



Telemedicus Sommerkonferenz



»Die Macht der Plattformen«

Telemedicus e.V. (Hrsg.)

Die Macht der Plattformen

Tagungsband zur Telemedicus Sommerkonferenz 2016

Telemedicus-Schriftenreihe

Band 3

Impressum

Verlag: epubli GmbH, Berlin

www.epubli.de

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung - Nicht-kommerziell - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland“ (CC BY-NC-SA 3.0 DE). Eine vollständige Version des Lizenztextes ist abrufbar unter <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/de/>.

Alle Fundstellen, soweit sie in's Internet verweisen, wurden zuletzt überprüft am 12.2.2017.

Vorwort

„Die Macht der Plattformen“ – unter diesem Motto stand die Telemedicus Sommerkonferenz 2016. Warum dieses Thema? In den vergangenen Jahren hat sich in der Internetökonomie ein mächtiger Wandel vollzogen. Plattformen dominieren den Markt und schaffen Abhängigkeiten: Händler sind abhängig von Amazon, Content-Provider sind auf ein Listing bei Google angewiesen, sogar der öffentliche Diskurs wird zunehmend auf Plattformen wie Facebook und Twitter geführt. Damit geraten Plattformen – ob gewollt oder nicht – immer mehr in eine Machtposition.

Diese Machtposition hat spannende ökonomische, soziologische, aber vor allem auch rechtliche Folgen und wirft Fragen auf, mit denen sich die Rechtswissenschaft bisher nur vereinzelt befasst hat. Ziel der Telemedicus Sommerkonferenz war es daher, die Macht der Plattform systematisch und möglichst umfassend zu diskutieren. Die wesentlichen Ergebnisse der Diskussion sollen in diesem Tagungsband dokumentiert werden.

Wie bereits im vergangenen Jahr haben wir uns dazu entschieden, die Inhalte unter einer Creative Commons Lizenz und neben einer Druckversion auch digital zu veröffentlichen. Denn wir bei Telemedicus sind der Überzeugung, dass wissenschaftliche Diskurse nur dann sinnvoll geführt werden können, wenn sie möglichst vielen Menschen zugänglich sind. Wir hoffen deshalb, mit diesem Tagungsband weitere Diskussionen anstoßen und bereichern zu können.

Wir bedanken uns herzlich bei allen Teilnehmern und Speakern der Telemedicus Sommerkonferenz für spannende Diskussionen und wertvolle Impulse und ganz besonders bei den Autoren, die uns für diesen Tagungsband ihre Beiträge

zur Verfügung stellen. Außerdem danken wir unserem Mitveranstalter, dem Bayreuther Arbeitskreis für Informationstechnologie – Neue Medien – Recht e.V. (AKIT), unseren Partnern, dem Internet und Gesellschaft Collaboratory, der Humboldt Law Clinic Internetrecht und Gesellschaft, dem Alexander von Humboldt Institut für Internet, der gemeinnützigen Hertie Stiftung und der Zeitschrift Kommunikation & Recht, sowie unseren Sponsoren, insbesondere dem Deutschen Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI), dem Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware sowie den Kanzleien Bird & Bird und HÄRTING, ohne die weder die Sommerkonferenz noch dieser Tagungsband möglich gewesen wären.

Adrian Schneider, Vorstand Telemedicus e.V.

Inhaltsverzeichnis

Keynote: Die Macht der Plattformen3

Julia Reda

1	Feindbild GAFA.....	4
2	Plattform-Definition der Europäischen Kommission.....	6
3	Wettbewerb zwischen Plattformen: David gegen Goliath	9
4	Die Macht der Plattformen	15
5	Die Nutzerin im Zentrum	18

Plattformen und Datenmacht – Drei Thesen aus Verbrauchersicht 20

Anne Lauber-Rönsberg

1	Wahrnehmungs- und Durchsetzungsrechte des Einzelnen im Datenschutzrecht defizitär.....	21
2	Ein Eigentumsrecht an den eigenen Daten würde das Durchsetzungsdefizit nicht beheben.....	23
3	Es besteht ein Bedarf an effizienteren Wahrnehmungs- und Durchsetzungsmechanismen	29
4	Fazit	34

Kleines Plädoyer für einen Auskunftsanspruch

bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet 35

Christoph Palzer

1	Anonymität als Dilemma.....	36
2	Auskunftsanspruch, <i>chilling effects</i> und anderweitiger Rechtsschutz....	38
3	Fazit.....	41

Rechtsschutz und Regulierung durch Plattformen –

***Vier Thesen zur Störerhaftung* 42**

Linda Kuschel

1	These: Die Störerhaftung wird derzeit überdehnt und auf Intermediäre angewandt, deren Beiträge tatsächlich nicht „adäquat-kausal“ sind	43
2	These: Es muss zwischen dem Anspruch auf Beseitigung und dem Anspruch auf Unterlassung differenziert werden.	46
3	These: Die Verletzung von Prüfungspflichten eignet sich nicht zur Bestimmung der Störereigenschaft.....	48
4	These: Der Gefahr des over-blocking muss im Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Nutzer begegnet werden	52
5	Fazit.....	54

Regulierungsbedarf für Plattformen? 55

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger

- 1 Plattformen als private Unternehmen 56
- 2 Die Rolle der Plattformbetreiber 61
- 3 Weitergehender Regelungsbedarf 64
- 4 Ein nicht nur Ernst zu nehmender Ausblick 66

Digitale Teilhabe als Voraussetzung sozialer Teilhabe 68

Joanna Schmölz

- 1 Das Internet als kultureller Meilenstein 69
- 2 Plattformen als integraler Bestandteil des (Online-)Lebens 70
- 3 Digitale Teilhabe 72
- 4 Fazit 75

OTT-Dienste und klassische TK-Anbieter 76

Frederic Ufer

- 1 Disruptive Entwicklungen als große Herausforderung 77
- 2 Der Ruf nach dem “level-playing-field” 79
- 3 Modernisierung der Regeln zu Kundenschutz, Datenschutz
und öffentlicher Sicherheit 82

Online-Plattformen – eine Herausforderung für das Kartellrecht..... 84

Boris P. Paal

1 Zur kartellrechtlichen Plattform-Definition..... 85

2 Zur Rolle des Kartellrechts im Plattformbereich 87

3 Konkrete kartellrechtliche Herausforderungen 91

4 Zusammenfassung und Ausblick 94

Autorenhinweise 97

Keynote: Die Macht der Plattformen

Julia Reda

Die Telemedicus-Sommerkonferenz beschäftigt sich mit einem brandheißen Thema¹: Plattformen sind in aller Munde, ob in der Telekomregulierung, im Wettbewerbsrecht, im Datenschutz- oder im Urheberrecht. Was ich als Politikerin auf einer juristischen Konferenz zu diesem Thema beitragen kann, ist ein Blick auf das politische Narrativ rund um die Plattform, die Beweggründe und Argumente, mit denen Rufe nach einer Plattformregulierung, insbesondere in Brüssel, untermauert werden.

Bevor man ein Phänomen regulieren kann, muss man natürlich eingrenzen, womit man es zu tun hat. Im Zentrum meiner Einführung steht deshalb die Frage:

Was ist eine Plattform? Was wird in der europäischen Debatte darunter verstanden?

¹ Es handelt sich bei diesem Beitrag um eine wörtliche Mitschrift der Keynote von Julia Reda (Anm. d. Hrsg.).

