynamischen Internetmärkten mit dem „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ schwer zu vereinbaren wäre.

¹⁷⁴ Siehe in diesem Zusammenhang z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. Kritisch: Satzky, Novellierung des GWB : Entflechtung von Großkonzernen?, WuW 2010, 614 ff.

Die Idee eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungstatbestands ist daher in der gegenwärtigen Diskussion zu Recht nicht aufgegriffen worden. Sollte es in Zukunft allerdings zur Bildung dauerhaft marktmächtiger Konglomerate kommen, könnte es sinnvoll sein, die Idee eines missbrauchsunabhängigen Eingriffstatbestandes speziell für derartige Konglomerate erneut aufzugreifen.

6.3. ABSENKUNG DER EINGRIFFSSCHWELLE: INTERVENTIONEN UNTERHALB DER SCHWELLE DER MARKTMACHT

Auch eine allgemeine Absenkung der wettbewerbsrechtlichen Interventionsschwelle für digitale Plattformmärkte unter die Schwelle der Marktmacht bzw. relativen Marktmacht ist nicht sinnvoll.

Im deutschen Recht ermöglicht § 20 GWB bereits nach geltendem Recht die Erfassung von Tatbeständen der relativen Marktmacht.

Zwar ist nach deutschem und europäischem Recht im Übrigen ein präventiver Eingriff zur Verhinderung eines durch starke Netzwerkeffekte induzierten „Tipping“ in einem konzentrationsgeneigten Plattformmarkt außerhalb der Fusionskontrolle nicht vorgesehen. Möglich ist es aber, durch einen gezielten Schutz der Wechselmöglichkeiten von Kunden (z.B. durch eine starke Ausgestaltung von Kündigungsrechten und des Rechts auf Datenportabilität) und ggfs. eine Förderung des Multihoming die Marktzutrittsschranken niedrig zu halten und Konzentrationstendenzen abzuschwächen.

Eine allgemeine Absenkung der wettbewerbsrechtlichen Interventionsschwelle birgt demgegenüber die Gefahr einer Steigerung der Irrtumskosten: Ein „Tipping“ ist keinesfalls in allen Plattformmärkten mit Marktanteilen von um die 30 % zu erwarten. Zu niedrige Interventionsschwellen könnten Wettbewerbsbehörden zu einem für den Wettbewerb und die wirtschaftliche Entwicklung im Ergebnis schädlichen Aktionismus verleiten.

In ihrer Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt hat die EU-Kommission gleichwohl angekündigt, sich näher mit möglichen Abhängigkeitslagen zwischen Online-Plattformen einerseits und den über diese anbietenden kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) andererseits befassen zu wollen. Unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Plattform könne es hier unter Umständen zu „unlauteren Handelspraktiken“ kommen. Als mögliche Abhilfen zieht die Kommission Streitbeilegungsmechanismen oder Empfehlungen für mehr Transparenz und bessere Information in Betracht.¹⁷⁵ Sie geht damit gegenwärtig von relativ niedrigschwelliger Maßnahmen aus. Mit § 20 GWB bietet das deutsche Recht bereits jetzt eine Grundlage für weiterreichende Maßnahmen.

6.4. ENGERE VERKNÜPFUNG DER DURCHSETZUNG DES WETTBEWERBSRECHTS MIT DER DURCHSETZUNG VON DATENSCHUTZRECHTLICHEN STANDARDS UND VERBRAUCHERSCHÜTZENDEN VORSCHRIFTEN

¹⁷⁵ EU Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt, 25.5.2016, COM(2016)288 fin., S. 14 f.

Zur Bewältigung der teilweise neuartigen wettbewerbsrechtlichen Probleme in digitalen Märkten sind danach – jenseits der Anpassung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle – keine neuen Regeln und Eingriffsbefugnisse erforderlich. Geboten ist aber eine intensive Auseinandersetzung mit den ökonomischen und technischen Besonderheiten der Märkte, den neuen Geschäftsmodellen und unternehmerischen Strategien. Die Rolle von Daten im Wettbewerb ist neu zu vermessen. Dabei müssen die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen und ihre praktische Wirkungsweise in Rechnung gestellt werden. Auch die Informationslage der Nutzer ist zu berücksichtigen, da auch sie den Wettbewerb prägen kann. Das Lauterkeitsrecht kann hier eine wichtige Rolle spielen. Seine Bedeutung darf auch in der Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht vernachlässigt werden. Eine Herausforderung besteht darin, die Durchsetzung von Wettbewerbs-, Lauterkeits-, Verbraucherschutz- und Datenschutzrecht im Lichte einer ökonomischen Wirkungsanalyse besser miteinander zu verzahnen. Zu prüfen ist, ob hierfür eine personelle Aufstockung der Ressourcen des Bundeskartellamts, formalisierte Regeln der zwischenbehördlichen Kooperation und/oder eine vorsichtige Erstreckung der Durchsetzungsbefugnisse des Bundeskartellamtes mit Blick auf solche lauterkeits-, verbraucherschutz- oder datenschutzrechtlichen Regeln sinnvoll sind, die einen engen Bezug zum Wettbewerbsrecht aufweisen. Über in diesem Sinne sehr weitreichende Kompetenzen verfügt etwa die CMA im Rahmen von sogenannten „market inquiries“.

In der „Digitalstrategie 2025“ hat das BMWi die Gründung einer Digitalagentur vorgeschlagen. Ihre Funktion soll unter anderem in einer systematischen Marktbeobachtung liegen. Zu untersuchen wäre, wie diese Erkenntnisse mit denen des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur verknüpft und fruchtbar gemacht werden können.

Zu berücksichtigen bleibt stets, dass digitale Angebote und Geschäftsmodelle nicht notwendig einen Markt konstituieren sondern in starken Substitutions- oder Komplementbeziehungen zu offline Angeboten stehen können. Der Zusammenhang zwischen „online“ und „offline“-Angeboten darf auch institutionell nicht aus dem Blick geraten.

6.5. REFORMEN BEI DER RECHTSDURCHSETZUNG

Probleme zeigen sich derzeit in der praktischen Durchsetzung des Missbrauchsverbots auf Plattformmärkten: In hochdynamischen und schnelllebigen Märkten erweisen sich die Wettbewerbsverfahren als in hohem Maße komplex und langwierig. Ein Beispiel sind die seit November 2011 bei der EU-Kommission anhängigen Verfahren gegen Google.¹⁷⁶ Die Verfahren illustrieren zugleich, dass die Verpflichtungsentscheidungen (Art. 9 VO 1/03; § 32b GWB), die als Instrument zur Steigerung der Verfahrensökonomie ins Wettbewerbsverfahrensrecht eingeführt worden sind, diesen Zweck nicht notwendig erfüllen. Vergleichende Untersuchungen zur Verfahrensdauer insbesondere zu Missbrauchsverfahren der Kommission haben gezeigt, dass Verpflichtungsverfahren im Durchschnitt sogar langwieriger waren als Abstellungsverfügungen.¹⁷⁷ Die Monopolkommission hat vor dem Hintergrund dieser Erfahrung in ihrem Sondergutachten zu digitalen Märkten vorgeschlagen,

¹⁷⁶ Siehe dazu zuletzt: Kommission, 15.4.2015, MEMO/15/4781 – Google Preisvergleichsdienst; Kommission, 15.4.2015, MEMO/15/4782 – Android.

¹⁷⁷ Mariniello, Commitments or Prohibition? The EU Antitrust Dilemma, Bruegel Policy Brief 2014, S. 4 f.

Verpflichtungsverfahren automatisch ein Jahr nach dem Angebot von Verpflichtungszusagen der betroffenen Unternehmen – auf begründeten Antrag Dritter ggfs. auch zuvor – in ein Abstellungs- und Bußgeldverfahren überzuleiten, wenn nicht vorab eine Verpflichtungsentscheidung ergeht.¹⁷⁸ Sie hat außerdem einen stärkeren Einsatz einstweiliger Maßnahmen (Art. 8 VO 1/03; § 32a GWB) angeregt.¹⁷⁹

Das Nachdenken über eine beschleunigte Rechtsanwendung und –durchsetzung muss bei einer Analyse der Gründe ansetzen, die bei Sachverhalten der digitalen Ökonomie typischerweise zu langwierigen Verfahren führen. Ist die Verfahrenslänge vor allem durch die Neuartigkeit und besondere Komplexität der ökonomischen und technischen Sachverhalte und durch rechtlich ungeklärte Fragen bedingt, so sind institutionelle Reformen einer verfahrensrechtlichen Lösung ggfs. vorzuziehen: Es bedürfte dann vor allem eines verstärkten Einsatzes von personellen Ressourcen, um eine vollständige Aufarbeitung der Sachverhalte zu ermöglichen.

Nicht geklärt ist demgegenüber, ob ein verstärkter Einsatz von Verpflichtungszusagen zur Bewältigung möglicher Missbräuche auf digitalen Märkten wünschenswert ist.¹⁸⁰ Verpflichtungszusagen ermöglichen den Kartellbehörden einen Abschluss wettbewerbsrechtlicher Verfahren ohne Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes. Die betroffenen Unternehmen erhalten die Möglichkeit, Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen. Das Verfahren ermöglicht so die Suche nach flexiblen Lösungen. Lauterkeits-, Datenschutz- und verbraucherschutzrechtliche Gesichtspunkte können einbezogen werden, insoweit sie zu einer Lösung des wettbewerbsrechtlichen Problems beitragen. In einem neuartigen ökonomischen und technischen Umfeld kann der Rückgriff auf Verpflichtungsentscheidungen aber auch mit erheblichen Irrtumskosten verbunden sein. Der Missbrauchsvorwurf bleibt in seiner Berechtigung und Reichweite im Ergebnis ungeklärt. Die Abhilfen können im Ergebnis zu kurz oder zu weit greifen. Die Rechtsfortbildung wird ausgeschlossen.