1 Feindbild GAFA

Wenn man in Brüssel fragt, vor allem die Kolleginnen und Kollegen aus Frankreich, dann sind Plattformen gleichbedeutend mit „GAFA“, kurz für Google, Apple, Facebook und Amazon. Eine Journalistin verglich diese vier Unternehmen vor Kurzem mit den vier Reitern der Apokalypse. Dieser Vergleich war kaum als Übertreibung zu betrachten.²

Die vier vielgescholtenen Firmen unterscheiden sich durchaus in ihren Geschäftsmodellen. Während das Kerngeschäft von Apple der Verkauf von Hardware ist und Amazon immerhin den Vertrieb vieler Produkte selbst übernimmt, ist das Geschäftsmodell von Google und Facebook nahezu vollständig digital und aus der Nutzerinnensicht ist kaum erkennbar, ob diese Firmen überhaupt etwas verkaufen. Gemeinsam haben sie, dass ihr Geschäftsmodell auf das Internet fußt, dass sie eine Palette ineinandergreifender Dienstleistungen anbieten und dass es sich um amerikanische Großkonzerne handelt. Die Debatte um Plattformen in Brüssel ist unbestreitbar geprägt vom Wettbewerb zwischen europäischer und amerikanischer Internetwirtschaft, und der Sorge, dass Europa in diesem Wettbewerb weit abgehängt ist.

1.1 Europäische Plattformen: abgehängt

Eine Grafik der Europäischen Kommission aus ihrer Digitalen Binnenmarktstrategie zeigt, wie sich das Problem für die Kommission darstellt:

Wenn es um Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Apps, Cloud Services und die Sharing Economy geht, überwiegen Angebote aus den USA. Dort, wo es Konkur-

² Emily Bell: Facebook is Eating the World.
http://www.cjr.org/analysis/facebook_and_media.php.

renz aus Europa gibt, handelt es sich in aller Regel um Unternehmen, die nur auf einem einzelnen nationalen Markt erfolgreich sind. Paneuropäische Konkurrenz zu den international erfolgreichen amerikanischen Internetplattformen gibt es kaum.

1.2 Oettinger im Spiegel: Wir können Google zwingen

Auch in Deutschland ist dieser Diskurs nicht gänzlich unbekannt, beispielsweise eine Schlagzeile im Nachrichtenmagazin der Spiegel von 2014³ zeigt Digitalkommissar Günther Oettinger mit der Überschrift „Wir können Google zwingen. Interview: Digitalkommissar Günther Oettinger über Europas Aufholjagd in der Internetwirtschaft“, die Frage der Regulierung von Google wird also in einen direkten Kontext zur wirtschaftlichen Situation europäischer Internetunternehmen gesetzt.

³ Der Spiegel 52/2014: Interview: Wir können Google zwingen.
<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-130967255.html>.

2 Plattform-Definition der Europäischen Kommission

Entsprechend kam es wenig überraschend, dass die Europäische Kommission sich intensiver mit der Plattformregulierung auseinandergesetzt hat. Eine öffentliche Konsultation aus dem Herbst 2015 schlägt folgende Definition⁴ für das Phänomen Plattform vor:

„Online-Plattform“ bezieht sich auf ein Unternehmen, das in zwei- oder mehrseitigen Märkten tätig ist und das Internet nutzt, um Interaktionen zwischen zwei oder mehr verschiedenen, jedoch voneinander abhängigen Gruppen von Nutzern zu ermöglichen, wobei eine Wertschöpfung für mindestens eine der Gruppen entsteht. Einige Plattformen sind auch als Vermittler anzusehen.“

Die Definition ist mit einer Liste an Beispielen versehen, die das Konzept verdeutlichen sollen:

Zu den typischen Beispielen zählen allgemeine Internet-Suchmaschinen (z.B. Google, Bing), spezialisierte Suchmaschinen (wie Google Shopping, Kelkoo, Twenga, Google Local, Tripadvisor, Yelp), standortbezogene Branchenverzeichnisse oder einige Karten (z.B. Google oder Bing Maps), Nachrichtenaggregatoren (z.B. Google News), Online-Märkte (z.B. Amazon, eBay, Allegro, Booking.com), audiovisuelle und Musikplattformen (z.B. Spotify, Deezer, Netflix, Canal Play, Apple TV), Videoplattformen (z.B. YouTube, Dailymotion), Zahlungssysteme (z.B. PayPal, Apple Pay), soziale Netze (z.B. Facebook, LinkedIn, Twitter, Tuenti), App-Stores (z.B. Apple App Store, Google Play) oder Plattfor-

⁴ Öffentliche Konsultation: Regelungsumfeld für Plattformen, Online-Vermittler, Daten, Cloud Computing und die partizipative Wirtschaft
<https://ec.europa.eu/eusurvey/pdf/survey/31103?lang=DE&unique=7204f33b-d654-4ab3-8798-7b380afa2bb0>.

men der partizipativen Wirtschaft (z.B. AirBnB, Uber, BlaBlaCar, Taskrabbit). Internetzugangsanbieter fallen nicht unter diese Definition.

Insbesondere die Beispiele, die zur Veranschaulichung der Definition gegeben werden, werfen zahlreiche Fragen auf. Sie befinden sich auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen: Unternehmen wie Google, Amazon oder ebay werden als Beispiele genannt, genauso wie Dienstleistungen innerhalb eines Unternehmens (Apple Play, Bing, Google Maps, Google News), die ihrerseits einen profitablen Teil des Unternehmens darstellen können oder auch nicht.

Bei allen Beispielen handelt es sich um profitorientierte Firmen (oder Dienstleistungen dieser Firmen), obwohl die Profitorientierung insbesondere aus der englischen Originalfassung der Definition nicht unmittelbar zu entnehmen ist (dort ist von „undertakings“, deutsch „Unternehmen“, aber auch „Unternehmungen“ oder „Unterfangen“, die Rede). Unbeantwortet bleibt, ob etwa die Online-Enzyklopädie Wikipedia, die alle Merkmale der Definition erfüllt, aber nicht profitorientiert arbeitet, sondern von einer gemeinnützigen Stiftung betrieben wird, unter die Definition der Europäischen Kommission fallen würde. Unbestritten ist, dass Wikipedia Interaktionen zwischen verschiedenen Nutzerinnengruppen ermöglicht, Autorinnen und Leserinnen, und dabei einen Mehrwert schafft. Aber ob sich so unterschiedliche Onlineplattformen wie Wikipedia und Facebook unter dem gleichen Mantel regulieren lassen, ist fraglich.

Unklar ist weiterhin das Verhältnis zwischen der Definition von Onlineplattformen und der Definition von Intermediären aus der E-Commerce-Richtlinie. Eine Definition, die sich nur teilweise mit der der Intermediären überschneidet, würde große regulatorische Unsicherheiten aufwerfen, weil die E-Commerce-Richtlinie elementar ist für die Regelung von Fragen der Haftung seitens der Intermediären. Die Definition der Europäischen Kommission schließt mit den Internetzugangsanbietern nur eine Untergruppe von Intermediären aus seiner

Definition aus, schließt aber gleichzeitig Hostprovider mit ein, wie an zahlreichen Beispielen (YouTube, Yelp, Facebook) zu sehen ist. Gleichzeitig werden aber auch Lizenznehmer von kreativen Inhalten als Plattform genannt, wie Spotify oder Netflix. Bei diesen handelt es sich nicht um Intermediäre im Sinne der E-Commerce-Richtlinie, weil die bereitgestellten Inhalte nicht von Endnutzerinnen hochgeladen werden, sondern vom Anbieter der Dienstleistung selbst bereitgestellt werden, nachdem dieser eine Lizenz von den Rechteinhabern erworben hat. Inwieweit auf Netflix oder Spotify Interaktionen zwischen verschiedenen Nutzergruppen ermöglicht werden, ob sie also überhaupt die seitens der Europäischen Kommission vorgeschlagene Definition erfüllen, ist ebenfalls fraglich. Diese Vermengung von Intermediären und Inhaltenanbietern, die selbst Inhalte lizenzieren und zur Verfügung stellen, ist regulatorisch hoch problematisch, weil für diese unterschiedlichen Gruppen von Akteuren vollständig andere Rechtsgrundlagen bestehen. Intermediäre profitieren von der Haftungsbegrenzung der E-Commerce-Richtlinie, Inhaltenanbieter nicht.