Auch beim Einsatz einstweiliger Maßnahmen bleibt Vorsicht geboten.¹⁸¹ Einstweilige Maßnahmen haben „Ausnahmecharakter“.¹⁸² Ihr Zweck ist es, ernste und nicht wieder gutzumachende Schäden für den Wettbewerb durch die Fortsetzung der (vermeintlichen) Zuwiderhandlung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu verhindern. Voraussetzung ist daher zum einen, dass ein Wettbewerbsverstoß überwiegend wahrscheinlich ist (prima facie Nachweis) und zum anderen, dass durch ein Unterlassen ernste Schäden für den Wettbewerb drohen, die durch die Hauptsacheentscheidung nicht mehr ausgeglichen wer-

¹⁷⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 169, Rn. 513.

¹⁷⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 167, Rn. 509.

¹⁸⁰ Zu den Bedenken gegenüber einem übermäßig breiten Einsatz von Verpflichtungsentscheidungen in der Wettbewerbspolitik siehe Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 553 f. und Schweitzer, Verpflichtungszusagen im Gemeinschaftsrecht, in Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 637 ff.

¹⁸¹ Siehe aber Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 169, Rn. 509, mit einem Plädoyer für einen verstärkten Einsatz einstweiliger Maßnahmen.

¹⁸² EuG, 26.10.2001, Rs. T-184/01, Slg. 2001 II-3193 Rn. 144 – *IMS Health*.

den können.¹⁸³ Unter diesen engen Voraussetzungen können befristet (Art. 8 Abs. 2 VO 1/2003, § 32a Abs. 2 GWB) Maßnahmen mit vorläufigem und sicherndem Charakter ergriffen werden. Nicht dazu gehören etwa ihrer Natur nach nicht vorläufige strukturelle Maßnahmen. Angesichts dieser strengen Anforderungen an den Einsatz einstweiliger Maßnahmen, die Ausfluss des Gebots einer sorgsameren Interessenabwägung sind, werden sie im Kontext der digitalen Ökonomie wie auch sonst nur im Einzelfall in Betracht kommen. Stets ist auf der Grundlage einer summarischen Prüfung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darzulegen. Zwar schließen neuartige Rechtsfragen den Erlass einstweiliger Maßnahmen nicht aus,¹⁸⁴ jedoch beschränken die bestehenden Unsicherheiten auf Rechtsfolgenseite die zulässige Intensität und Reichweite einstweiliger Maßnahmen. Je unsicherer die Sach- und Rechtslage, desto umsichtiger sind einstweilige Maßnahmen zu handhaben. Darüber hinaus muss in jedem Einzelfall das Bestehen der „Gefahr eines ernststen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“ geprüft werden (§ 32a Abs. 1 GWB). Schließlich werden einstweilige Anordnungen durch ihre Funktion – die Sicherung der praktischen Wirksamkeit der Hauptsacheentscheidung – begrenzt. Dem Vorschlag der Monopolkommission, einstweilige Maßnahmen zu nutzen, um mögliche künftige Abhilfemaßnahmen zu „testen“, sind damit rechtliche Grenzen gezogen.

6.6. FAZIT

Der geltende wettbewerbliche Rechtsrahmen (europäisches Wettbewerbsrecht, GWB) ist grundsätzlich geeignet, diesen neuen Herausforderungen zu begegnen. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle werden einige „offene Flanken“ – insbesondere in der Fusionskontrolle – geschlossen werden. Über die Notwendigkeit einer weitergehenden Regulierung marktstarker Plattformen wird diskutiert. Entsprechenden Vorschlägen ist aber mit Vorsicht zu begegnen. Wichtiger scheint es, die Durchsetzung des Missbrauchsverbots zu beschleunigen und das Zusammenspiel von Kartellrecht, Lauterkeits-, Verbraucher- und Datenschutzrecht zu verbessern: Eine Förderung des Wettbewerbs in Plattformmärkten wird mitunter besser und schneller durch eine verstärkte Durchsetzung von Regeln des UWG, des Verbraucherschutz- oder Datenschutzrechts zu erreichen sein.

II. WETTBEWERB ZWISCHEN KOMMUNIKATIONSDIENSTEN – ANPASSUNGEN DES REGULIERUNGSRECHTLICHEN RAHMENS AN DIE NEUEN WETTBEWERBSBEDINGUNGEN

Digitale Plattformen werden regelmäßig aus technischer Sicht als so genannte „Over-The-Top“-Dienste (OTT) realisiert. Eine einheitliche Definition von OTT-Dienste hat sich bisher noch nicht herausgebildet. Ein wesentliches verbindendes Element aller bisherigen Definitionsversuche liegt jedoch darin, dass OTT-Dienste unabhängig von einer konkreten (Telekommunikations-) Infrastruktur meist auf Grundlage des Internet Protocols über Telekommunikationsnetze paketvermittelt angeboten werden. Eine überwiegende Anzahl von

¹⁸³ Zu den Voraussetzungen etwa Bornkamm, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Bd. 1, § 32a GWB, Rn. 3 ff.; Bach, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB/Teil 1 § 32a GWB, Rn. 4 ff.

¹⁸⁴ EuG, 26.10.2001, Rs. T-184/01, Slg. 2001 II-3193 –IMS Health, Rn. 93.

OTT-Dienste wird dabei über das Internet erbracht, so dass jeder Anbieter einer digitalen OTT-Plattform auch ohne eigenes Telekommunikationsnetz potenziell alle Nutzer mit Internetanschluss erreichen kann. OTT-Dienste setzen also für ihre Erbringung das Vorhandensein einer Telekommunikationsinfrastruktur voraus, sind aber, anders als dies klassischerweise bei Telekommunikationsdiensten der Fall war, nicht an eine spezifische Infrastruktur gebunden. Dies ermöglicht nicht nur die infrastrukturübergreifende Erbringung von OTT-Diensten, sondern ermöglicht es OTT-Plattformbetreibern auch, ihre Dienste ohne eigene Telekommunikationsinfrastruktur zu erbringen. Die Infrastrukturunabhängigkeit von digitalen Plattformen sowie ihre potenzielle Nutzbarkeit von jedem Internetanschluss aus sind wesentliche Ursachen für die Möglichkeit zur Ausschöpfung der positiven direkten und indirekten Netzwerkeffekte, wie sie in Teil B. dargestellt worden sind.

Aufgrund der Nutzung von Telekommunikationsinfrastrukturen, insbesondere von Telekommunikationsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 27 TKG bzw. Art. 2 lit. a) Rahmen-RL, bestehen zwischen digitalen Plattformen und Telekommunikationsanbietern erhebliche technische und wirtschaftliche Interdependenzen. Digitale Plattformen sind technisch ohne Telekommunikationsnetze nicht denkbar. Wirtschaftlich gesehen bieten Plattformanbieter und Telekommunikationsnetzbetreiber unterschiedliche Leistungen entlang derselben digitalen Wertschöpfungskette an.¹⁸⁵

Allerdings sind nur Telekommunikationsnetzbetreiber einer spezifischen Regulierung unterworfen. Die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung betrifft dabei zum einen im Rahmen der Marktregulierung primär wettbewerbsbezogene Aspekte; zum anderen werden auch darüber hinaus für Telekommunikationsnetzbetreiber spezifische, nicht primär wettbewerbsbezogene Regelungen etwa in den Bereichen Verbraucherschutz, Datenschutz, Fernmeldegeheimnis und öffentliche Sicherheit geschaffen. Anbieter digitaler Plattformen hingegen unterliegen bisher nur den allgemeinen Verhaltens- und Marktordnungsregeln. Diese rechtliche Ausgangslage erhält besondere Brisanz, wenn digitale Plattformen mit klassischen Telekommunikationsdiensten im Sinne des Art. 3 Nr. 24 TKG bzw. Art. 2 lit. c) Rahmen-RL in den Wettbewerb treten, die über Telekommunikationsnetze erbracht werden und die der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterliegen. Ein Beispiel hierfür sind Messenger-Dienste wie WhatsApp, die in Konkurrenz zur klassischen Textnachricht SMS treten, und VoIP-Dienste wie Skype, die mit klassischen Sprachtelefondiensten konkurrieren.

Die Tatsache, dass Telekommunikationsnetzbetreiber und Telekommunikationsdiensteanbieter einer spezifischen Regulierung unterliegen, OTT-Dienste hingegen nicht, hat den Ruf nach der Schaffung eines regulatorischen Level-Playing-Fields laut werden lassen. Grundsätzlich dürfen rechtliche Regelungen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Marktakteuren führen, sofern es hierfür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Im Hinblick auf digitale Plattformen bedeutet dies, dass zunächst zu untersuchen ist, in welchen Bereichen überhaupt ein relevantes Wettbewerbsverhältnis zwischen (regulierten) Telekommunikationsdiensteanbietern bzw. Telekommunikationsnetzbetreibern einerseits und digitalen Plattformanbietern andererseits besteht (1.). Sodann ist festzustellen, ob die unterschiedliche regulierungsrechtliche Behandlung der beiden Gruppen zu Wettbewerbsverzerrungen führt (2.). Schließlich ist davon ausgehend zu betrachten, ob diese Wettbe-

¹⁸⁵ Vgl. Peitz/Valletti, Telecommunications Policy 2015.

werbsverzerrungen es rechtfertigen, auch digitale Plattformen in die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung aufzunehmen bzw. einer vergleichbaren Regulierung zu unterstellen. Vorrangig sollte dabei allerdings immer die Frage sein, ob der Bedeutungszuwachs digitaler Plattformen nicht auch eine Rückführung sektorspezifischer Regulierungen im Telekommunikationssektor ermöglicht. (3.). Die Frage der Netzneutralität wurde bereits oben angesprochen. Neu zu überprüfen ist die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen europäischer und nationaler Ebene (4.).