Schließlich ist auffällig, dass die von der Kommission genannten Beispiele naturgemäß allesamt größere, erfolgreiche Firmen (oder deren Dienstleistungen) sind, die Plattformdefinition aber kein Kriterium für die Größe einer Plattform oder die wirtschaftliche Relevanz der stattfindenden Transaktionen enthält. Ist eine privat betriebene Webseite, die wechselseitige Kommunikation ermöglicht (etwa ein Diskussionsforum) schon eine Plattform, wenn sie zum Beispiel ein Werbebanner geschaltet hat? Besteht mit solchen Webseiten ein Problem, das regulatorisch angegangen werden muss?

Die Konsultation der Europäischen Kommission hat ergeben, dass viele Betroffene die vorgeschlagene Definition als zu weit gefasst empfinden, um als Grundlage von Regulierung zu dienen.

3 Wettbewerb zwischen Plattformen: David gegen Goliath

Trotzdem gibt es berechtigte Sorgen über die Marktmacht von Plattformen. über Netzwerkeffekte, die die Entwicklung eines gesunden Wettbewerbs erschweren. über Datenschutz, der unterlaufen wird, denn wenn es keine privatsphärenfreundliche Alternative auf dem Markt gibt, sind die Menschen bereit, erstaunlich viele Daten preiszugeben und ihrer Verarbeitung zuzustimmen.

Eine allumfassende Plattformenverordnung wird es von der EU nicht geben. Stattdessen wird das Thema Plattformen in diesen ganz unterschiedlichen Kontexten beleuchtet. Die Relevanz der Plattformen für ganz unterschiedliche Branchen und Rechtsgebiete spiegelt sich auch in der Vielfalt der Diskussionsrunden auf dieser Konferenz wider.

3.1 EU: Nächste Schritte

Vor Kurzem hat die Europäische Kommission eine Mitteilung zur Regulierung von Plattformen veröffentlicht⁵: Anstatt einer allumfassenden Verordnung soll branchenspezifisch vorgegangen werden. Die Kommunikation behandelt vier Themenkomplexe:

Over-the-Top-Player (OTTs) und ihr Verhältnis zur klassischen Telekommunikationsbranche. Hier soll im Rahmen der Telekomregulierung ein „Level Playing Field“, eine Wettbewerbsgleichheit, geschaffen werden.

⁵ http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=15949.

Verantwortung von Plattformen: Dieses Kapitel beschäftigt sich mit der Haftung von Intermediären im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie.

Vertrauen: Dieses Thema beinhaltet Fragen rund um Datenschutz, Verbraucherschutz und Interoperabilität.

Business-to-Business-Transaktionen zwischen Plattformen, Kartellrecht und Streitschlichtung (in diesem Bereich sind noch keine konkreten Schritte geplant.)

3.2 Lobbyismus

Manche dieser Anliegen sind berechtigt.

Aber das allgemeine Unbehagen über Plattformen, das mit Sorgen über die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Internetwirtschaft vermengt ist, kann auch von alteingesessenen Industrien für eigene Interessen genutzt werden. Die Ergebnisse schaden oftmals den Interessen der Allgemeinheit und auch der Wettbewerbsfähigkeit neuer europäischer Internetdienste, die durch fehlgeleitete Regulierung oftmals am Entstehen und Wachsen gehindert werden. Dieses Phänomen zeigt sich am Lobbyismus rund um zwei Reformvorhaben, der Telekomregulierung und der Urheberrechtsreform.

3.3 OTTs

Die Argumentation für die Schaffung eines „Level Playing Field“ zwischen klassischen Telekomanbietern und OTTs lautet verkürzt folgendermaßen: Weil Skype mit dem Telefon konkurriert, muss man Wettbewerbsgleichheit schaffen, die Regulierung der Telekomanbieter muss entweder gelockert, oder die für OTT-Player angezogen werden.

Aber konkurriert Skype wirklich mit dem Telefon? Der Unterschied ist, wenn Skype einen aussperrt, kann man nach wie vor mit einem beliebigen anderen OTT telefonieren. Mit dem entsprechenden Wissen ausgestattet können sogar eigene Kurznachrichtendienste programmiert werden, die nicht auf die Kooperation irgendeines OTT-Anbieters angewiesen sind. Wenn die Telekom einem hingegen die Leitung kappt, ist man von der Kommunikation abgeschnitten, wenn kein alternativer Provider Zugriff auf die Infrastruktur hat.

Eigentlich konkurriert das Telefon nicht mit Skype, sondern mit dem Internet als Kommunikationsinfrastruktur. Wenn man Plattformen regulieren will, ist die Unterscheidung, ob man es mit einer Infrastruktur oder einer Dienstleistung zu tun hat, absolut elementar. Einige Verpflichtungen, die weniger mit dieser Unterscheidung und mehr mit dem Schutz von Grundrechten zu tun haben, wie etwa das Telekommunikationsgeheimnis, können durchaus auf OTTs übertragen werden.

Die Regulierung von Telekomanbietern ist zu weiten Teilen aber auch deshalb vorhanden, weil Infrastrukturinhaber zu Monopolbildung neigen. Anstatt ungleiches gleich zu machen und ein „Level Playing Field“ zwischen Telekomanbietern und Onlinediensten zu generieren, hätte man vielleicht gleich die physische Telekommunikationsinfrastruktur, die Kabel im Boden in öffentlicher Hand behalten sollen. Dann könnten Internetzugangsanbieter auf einer öffentlichen Infrastruktur effektiver miteinander konkurrieren.

Telekomanbieter haben natürlich Interesse an der Rede vom „Level Playing Field“:

Entweder die OTTs, die zwar selbst keine Kontrolle über die Infrastruktur haben, aber vielleicht trotzdem das Geschäftsmodell der Telekomanbieter weniger lukrativ machen, werden stärker reguliert und zurückgedrängt. Oder die Telekomanbieter werden dereguliert.

Beides ist im Interesse der Telekomanbieter, aber nicht unbedingt im öffentlichen Interesse. Ein Aspekt, der mit der Telekomreform evtl. dereguliert werden soll, sind die vertraglichen Rechte der Kundinnen und Kunden. Weniger Verbraucherschutzrechte etwa beim Wechsel des Telekomanbieters sind sicher nichts, womit der Wettbewerb befördert wird.

3.4 Leistungsschutzrecht

Ähnlich sieht es beim Urheberrecht aus. Da wird das Misstrauen gegenüber Google genutzt, um ein europaweites Leistungsschutzrecht zu fordern, das bereits in Deutschland auf ganzer Linie gescheitert ist und nur Anwälten Einnahmen beschert hat.

Die Idee war: Google soll dafür zahlen, wenn es mittels Google News Zuschauer auf die Seiten der Verlage leitet. Nach Verabschiedung des Gesetzes hat Google die Anzeige von Nachrichtenvorschauen auf Google News für die Verlagsangebote, die das Leistungsschutzrecht über die Verwertungsgesellschaft VG Media geltend machen wollten, beschränkt, um Lizenzkosten zu vermeiden.

Daraufhin haben die in der VG Media organisierten Verlage Google wenig überraschend eine Gratislizenz erteilt, weil sie feststellten, dass ohne die Nachrichtenvorschau mit Snippet und Bild deutlich weniger Menschen auf die Links zu ihren Angeboten geklickt haben, und ihnen so Werbeeinnahmen entgingen. So wäre das Leistungsschutzrecht in Deutschland beinahe folgenlos geblieben, wenn die Verlage auch der Konkurrenz von Google Gratislizenzen erteilt hätten. Dies ist aber nicht geschehen. In einer urhebervertragsrechtlich durchaus problematischen Weise räumt die VG Media Google gegenüber jeglicher Konkurrenz im Bereich Nachrichtenaggregation einen Vorteil ein. Ein Gesetz, das der Querfinanzierung von Verlagsangeboten durch die Einnahmen von Google dienen sollte, hat die Marktposition von Google sogar noch gestärkt.