1. Telekommunikationsrechtlich relevante Wettbewerbsverhältnisse bei digitalen Plattformen

Der Begriff der digitalen Plattform ist, wie unter B. aufgezeigt, weit und umfasst ganz unterschiedliche Phänomene von sozialen Netzwerken, über Arbeitsplatzvermittlungen, Videostreamingportalen bis hin zu Messenger-Diensten. Für die Frage der Schnittstellen zur Telekommunikationsregulierung muss dabei unterschieden werden zwischen digitalen (OTT-) Plattformen, die in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu sektorspezifisch regulierten Infrastrukturen bzw. Diensten stehen, und solchen Plattformen, die zwar Telekommunikationsnetze und -dienste nutzen, aber selbst nicht mit diesen Diensten konkurrieren, sondern sich auf einer anderen angrenzenden Ebene der digitalen Wertschöpfungskette befinden.

1.1. SUBSTITUT-OTT-PLATTFORMEN

Die erste Kategorie von digitalen Plattformen, die mit regulierten Telekommunikationsnetzen bzw. -diensten im Wettbewerb stehen, wird von BEREC als OTT-0- bzw. OTT-1-Dienst bezeichnet.¹⁸⁶ Der Unterschied zwischen OTT-0-Diensten und OTT-1-Diensten ist dabei, dass nur OTT-0-Dienste ohne weiteres als Telekommunikationsdienst im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG bzw. als elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne des Art. 2 lit. c) Rahmen-RL eingeordnet werden können, so dass sie schon heute grundsätzlich der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterliegen. OTT-1-Dienste können hingegen nicht völlig zweifelsfrei als elektronische Kommunikationsdienste qualifiziert werden, so dass für sie umstritten ist, ob sie der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterfallen. Beispiele für OTT-0-Dienste sind Viber-Out und Skype in der kostenpflichtigen Version, die auch Verbindungen zu klassischen Telekommunikationsdiensten ermöglichen. Beispiele für OTT-1-Dienste sind der WhatsApp-Messaging-Dienst oder WhatsApp-Voice, die lediglich die diensteinterne Kommunikation zulassen. Gemeinsam ist OTT-0- und OTT-1-Diensten hingegen – und dies ist der wesentliche Gesichtspunkt im vorliegenden Zusammenhang –, dass sie jedenfalls potenziell in den Wettbewerb zu sektorspezifisch regulierten Telekommunikationsdiensten treten, also zumindest potenziell aus Sicht ihrer Nutzer Substitute für klassische Telekommunikationsdienste darstellen. Hierbei ist sehr genau zu untersuchen, in welcher Weise derartige Substitutionsbeziehungen bestehen. Sofern jedoch ein solches horizontales Wettbewerbsverhältnis zwischen einer digitalen Plattform und einem klassischen Telekommunikationsdienst festgestellt werden kann, ist zu prüfen, in welcher Hinsicht sie unterschiedlichen Regelungen unterliegen und ob ihre unterschiedliche rechtliche Beurteilung zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann.

¹⁸⁶ BEREC, Report on OTT services, BoR (15) 142, S. 15 – 3.3.2.; S. 20 – 4.2.1.

1.2. KOMPLEMENTÄR-OTT-PLATTFORMEN

Im Zentrum des vorliegenden Arbeitspapiers stehen allerdings solche digitalen Plattformen, die keine Substitute für klassische Telekommunikationsdienste darstellen, sondern die letztgenannten zwar nutzen, aber eine über diese hinausreichende unabhängig zusätzliche Leistung darstellen. Beispiele hierfür sind Videostreamingportale, soziale Netzwerke und Arbeitsvermittlungsplattformen. In der Kategorisierung von BEREC handelt es sich dabei um so genannte OTT-2-Dienste.¹⁸⁷ Zwischen OTT-2-Plattformen Telekommunikationsnetzen und -diensten bestehen zwar aus technischer und ökonomischer Sicht ebenfalls Abhängigkeiten. Sie wirken sich aber im Vertikalverhältnis aus. OTT-2-Plattformen sind aus Sicht der Nachfrager damit keine Substitute für klassische Telekommunikationsdienste sondern bilden komplementäre Leistungen. Bei ihnen stellt sich die Frage von telekommunikationsrechtlich verursachten Wettbewerbsverzerrungen daher typischerweise nicht.