Die VG Media hat bislang weit mehr Geld für Gerichtsverfahren ausgegeben, als sie jemals über Lizenzgebühren eingenommen hat, für die Verlagsbranche ist das Leistungsschutzrecht also ein Verlustgeschäft. Schlimmer noch ist es um die Verlage in Spanien bestellt, die ein Leistungsschutzrecht erstritten haben, welches es dem Verlag verbietet, freiwillig auf Lizenzgebühren zu verzichten. Dieses Gesetz, bekannt als Canon AEDE, hat nicht nur zur Einstellung von Google News in Spanien geführt, sondern auch zahlreichen erfolgreichen regionalen Nachrichtenaggregatoren die Geschäftsgrundlage entzogen und zu Einbrüchen bei den Werbeeinnahmen insbesondere kleinerer Verlage geführt. Ein Nutzen für die wenigen großen Verlagshäuser, die nach wie vor für ein Leistungsschutzrecht auf EU-Ebene eintreten, ist bestenfalls dadurch zu erklären, dass eine Schwächung der Nachrichtenaggregatoren und sozialen Netzwerke die Menschen dazu zwingt, wieder stärker auf bereits bekannte, markenstarke Onlinepublikationen zurückzugreifen. Dem Wettbewerb um den Qualitätsjournalismus ist damit nicht gedient.

Allen Warnungen seitens Wissenschaft, Zivilgesellschaft, Gewerkschaften, kleinerer Verlage und der Internetwirtschaft zum Trotz hat Digitalkommissar Oettinger nun ein Leistungsschutzrecht für die gesamte EU vorgeschlagen, das noch weitergehend ist als in Deutschland. Es ist nicht länger auf Suchmaschinen und Nachrichtenaggregatoren beschränkt, sondern soll beispielsweise auch für Linkvorschauen auf Twitter oder Facebook gelten. Dieses Vorhaben ist besonders grotesk angesichts der Tatsache, dass alle Verlage, die für ein Leistungsschutzrecht streiten, selbst in die Suchmaschinenoptimierung und in Social-Media-Strategien investieren, die dafür sorgen, dass ihre Inhalte möglichst prominent auf den Plattformen platziert sind, die ihnen angeblich durch die Anzeige von Artikelvorschauen Schaden zufügen. Die erwartbare Folge des europäischen Leistungsschutzrechts, dass die Angebote von Verlagen, die das Leistungsschutzrecht wahrnehmen wollen, in Zukunft weniger leicht zu finden sein werden, so deutet Kommissar Oettinger an, soll über das Kartellrecht

angegangen werden. Dass man ein Unternehmen nicht dazu zwingen kann, eine kostenpflichtige Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, ist indes heute genauso wahr wie bei der Einführung in Deutschland. Das Bundeskartellamt hat auch schon richtig festgestellt, dass das kein kartellrechtliches Problem, sondern eine Selbstverständlichkeit ist.

4 Die Macht der Plattformen

Die bevorstehende europäische Urheberrechtsreform⁶ enthält auch Regelungen zur Verantwortung von Plattformen im Umgang mit urheberrechtlich geschützten Inhalten, die insbesondere auf den Druck der Musikindustrie zurückzuführen sind.

„Wo Macht ist, muss auch Verantwortung sein“, heißt es in der Ankündigung des Panels auf dieser Konferenz zu Rechtsschutz und Regulierung durch Plattformen. Aber man kann es auch anders herum betrachten:

Wo Verantwortung übertragen wird, da entsteht Macht.

Wenn Unternehmen entscheiden, welche Inhalte legal und welche illegal sind, kann sich die Firmenpolicy auf die Werte der Gesellschaft übertragen, das sieht man beispielsweise an den immer wieder aufflammenden Debatten um die Löschung von Bildern auf Facebook, die nackte Haut zeigen, oder die Verpflichtung zur Nutzung eines Namens, der auch auf Ausweisdokumenten verwendet wird.

Darüber hinaus verhalten sich Plattformen, die rechtlich für Inhalte Dritter zur Verantwortung gezogen werden können, wahrscheinlich vorsichtiger als nötig, um das Haftungsrisiko zu minimieren. Bei der Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials, das durchaus durch eine nationale Urheberrechtsschranke legitimiert sein kann, hat ein Unternehmen wenig zu befürchten, wenn es einen fälschlich als illegal eingestuften Inhalt löscht. Wenn es einen fälschlich als legal eingestuften Inhalt aber auf seiner Plattform verbleiben lässt, geht es ein aus Firmensicht unnötiges Risiko ein, im Zweifelsfall wird also

⁶ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-directive-european-parliament-and-council-copyright-digital-single-market>.

gelöscht. Diese vorsichtige Haltung vermindert die praktische Wirkung von Urheberrechtsschranken, die die Meinungsfreiheit schützen sollen, wie etwa die Schranke für Parodie oder Zitat.

Der neue Gesetzesvorschlag der Europäischen Kommission zum Urheberrecht stützt sich auf die Idee, dass mehr Verantwortung über Inhalte auf Online-Plattformen übertragen werden muss, das könnte aber paradoxerweise dazu führen, dass genau die Unternehmen mehr Macht erlangen, gegen die die Maßnahmen vordergründig gerichtet sind.

Der Vorschlag, der unter dem Namen „Value Gap“ firmiert, basiert auf einem seitens der Musikindustrie vorgebrachten Narrativ, es stelle eine Regelungslücke dar, dass Lizenznehmer wie Spotify mehr für das Streaming einer Musikaufnahme zahlen als die Videoplattform YouTube, auf der zahlreiche Musikvideos hochgeladen werden. YouTube profitiert als Host-Provider von der Haftungsbeschränkung aus der E-Commerce-Richtlinie. Seit Jahren verlangen Rechteinhaber, insbesondere die Musikindustrie, dass auf YouTube zur Verfügung gestellte Inhalte grundsätzlich lizenziert werden sollen.

Google ist dieser Forderung durch die Einführung von ContentID begegnet, ein System, das neu hochgeladene Inhalte automatisch mit einer Referenzdatenbank von urheberrechtlich geschützten Werken vergleicht und es Rechteinhabern freistellt, diese Inhalte automatisch zu entfernen, zu überwachen oder mit Werbeeinblendungen zu versehen, an deren Einnahmen die Rechteinhaber beteiligt werden. Die überwiegende Mehrheit der Rechteinhaber in der Musikindustrie beteiligt sich an ContentID und entscheidet sich für die Monetarisierung durch Werbung. Nach eigenen Angaben hat Google etwa \$ 60 Millionen in die Entwicklung dieser Technologie investiert, sicher auch mit dem Ziel, den Druck auf Änderung der Gesetzgrundlage für den Haftungsausschluss von Intermediären zu verringern.

Jetzt schlägt die EU-Kommission vor, die Verwendung von technischen Maßnahmen wie ContentID zur Verhinderung der Verfügbarkeit unlizenzierter Inhalte verpflichtend zu machen für „Online-Plattformen, die große Mengen urheberrechtlich geschützter Inhalte hosten“.

YouTube erfüllt diese neuen Vorgaben freilich bereits durch die Verwendung von ContentID. Die kleinere und weniger liquide Konkurrenz scheitert aber daran, Technologien wie ContentID selbst zu entwickeln. Es ist durchaus denkbar, dass Google die Einführung einer solchen gesetzlichen Vorschrift nutzen würde, um ContentID in Zukunft als Dienstleistung anzubieten, die andere Plattformen per Lizenzvertrag mitnutzen können. Um den gesetzlichen Vorschriften für den Betrieb einer Plattform mit nutzerinnengenerierten Inhalten zu entsprechen, müssten sich Unternehmen also in Zukunft womöglich direkt wirtschaftlich von Google abhängig machen.

Das zeigt, dass die Übertragung von Verantwortung nicht die richtige Antwort auf Machtungleichgewicht ist. Das heißt nicht, dass die Macht von Plattformen nicht existiert oder dass wir nichts gegen sie unternehmen sollten.

5 Die Nutzerin im Zentrum

Die Antwort auf Netzwerkeffekte sollte nicht sein, Wettbewerb als Regelungsprinzip aufzugeben. Es gibt durchaus auch sinnvolle regulatorische Antworten auf die Macht von Plattformen, die Voraussetzungen schaffen, damit eine effektive Konkurrenz mit den größten Internetplattformen möglich ist, anstatt diese zu erschweren.

Die Bundesregierung arbeitet an einer Überarbeitung des Kartellrechts, um Marktkonzentration in der digitalen Welt zu begegnen. Sie befasst sich in diesem Kontext mit „kostenfreien“ Diensten oder Startups, die zuweilen zu Millionenbeträgen aufgekauft werden, obwohl sie noch nicht über nennenswerte eigene Einnahmen verfügen. Wenn diese Unternehmen über verwertbare Daten oder große Communities verfügen, kann eine kartellrechtliche Untersuchung sinnvoll sein, der Umsatz von Unternehmen allein soll nicht mehr das einzige entscheidende Kriterium sein.

Die Kommission macht Schlagzeilen damit, Internetgiganten von Steuervermeidung abzuhalten, indem es gegen illegale Staatsbeihilfen vorgeht. Das gilt aber für Apple genau wie für Fiat oder Starbucks. Das Kartellrecht muss ein scharfes Schwert bleiben, um sich gegen Unternehmen durchzusetzen, die Regulierung unterlaufen, egal ob Plattform oder nicht.

Die Datenschutzgrundverordnung und das derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindliche neue EU-Kaufrecht für digitale Inhalte führen Nutzerinnenrechte auf Datenportabilität und Interoperabilität ein. Dabei handelt es sich um eine Grundvoraussetzung für funktionierenden Wettbewerb im Netz, um Lock-in-Effekten vorzubeugen.

Es gibt also viel Bewegung rund um die Plattformen: Die Debatte ist berechtigt, ebenso wie viele der Gesetzesinitiativen. Aber nicht alles, was mit der Macht der Plattformen begründet wird, führt tatsächlich zu einem Nutzen für die Allgemeinheit. Bei der Plattformregulierung gilt es immer ein Auge darauf zu haben, nicht einfach die Forderungen traditioneller europäischer Industrien ungefragt zu übernehmen.

Plattformen und Datenmacht – Drei Thesen aus Verbrauchersicht

Anne Lauber-Rönsberg

Durch den Wandel der gesellschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen sind Daten zum Wirtschaftsgut geworden. Während der Datenschutz früher, zu Zeiten des Volkszählung-Urteils, primär das Verhältnis zwischen den Bürgern und dem Staat betraf, ist es nun eine mindestens ebenso große Herausforderung, den Datenschutz im Verhältnis zwischen privaten Akteuren zu gewährleisten.

Anders als der Begriff des Datenschutzes suggeriert, geht es nicht nur darum, Datensubjekte davor zu schützen, dass ihre personenbezogene Daten von Dritten verwendet werden, sondern es geht auch darum, Betroffenen die privatautonome Verfügung über ihre Daten zu ermöglichen. Das Verbot einer Datenverarbeitung ist nicht immer eine interessengerechte Lösung, sondern es mag durchaus auch im Interesse der Betroffenen liegen, wenn Dritte ihre Daten nutzen¹. Es geht also nicht um Datenschutz, sondern es geht um „informationelle Selbstbestimmung“ oder – in der Terminologie des Grünbuchs „Digitale Plattformen“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie – um „individuelle Datensouveränität“².

¹ S. v. Lewinski, Tagungsband Sommerkonferenz 2015 zur Unschärfe des Begriffs des Datenschutzrechts.

² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Grünbuch Digitale Plattformen, Mai 2016, S. 52 ff., abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Digitale-Welt/Netzpolitik/digitale-plattformen.html> (Stand: 14.12.2016).

1 Wahrnehmungs- und Durchsetzungsrechte des Einzelnen im Datenschutzrecht defizitär

Meine erste These lautet daher, dass im Datenschutzrecht grds. kein materielles Schutzdefizit besteht; defizitär sind aber die Möglichkeiten des Einzelnen zur Wahrnehmung und der Durchsetzung der Rechte an seinen Daten.

Es zeichnet sich bereits seit längerem ab, dass das Problem nicht in dem Umfang des materiellen Datenschutzrechts liegt, sondern dass zum einen die privatautonome Wahrnehmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Rechtsverkehr durch den Einzelnen nicht mehr effektiv zu leisten ist und dass es zum anderen dem Einzelnen häufig nicht möglich ist, seine Rechte im Falle von Rechtsverstößen effektiv durchzusetzen.

In der Theorie ermöglichen die datenschutzrechtlichen Regelungen dem Einzelnen zwar die privatautonome Wahrnehmung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dadurch, dass die Gesetze ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt regeln, wonach der Einzelne dann durch informierte Einwilligung bestimmte Datenverarbeitungen gestatten kann. In der Praxis funktioniert dies aber häufig nicht, weil dem Einzelnen häufig nur die Wahl zwischen Alles oder Nichts bleibt, wenn er an bestimmten Kommunikationsprozessen teilhaben will. Zudem ist es ihm – entweder aufgrund von mangelnder Transparenz oder tatsächlicher Komplexität – häufig nicht in jedem Einzelfall mit zumutbarem Aufwand möglich, vor Erteilung einer Einwilligung den Sachverhalt rechtlich zu prüfen und sich interessensgerecht zu verhalten. Durch diese hohen Transaktionskosten wird die vom Gesetz geforderte informierte Einwilligung in vielen

Fällen zur reinen Fiktion. Auch die Durchsetzung der dem Betroffenen zustehenden Rechte im Fall von Rechtsverletzungen ist für viele Private, wenn man nicht gerade den Durchsetzungswillen eines Max Schrems hat, reine Utopie³.

Um Abhilfe zu schaffen, wird seit einiger Zeit darüber nachgedacht, die Position der Datensubjekte dadurch zu stärken, dass diesen Eigentumsrechte oder eigentumsähnliche Immaterialgüterrechte an den eigenen Daten zuerkannt werden. Hiervon erhofft man sich, dass die Betroffenen ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung effektiver ausüben könnten⁴.

³ Siehe ausführlicher zum Durchsetzungsdefizit im Datenschutzrecht Krügel, Tagungsband Sommerkonferenz 2015, S. 49 ff.; Halfmeier, NJW 2016, 1126, jeweils m.w.N.

⁴ Siehe z.B. Krügel, Tagungsband Sommerkonferenz 2015, a.a.O., S. 59.

2 Ein Eigentumsrecht an den eigenen Daten würde das Durchsetzungsdefizit nicht beheben

Meine zweite These lautet, dass bereits jetzt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung so ausgelegt werden kann, dass es auch vermögenswerte Bestandteile umfasst. Jedoch ändert dies nichts an dem Durchsetzungsdefizit. Auch die Einführung eines eigentumsähnlichen Immaterialgüterrechts an den eigenen Daten würde hieran nichts ändern.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat seine verfassungsrechtliche Grundlage im allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Da jeder Mensch in gesellschaftliche Kommunikationsvorgänge eingebunden ist, gewährleisten jedoch weder das verfassungsrechtliche Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch seine Umsetzung in den Datenschutzgesetzen ein absolutes Bestimmungsrecht des Einzelnen über seine Daten. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu anderen Privaten, z.B. Plattformbetreibern. Im Verhältnis zwischen Privaten ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zwar nicht unmittelbar anwendbar, jedoch sowohl im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung als auch staatlicher Schutzpflichten zu beachten; hier muss im Verhältnis zwischen Privaten immer eine Abwägung mit entgegenstehenden Grundrechten stattfinden⁵.