2. Relevante Wettbewerbsverzerrungen zwischen Telekommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Plattformen

Für digitale Plattformen, die Substitute für Telekommunikationsdienste darstellen können, ist zu untersuchen, an welchen Stellen der Umstand, dass Telekommunikationsdienste reguliert, sonstige digitale Plattformen aber nicht reguliert werden, zu relevanten Wettbewerbsverzerrungen führt. Solche Wettbewerbsverzerrungen können darin bestehen, dass Telekommunikationsdiensteanbieter in ihrem Geschäftsmodell Beschränkungen unterliegen, die für digitale Plattformen nicht gelten. Beispiele hierfür finden sich im Bereich des Datenschutzrechts, wo etwa Telekommunikationsdiensteanbieter derzeit Standortdaten nur unter den Voraussetzungen des § 98 TKG nutzen können, wohingegen Anbieter digitaler Plattformen diesen Beschränkungen nicht unterliegen und entsprechende Daten daher u.a. einfacher für die gezielte Werbung nutzen können. Wettbewerbsverzerrungen können auch dadurch hervorgerufen werden, dass Telekommunikationsdiensteanbietern zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden, die Implementierungskosten verursachen, die digitale Plattformen nicht zu tragen haben. Beispiele hierfür sind Verpflichtungen im Bereich der öffentlichen Sicherheit, wenn es etwa darum geht, Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden die Möglichkeit zum Zugriff auf Kommunikationsdaten zu ermöglichen.

In beiden Fällen muss ein Ordnungsrahmen wettbewerbsneutral so ausgestaltet werden, dass er die Markterfolgchancen von Telekommunikationsdiensten einerseits und OTT-Plattformen andererseits nicht verfälscht.¹⁸⁸

3. Wettbewerbsneutraler Ordnungsrahmen

Das Postulat der Wettbewerbsneutralität eines Ordnungsrahmens für Telekommunikation einerseits und digitale OTT-Plattformen andererseits gibt zunächst einmal nur das Ziel vor, lässt aber die Erreichung dieses Ziels offen. Ein Level-Playing-Field, das Wettbewerbsneutralität gewährleistet, kann grundsätzlich dadurch erreicht werden, dass OTT-Plattformen

¹⁸⁷ BEREC, Report on OTT services, BoR (15) 142, S. 27 – 5.

¹⁸⁸ Siehe auch Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin., S. 7.

in die sektorspezifische Regulierung einbezogen werden, oder dadurch, dass sektorspezifische Regulierung im Telekommunikationssektor zurückgenommen wird. Den Ausgangspunkt für die Herstellung eines Level-Playing-Fields muss dabei grundsätzlich die Frage bilden, ob der Bedeutungszuwachs von digitalen Plattformen eine Rückführung bestehender sektorspezifischer Regulierung zugunsten der allgemeinen wettbewerbs-, Verbraucherschutz- und datenschutzrechtlichen Regelungen ermöglicht. Erst wenn diese Frage verneint wird, sollte über eine Ausweitung der bestehenden spezifischen Regulierung auf die bisher nicht spezifisch regulierten Plattformen nachgedacht werden. Ein solcher Ansatz ist unter anderem deshalb vorzugswürdig, weil er zu einer Senkung von Regulierungskosten, zum Bürokratieabbau und zum Freiheitsgewinn für Marktakteure beitragen kann, die in der Summe investitions- und innovationsfördernd wirken.

Bei der Frage, an welchen Stellen bestehende Regulierungen zurückgeführt werden können, ist zwischen der Marktregulierung einerseits und der sonstigen Regulierung (u.a. Verbraucherschutz, Datenschutz und Fernmeldegeheimnis) andererseits zu unterscheiden. Im Rahmen der Marktregulierung ist zu berücksichtigen, dass digitale Plattformen primär zu einer Intensivierung der Wettbewerbsintensität in Endkundenmärkten führen, die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung bisher hingegen vorrangig Vorleistungsmärkte erfasst. Allerdings erfolgt die Vorleistungsregulierung genau zum Zweck der Wettbewerbsförderung auf Endkundenmärkten, so dass die Intensivierung des Wettbewerbs durch OTT-Plattformen auf diesen Märkten eine Überprüfung der Regulierungsnotwendigkeit auf Vorleistungsmärkten gebieten kann.

Im Hinblick auf die sonstige sektorspezifische Regulierung ist grundsätzlich zu überprüfen, welche spezifischen Regelungen – etwa im Bereich des Verbraucher- und des Datenschutzes – weiterhin erforderlich bleiben und ob sie bejahendenfalls auch auf digitale Plattformen angewendet werden müssen. Dabei ist eine einzelregelungsbezogene Betrachtung vorzunehmen, die jede bestehende Verpflichtung daraufhin untersucht, ob der ihr zugrundeliegende Sinn und Zweck fortbesteht und ob die Regelung nach Sinn und Zweck auch auf OTT-Plattformen angewendet werden soll. Nur wenn beide Fragen positiv beantwortet werden, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Einbeziehung von OTT-Diensten in den persönlich-sachlichen Anwendungsbereich der jeweiligen telekommunikationsrechtlichen Regelung durch eine entsprechende Klarstellung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ bzw. „elektronischer Kommunikationsdienst“ sinnvoll erreicht werden kann oder ob eine entsprechende neue materielle Regelung für OTT-Plattformen – etwa im Rahmen eines Digitalgesetzbuches¹⁸⁹ – geschaffen werden muss. Die erstgenannte Vorgehensweise bietet den Vorteil eines einheitlichen Regelungsrahmens für Telekommunikationsdienste und im Wettbewerb mit ihnen stehende digitale Plattformen, schafft aber eine Zweiteilung der Regelungen für digitale Substitut-OTT-Plattformen einerseits und Komplementär-OTT-Plattformen andererseits. Die zweite Vorgehensweise schafft die Gefahr der Inkohärenz zwischen unterschiedlichen Regelungsregimen für Telekommunikationsdienste und OTT-Plattformen, wäre aber offen für einen einheitlichen Regelungsrahmen für alle digitalen Plattformen, wenn es beispielsweise um Fragen der Interoperabilität und Datenportabilität geht. Die aus den verschiedenen Regelungsansätzen jeweils resultierenden Vor- und Nachteile sind sehr genau abzuwägen.