Wie alle Persönlichkeitsrechte ist auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich untrennbar mit seinem Träger verbunden. Persönlich-

⁵ BeckOK Datenschutzrecht/Brink, 18. Ed., Stand: 01.11.2016, Syst. C: Verfassungsrechtliche Grundlagen Rn. 136.

keitsrechte werden dadurch charakterisiert, dass sie nicht übertragbar sind und mit dem Tod des Betroffenen erlöschen. Es ist offensichtlich, dass diese juristische Konzeption zumindest in ihrer Reingestalt mit der Nutzung von Daten als frei handelbare Wirtschaftsgüter kollidiert.

2.1 Exkurs: Schutz vermögenswerter Bestandteile durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht

An dieser Stelle zeigt jedoch ein kleiner Exkurs zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, dass selbst dieses nicht mehr diesem prototypischen Zuschnitt entspricht. Vielmehr ist mittlerweile anerkannt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur die Privatsphäre als ein Abwehrrecht schützt, sondern dass es dem Berechtigten auch eine Dispositionsbefugnis über seine vermögenswerten Bestandteile zuweist. Bereits im Jahr 1956 hat der BGH, als er über die unbefugte Verwendung eines Bildnisses des Schauspielers Paul Dahlke in der Werbung zu entscheiden hatte, festgestellt, dass das Recht am eigenen Bild ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht darstellt⁶. Im Jahr 2000 dehnte der BGH in der Marlene-Dietrich-Entscheidung diese Rechtsprechung auch auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus⁷.

Ob man ein solches Recht an der eigenen Darstellung, das einerseits dem Schutz der Privatsphäre im Sinne eines Abwehrrechts dient, darüber hinaus aber auch eine Dispositionsbefugnis über vermögenswerte Bestandteile umfasst, noch als reines Persönlichkeitsrecht einordnen kann, oder ob es schlüssiger wäre, es als hybrides Recht, ähnlich dem Urheberrecht, einzuordnen, sei

⁶ BGH NJW 1956, 1554, 1555 – Paul Dahlke.

⁷ BGH NJW 2000, 2195, 2197 – Marlene Dietrich.

hier dahingestellt⁸. Jedenfalls hat die Rechtsprechung faktisch dazu geführt, dass die Persönlichkeitsrechte, wenngleich sie weiterhin als solche nicht in ihrer Gesamtheit translativ übertragbar sind, im Wirtschaftsverkehr gehandelt werden können, indem zumindest gewisse Dispositionen in Bezug auf ihre vermögenswerten Bestandteile (sogar mit gegenständlicher Wirkung⁹) anerkannt werden. Zwar ist die rechtsdogmatische Konstruktion dieser Dispositionen – ob es sich also etwa um eine Einräumung von Nutzungsrechten analog § 31 UrhG oder um eine gebundene Übertragung handelt – nach wie vor umstritten¹⁰. Faktisch wurden hierdurch jedoch die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Personen-Merchandising geschaffen. Es lässt sich allerdings darüber diskutieren, in welchem Maße diese rechtliche Entwicklung auch den Betroffenen selbst oder primär den Verwertern zugutekommt. Dies ist zumindest für die Anerkennung einer gegenständlichen Wirkung von Dispositionen über Persönlichkeitsrechte der Fall; diese rechtliche Konstruktion trägt primär Verwerterinteressen Rechnung, da diese damit aus eigenem Recht gegen Persönlichkeitsrechts-Verletzungen vorgehen können.

Zudem ist die Anerkennung eines Schutzes auch der vermögenswerten Bestandteile von praktischer Relevanz für die zur Verfügung stehenden Sanktionen. Denn der Schutz der vermögenswerten Bestandteile führt dazu, dass im Falle ihrer Verletzung nicht nur ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens in Form einer Geldentschädigung, sondern darüber hinaus auch ein Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens besteht, der in der Regel im

⁸ Dazu grundlegend Götting, in: ders./Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 10 Rn. 16 f.

⁹ So jedenfalls im Ergebnis BGH GRUR 1987, 128 – Nena; dazu Unseld, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, 2010, S. 165 ff.

¹⁰ Unseld, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, 2010, S. 143 ff.

Wege der Lizenzanalogie berechnet wird. Daneben ist auch die verschuldens-unabhängige Eingriffskondition gegeben¹¹.

Nur am Rande sei erwähnt, dass die vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch 10 Jahre post mortem geschützt werden, analog § 22 Satz 3 KUG¹². Auch hieran wird die Verselbstständigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber seinem Träger deutlich, die seiner Einordnung als reines Persönlichkeitsrecht widerspricht.

Diese Rechtsprechung ist durchaus nicht kritiklos geblieben. Ihr wurde vorgeworfen, dass sie letztlich einer Kommerzialisierung der Persönlichkeit Vor-schub leiste¹³. Dem ist jedoch zu entgegen, dass die Rechtsprechung dadurch, dass sie auch vermögenswerte Bestandteile als Teil des Persönlichkeitsrechts anerkennt, diese also kommerzialisiert, zugleich die Abwehr einer unerwünschten Kommerzialisierung durch Dritte ermöglicht. Also gilt kurz gefasst: „Schutz vor Kommerzialisierung durch Kommerzialisierung“¹⁴.

2.2 Übertragbarkeit auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Nun stellt sich die Frage, ob diese Argumentation auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung übertragbar ist. Bei genauerer Betrachtung kann man das Recht auf informationelle Selbstbestimmung inhaltlich durchaus so interpretieren, dass es neben der abwehrrechtlichen Komponente auch ein kom-

¹¹ Müller, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 50 Rn. 34 ff.

¹² BGH NJW 2000, 2195, 2197, 2198 – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2007, 168, 169 – kinski.klaus.de.

¹³ S. z.B. Peifer, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 291 ff.

¹⁴ Götting, in: ders./Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 10 Rn. 10.

merzielles Verfügungsrecht über die eigenen Daten beinhaltet¹⁵. Bei einer solchen Interpretation kann der Berechtigte – ebenso wie nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – auch nach dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Dritten Nutzungsmöglichkeiten in Bezug auf seine Daten einräumen¹⁶, so dass auch hier jedenfalls bestimmte Dispositionen zulässig sein können. Fraglich ist aber auch hier, inwieweit diese Dispositionsbefugnis die Rechtsposition der originär Berechtigten stärkt oder ob sie primär den Verwertern zugutekommt. Des Weiteren wird die Dispositionsbefugnis des Berechtigten zukünftig durch das Recht auf Datenportabilität gemäß Art. 20 DSGVO gestärkt, wonach Betroffene ihre Daten nunmehr nicht nur zu Nutzung durch Dritte freigeben, sondern auch über ihre Zuordnung disponieren können¹⁷.

Fraglich ist weiterhin, inwieweit auch auf Sanktionsebene dem Schutz vermögenswerter Bestandteile Rechnung getragen wird. Der datenschutzrechtliche Schadensersatzanspruch gegen Private gemäß § 7 BDSG richtet sich nach h.M. nur auf den Ersatz von Vermögensschäden, hingegen nicht auf Geldentschädigung¹⁸. Allerdings ist unklar, ob sich dieser Ersatzanspruch nur auf Folgeschäden richtet, die sich als Folge der Datenschutzrechtsverletzung ergeben, z.B. wenn ein Bankkunde wegen unzulässiger Bekanntgabe seiner mangelnden Insolvenz einen Darlehen nur zu ungünstigen Kreditkonditionen erhält, oder ob der Ersatzanspruch auch Primärschäden umfasst. M.E. wäre es durchaus vertretbar, parallel zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu argumentieren, dass die unbefugte Nutzung der personenbezogenen Daten schon als solche zu

¹⁵ Unseld, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, 2010, S. 62 ff. m.w.N.

¹⁶ Unseld, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, 2010, S. 236 ff.

¹⁷ Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld, ZD 2016, 358, 361.

¹⁸ BeckOK Datenschutzrecht/Quaas, BDSG, 18. Ed., Stand: 01.11.2016, § 7 BDSG Rn. 55. Als politische Initiative zur Ausdehnung des Schadensersatzanspruchs auf immaterielle Schäden s. den Gesetzesentwurf des BMI zum Schutz vor besonders schweren Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht vom 1.12.2010. Anders dagegen § 8 II BDSG sowie zukünftig Art. 82 I DSGVO.

einem Vermögensschaden führt, weil dem Betroffenen die Möglichkeit genommen wird, ein entsprechendes Nutzungsentgelt für die Zustimmung zur Verwendung seiner Daten zu erzielen.

2.3 Auswirkungen auf die individuelle Datensouveränität?

Die entscheidende Frage ist aber, ob durch eine solche die Kommerzialisierbarkeit berücksichtigende Interpretation des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung oder durch die Einführung von Eigentumsrechten an den eigenen Daten die private Datenautonomie gestärkt wird. Dies ist m.E. nicht der Fall. Die Crux liegt darin, dass der Wert eines einzelnen Datensatzes so gering ist, dass es sich kaum lohnen wird, dafür ein gerichtliches Verfahren zu riskieren. Schätzungen zufolge liegt der Wert eines einzelnen Datensatzes zwischen 60 US-Cent und 3 US-Dollar¹⁹.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass eine kommerzielle Interpretation des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zwar eine begrenzte Übertragbarkeit sowie ggf. auch auf den Ersatz des Primärschadens gerichtete materielle Schadensersatzansprüche ermöglichen würde. Dies gilt bereits de lege lata und würde natürlich erst recht gelten, wenn über den bisherigen Rechtsrahmen hinaus Eigentumsrechte oder eigentumsähnliche Immaterialgüterrechte an den eigenen Daten geschaffen würden. Dennoch würde dies an dem Durchsetzungsdefizit nichts ändern, da es im individuellen Fall um zu geringe Summen geht, als dass eine individuelle Rechtsverfolgung effektiv wäre. Insofern würde dies nicht zur Sicherung einer individuellen Datensouveränität beitragen.

¹⁹ Heuer/Tranberg, Mich kriegt ihr nicht! – Gebrauchsanweisung zur digitalen Selbstverteidigung, S. 37.

3 Es besteht ein Bedarf an effizienteren Wahrnehmungs- und Durchsetzungsmechanismen

Meine dritte These lautet, dass es, um die Datensouveränität zu stärken, stattdessen effizienter Wahrnehmungs- und Durchsetzungsmechanismen bedarf.

3.1 Reformansätze zur Erleichterung der Wahrnehmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Um dem Einzelnen die autonome Wahrnehmung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Rechtsverkehr zu ermöglichen, erweist sich das Instrument der informierten Einwilligung zunehmend als ungeeignet. Diskutiert werden hier kollektive Wahrnehmungsmechanismen, z.B. durch eine Daten-Verwertungsgesellschaft als Datentreuhänder²⁰, die Standardisierung von Einwilligungen für bestimmte Geschäftsmodelle, um die Informationskosten für die Verbraucherinnen und Verbraucher zu senken, Ampelsysteme oder privatwirtschaftlich organisierte Zertifizierungen²¹ sowie „One-Pager“ als Beispiele für kurze und, so die Hoffnung, verständliche Einwilligungserklärungen²².

²⁰ S. z.B. Krügel, Tagungsband Sommerkonferenz 2015, S. 60 ff.; m.E. würde solches Instrument allerdings keine eigentumsähnliche Ausgestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung voraussetzen.

²¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Grünbuch digitale Plattformen, S. 60.

²² S. die Pressemitteilung des BMJ vom 19.11.2015, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/11192915_Vorstellung_OnePager.html (Stand: 14.12.2016).

3.2 Verschiedene Wege der Rechtsdurchsetzung

Zusätzlich zu der durch diese Instrumente erreichten Vereinfachung der Wahrnehmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sollte daneben auch geprüft werden, ob die Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung bei datenschutzrechtlichen Verstößen ausreichen.

3.2.1 Individuelle Rechtsdurchsetzung

Zum ersten können Betroffene ihre Rechte aus dem BDSG individuell durchsetzen. Jedoch ist eine individuelle Rechtsdurchsetzung häufig uneffektiv.

3.2.2 Aufsichtsbehörden

Zum zweiten erfolgt die Rechtsdurchsetzung im Datenschutzrecht auf öffentlich-rechtlichen Weg durch die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden.

3.2.3 Datenschutz durch Kartellrecht?

Zum dritten könnten sich auch die kartellrechtlichen Aufsichtsbehörden als Akteure erweisen, die zumindest mittelbar datenschutzrechtliche Standards durchsetzen²³.

3.2.4 Datenschutz durch Mitbewerber

Zum vierten können datenschutzrechtliche Verstöße auch durch Mitbewerber verfolgt werden, wenn sie unter den Tatbestand des Rechtsbruchs gemäß § 3a UWG n.F. (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.) fallen.

²³ Dazu z.B. Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2992 ff.

Dies setzt allerdings voraus, dass die jeweils betroffenen datenschutzrechtlichen Regelungen als Marktverhaltensvorschriften einzuordnen sind, die gerade marktbezogene Verbraucherinteressen regeln. Die ältere Rechtsprechung hatte die Einordnung datenschutzrechtlicher Regelungen als Marktverhaltensvorschriften noch pauschal mit der Begründung abgelehnt, dass das BDSG primär dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen und nicht speziell dem Schutz marktbezogener Interessen diene²⁴. Mittlerweile geht die neuere Rechtsprechung aber davon aus, dass zumindest die Regelungen über die Datenerhebung und -verwendung für Werbezwecke Marktverhaltensvorschriften darstellen²⁵. Streitig ist, welche weiteren Datenschutznormen als Marktverhaltensvorschriften einzuordnen sind²⁶. Allerdings trifft die Möglichkeit einer Konkurrentenklage in der Literatur durchaus auf Kritik, da sie zum einen besonders missbrauchsanfällig sei und da zum anderen „das Lauterkeitsrecht (...) dem Gesetzgeber seine Aufgabe nicht abnehmen [könne], selbst über das angemessene Sanktionensystem im Datenschutzrecht zu entscheiden“²⁷.

3.2.5 Verbandsklagebefugnis gemäß § 2 UKlaG

Seit Februar 2016 hat der Gesetzgeber auch die Verbraucherschutzverbände auf den Plan gerufen. Durch das im Februar 2016 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts wurde eine Verbandsklagebefugnis zugunsten von Verbraucherschutzverbänden bei Verstößen gegen das Daten-

²⁴ So weiterhin Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 3a Rechtsbruch Rn. 79.

²⁵ S. z.B. zu § 28 BDSG OLG Stuttgart GRUR-RR 2007, 330, 331; OLG Köln NJW 2014, 1820, 1821; a.A. OLG München MMR 2012, 317.

²⁶ S. z.B. zu § 13 I TMG einerseits KG MMR 2011, 464 – Gefällt-mir-Button; andererseits OLG Hamburg ZD 2013, 511 – Test unter Alltagsbedingungen; LG Düsseldorf ZD 2016, 231. S. auch Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2989 f.

²⁷ So Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 3a Rechtsbruch Rn. 79.

schutzrecht eingeführt und hierdurch eine kollektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht. Zuvor bestand eine Verbandsklagebefugnis jedenfalls bei datenschutzrechtlichen Verstößen in AGB, die zugleich einen Verstoß gegen §§ 307-309 BGB darstellten (§ 1 UKlaG). Nach alter Rechtslage war jedoch umstritten, ob Datenschutzgesetze als Verbraucherschutz angesehen werden und damit unter die Verbandsklagebefugnis des § 2 Abs. 1 UKlaG subsumiert werden konnten²⁸. Nunmehr stellt § 2 Nr. 11 UKlaG klar, dass auch der Datenschutz zum Verbraucherschutz gehört, soweit ein kommerzielles Handeln im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern betroffen ist.