¹⁸⁹ BMWi, Digitale Strategie 2025, 2016, S. 25.

4. Zuständigkeitsverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene

Im Rahmen der Überlegungen für eine neue Austarierung des telekommunikationsrechtlichen Rahmens ist auch zu erwägen, wie eine angemessene Balance zwischen einer Regulierung auf europäischer Ebene und auf nationaler Ebene hergestellt werden kann. Wesentliche Aspekte eines solchen Gleichgewichts sind nicht nur die Auswirkungen auf den europäischen Binnenmarkt sowie das Subsidiaritätsprinzip, sondern auch die Frage, wie in ausgesprochen dynamischen Märkten Regulierung so beschleunigt werden kann, dass mögliche regulatorische Maßnahmen mit dieser Dynamik Schritt halten können. Dies ist von wesentlicher Bedeutung, um gegebenenfalls erforderliche neue Regulierungsmaßnahmen rechtzeitig ergreifen zu können, aber auch um bestehende Regulierungsmaßnahmen möglichst kurzfristig aufheben zu können, wenn die Marktbedingungen ihre Aufrechterhaltung nicht mehr rechtfertigen. Die institutionelle Ausgestaltung der Telekommunikationsregulierung bedarf vor diesem Hintergrund einer tiefergehenden Analyse.

Literatur:

Abrahamson, Z., Essential Data, Yale Law Journal 2014, 576-881.

Acquisti, A./ Taylor, C./ Wagman, L., The Economics of Privacy, Journal of Economic Literature 2016 (im Erscheinen).

Armstrong, A., Competition in Two-sided Markets, Rand Journal of Economics Nr. 37, 2006, 668-691.

Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10 May 2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Belleflamme, P./ Peitz, M., Industrial Organization: Markets and Strategies, 2. Auflage, Cambridge University Press, 2015.

Bräutigam, P., Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken. Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635-641.

Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015

Bundesrepublik Deutschland, Positionspapier zum Regelungsumfeld für Plattformen, Online-Vermittler, Daten, Cloud-Computing und die partizipative Wirtschaft v. 22.4.2016.

CMA, The Commercial Use of Consumer Data, 2015
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

Crane, D., Search Neutrality as an Antitrust Principle, University of Michigan Public Law Working Paper No. 256, 2011.

Dewenter, R./ Rösch, J./ Terschüren, A., Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, 387-394.

Dörr, D./ Natt, A., Suchmaschinen und Meinungsfreiheit – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829-847.

Edelman, B./ Wright, J., Price Coherence and Excessive Intermediation, Quarterly Journal of Economics Nr. 130, 2015, 1283-1328.

EU Commission, Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy, 25.5.2016.

EU Commission, Key Principles for Comparison Tools, 2016; und EU Commission, Staff Working Document: Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, 25.5.2016, SWD(2016)163 fin.

EU Kommission, Mitteilung: Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25.5.2016, COM(2016)288 fin.

EU Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (AVMD-Richtlinie), 25.5.2016, COM(2016)287 fin.

EU Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des EP und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, 25.5.2016, COM(2016)283.

Evans, D./ Hagiu, A./ Schmalensee, R., Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries, MIT Press, 2006.

Faust, F., Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, DJT-Gutachten 2016,
<http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft+-+Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF?token=nCa3JwfVpCG5JZWkYHywATPzPEw%3D>.

Grau, T./ Granetzny, T., EU-US-Privacy Shield – Wie sieht die Zukunft des transatlantischen Datenverkehrs aus?, NZA 2016, 405 ff.

Greenstein, S./ Peitz, M./ Valletti, T., Net Neutrality: A Fast Lane to Understanding the Trade-offs, Journal of Economic Perspectives Nr. 30, 2016, 127-149.

Hagiu, A./ Jullien, B., Why Do Intermediaries Divert Search? Rand Journal of Economics Nr. 42, 2011, 337-362.

Halfmeier, A. Die neue Datenschutzverbandsklage, NJW 2016, 1126 ff.

Harrang, K. J., Challenges in the Global Market: Technology, Creative Content, and Intellectual Property Rights, Arizona Law Review 49, 2007, 29-44.

Haucap, J./ Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 44, 2013

Heinemann, A., Google als kartellrechtliches Problem?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr. 213, 2015

Höppner, T./ Grabenschröer, J. F., Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162-168.

Hoppen, P., Sicherung von Eigentumsrechten an Daten, CR 2015, S. 802 ff.

Katz, M./ Shapiro, C.1985, Network Externalities, Competition and Compatibility, American Economic Review Nr. 75, 1985, 424–440.

Klotz, M., Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV, WuW 2016, 58 ff.

Körper, T., Google im Fokus des Kartellrechts, WRP 2012, 761 ff.

Körper, T., Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120 ff.

Kovaciv, W.E./ Hyman, D. A., Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?, GW Law Faculty Publications & Other Works, Paper 631, 2013
http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=faculty_publications.

Lambrecht, A./ Goldfarb, A./ Bonatti, A./ Ghose, A./ Goldstein, D. G./ Lewis, R./ Rao, A./ Sahni, N./ Yao, S., How Do Firms Make Money Selling Digital Goods Online?, Marketing Letters Nr. 25, 2014, 331-341.

Lambrecht A./ K. Misra, Pricing Online Content: Fee or Free?, Management Science (im Erscheinen).

Larouche, P./ Peitz, M./ Purtova, N., Consumer Privacy in Network Industries, Cerre Policy report, 25. Januar 2016.

Lettl, T., Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch, WuW 2016, 214 ff.

Mestmäcker, E.-J./ Schweitzer, H., Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.

Miller, A., What do we Worry about when we Worry about Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing, Journal of Technology Law and Policy 2014, pp. 41 et seq.

Newmann, J. M. (2015), Antitrust in Zero-Price Markets: Applications, The University of Memphis, Research Paper No. 150.

OECD, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being, 2015, p. 94

Ostendorf, P./ Grün, A., Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und deutschen Kartellrecht, WuW 2008, 950 ff.

Paal, B., Vielfaltsicherung im Suchmaschinenektor, ZRP 2015, 34-39.

Paal, B., Internetmaschinen und Kartellrecht, GRUR Int. 2015, 997-1005.

Paal, B., Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, GRUR-Beilage, Heft 1, 2014, 69-77.

Peitz, M., Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte, Perspektiven der Wirtschaftspolitik Nr. 7, 2006, 317-333.

Peitz, M./ Reisinger, M., Media Economics of the Internet, in: S. Anderson, D. Stromberg und J. Waldfoegel (Hrsg.), *Handbook of Media Economics*, Band 1A, North Holland, 2016, 445-530.

Peitz, M./ Valletti, T., Reassessing Competition Concerns in Electronic Communications Markets, Telecommunications Policy Nr. 39, 2015, 896-912.

Rochet, J.-C./ Tirole, J., Platform Competition in Two-sided Markets, Journal of the European Economic Association Nr. 1, 2003, 990-1029.

Rücker, D., Datenschutz, in: BDI/Noerr (Hrsg.), *Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung*, 2015, S. 30-40,

http://bdi.eu/media/themenfelder/digitalisierung/downloads/20151117_Digitalisierte_Wirtschaft_Industrie_40_Gutachten_der_Noerr_LL.Pdf.

Scherer, J./ Feiler, L./ Heinickel, C./ Lutz, H., „Digitaler Kodex“: Zum Änderungsbedarf des Rechtsrahmens aufgrund der Konvergenz, 22. 4. 2015, https://www.hessen-it.de/mm/mm001/FINAL_Digitaler_Kodex.pdf.

Schlimpert, D., „Verstärkte Kooperation“ für mehr Wettbewerb – Französische, italienische und schwedische Wettbewerbsbehörden nehmen Verpflichtungszusagen von Booking an, ZWeR 2015, 134-156.

Schweitzer, H./Fetzer, T., Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Netzneutralität, Impulsstudie für das BMWi, 2012 <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/W/wettbewerbs-und-medienrechtliche-aspekte-von-netzneutralitaet,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

Stadler, C., „Me first!“ or Why the Bundeskartellamt Approach in the Hotel Platform Cases Is an Unfortunate Precedent, ZWeR 2016, 1-15.

Stigler, G., The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market, Journal of Political Economy Nr. 59, 1951, 185–193.

Weber, R.H./ Volz, S., Kartellrechtlicher Handlungsbedarf im Lichte potenzieller Meinungsmacht von Suchmaschinen, WuW 2015, 356-368.

Weichert, T., Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463-1469.

Wright, J., One-sided Logic in Two-sided Markets, Review of Network Economics Nr. 3, 2004, 44-64.

Yoo, C. S., When Antitrust Met Facebook, ILE Research Paper No. 12-31, 2012

Zech, H., "Industrie 4.0" – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151 ff.

Zech, H., Daten als Wirtschaftsgut - Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers", CR 2015, 137 ff.