Gemäß § 12a UKlaG hat das Gericht vor einer Entscheidung über eine Verbandsklage wegen eines Datenschutzrechts-Verstoßes grds. die zuständige inländische Datenschutzbehörde zu hören. Ob dies angesichts der begrenzten Ressourcen der Datenschutzbehörden ein realistisches Szenario ist, ist zu bezweifeln²⁹.

Es ist noch zu früh, um die Effektivität dieser Regelung beurteilen zu können. Bedenken wurden allerdings dahingehend geäußert, dass die Verbandsklage für übertriebene Abmahnaktivitäten genutzt werden könnte, die insbesondere für kleinere Unternehmen und Start-Ups eine erhebliche Belastung darstellen würden³⁰. Das Phänomen missbräuchlicher Abmahnungen ist insbesondere aus dem Urheberrecht bekannt. Prima facie erscheint die Missbrauchsgefahr von Verbandsklagen wegen eines Datenschutzrechts-Verstoßes weniger wahrscheinlich, insbesondere weil die Verbandsklagen gemäß § 3 UKlaG nur von bestimmten anspruchsberechtigten Stellen, also anerkannten Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden, den Industrie- und Handelskammern sowie den Hand-

²⁸ Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1127 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

²⁹ Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1129; s. zu inhaltlichen Kritikpunkten an der Anhörung der Datenschutzbehörden Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420, 424 f., die u.a. eine Verletzung des Gebots der prozessualen Waffengleichheit der Parteien befürchten.

³⁰ BT-Drs. 18/6916, 8.

werkskammern geltend gemacht werden können. Zudem hat der Gesetzgeber in § 2b UKlaG eine Missbrauchsklausel eingeführt, um einem möglichen Missbrauch vorzubeugen. Darüber hinaus besteht für Einrichtungen, die Verbandsklage wegen Datenschutzverstößen erhoben haben, eine Berichtspflicht gegenüber dem Bundesamt für Justiz, § 4 Abs. 2a UKlaG. Weitere Bedenken richten sich u.a. dagegen, dass die Anhörung der Datenschutzbehörden zu einer Verletzung des Gebots der prozessualen Waffengleichheit der Parteien führen könne³¹.

Andererseits wird die Effektivität der Verbandsklage auch davon abhängen, ob es den klagebefugten Stellen gelingt, datenschutzwidrige Praktiken im Einzelfall nachzuweisen, was mangels Transparenz der Datenverarbeitungsvorgänge auf Schwierigkeiten stoßen kann³².

³¹ Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420, 424 f.

³² Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2989.

4 Fazit

Im Datenschutzrecht besteht aus Verbraucherschutzsicht kein grundsätzliches materielles Schutzdefizit. Individuelle Datensouveränität scheitert jedoch häufig an den begrenzten Wahrnehmungs- und Durchsetzungsmöglichkeiten des Einzelnen in Bezug auf die Rechte an seinen Daten. Auch die Ausgestaltung des Rechts an den eigenen Daten als eigentumsähnliches Recht würde hieran nichts grundlegend ändern und ist daher abzulehnen. Vielversprechender, aber im Einzelnen näher zu untersuchen sind dagegen Ansätze zur Vereinfachung der autonomen Wahrnehmung des Rechts an den eigenen Daten sowie unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten, die nunmehr auch die kollektive Verbandsklage einschließen. Auch wenn diese unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten grundsätzlich zu begrüßen sind, so bringt diese Zersplitterung andererseits die Herausforderung mit sich, divergierende Entscheidungen zu der Auslegung datenschutzrechtlicher Normen zu vermeiden. Ein prominentes Beispiel hierfür sind die Entscheidungen zur Anwendbarkeit des nationalen Rechts auf die Datenverarbeitung bei Facebook, das OVG Schleswig verneinte³³, das KG Berlin hingegen bejahte³⁴. Insofern bleibt die Gewährleistung einer individuellen Datensouveränität eine Herausforderung.

³³ OVG Schleswig NJW 2013, 177.

³⁴ KG Berlin ZD 2014, 412.

Kleines Plädoyer für einen Auskunftsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet

Christoph Palzer

Neben der gesellschaftlich-organisatorischen Funktion von Plattformen kommt auch immer wieder die Frage auf, ob und wie sich Recht auf Plattformen durchsetzen lässt. Insbesondere im Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht zeigt sich das Problem, ob private Unternehmen nicht in die Rolle eines öffentlichen "Hilfssheriffs" gebracht werden, wenn sie die Einhaltung geltenden Rechts sicherzustellen haben. Oder gibt es einen anderen Weg, einen demokratisch nicht legitimierten Hilfsherriff zu vermeiden?

1 Anonymität als Dilemma

Wir brauchen einen Auskunftsanspruch bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet¹! Bekanntlich stellt die Anonymität im Netz aus Sicht der Betroffenen ein großes Problem bei der Anspruchsdurchsetzung dar, denn sie verunmöglicht jedenfalls ein Vorgehen gegen die unmittelbaren Täter, also die Möglichkeit, das Problem an der Wurzel anzugreifen. Es handelt sich hierbei freilich um ein ambivalentes Phänomen. Ohne Zweifel spielt die Anonymität im Netz für die Entwicklung des Internet zu einem Medium, das quasi unbeschränkte und im Wesentlichen hierarchiefreie Teilhabe am öffentlichen Diskurs bietet, eine zentrale Rolle. Denn sie eröffnet einen Schutzraum für freie Meinungsäußerung auch dort, wo aktive Teilnahme am Kommunikationsprozess unter dem bürgerlichen Namen zu sozialen Nachteilen führen könnte. Ebenso wie hinsichtlich der Grundrechtsausübung, kommt ihr allerdings auch mit Blick auf die Gefährdung der Persönlichkeitsrechte des Einzelnen eine Schlüsselrolle zu. Der Eindruck nämlich, für Äußerungen, die in der Regel keiner redaktionellen oder inhaltlichen Kontrolle unterliegen, nicht einstehen zu müssen, sie gewissermaßen von der eigenen Person abkoppeln zu können, kann (!) zu einer „toxischen Enthemmung“², einer Absenkung sozialer „Beißhemmungen“ führen, erleichtert also Persönlichkeitsrechtsverletzungen³. Und die neben der bereits erwähnten Anonymität bestehenden Vorzüge, die dieses Medium auszeichnen – Geschwindigkeit, Reichweite, leichte Zugänglichkeit, Vernetzung, Ubiquität –, wirken im Fall von Rechtsverletzungen gewissermaßen als Brandbeschleuniger.

¹ Vgl. zum Ganzen ausführlicher *Palzer*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?, Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Tagungsband Herbstakademie 2016, 2016, S. 91 ff.

² *Suler*, CyberPsychology & Behaviour, 2004, 321.

³ *Graef*, ZUM 2009, 759, 760; *Heckmann*, NJW 2012, 2631; *Kühling*, NJW 2015, 447, 448; *Ladeur/Gostomzyk*, NJW 2012, 710, 714.; *Palzer*, MMR 2014, 706.

Ich meine nun nicht, dass es sich bei der Anonymität im Netz, wie *Spindler* es einmal formuliert hat, um eine heilige Kuh für viele Nerds handelt, die auch mal geschlachtet gehöre⁴. Meines Erachtens hat der BGH in seiner spickmich.de-Entscheidung – im Einklang mit § 13 Abs. 6 TMG – ganz richtig betont, dass die anonyme Nutzung dem Internet immanent ist⁵. Eine Verpflichtung, so der BGH, sich namentlich zu einer bestimmten Meinung zu bekennen, würde die Gefahr begründen, dass sich der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen gegen eine Meinungsäußerung entscheidet. Dieser Gefahr der Selbstzensur solle durch Art. 5 GG gerade entgegengewirkt werden⁶.

⁴ Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Urheberkonferenz-Heilige-Kuh-der-Anonymitaet-gehört-geschlachtet-3029833.html>.

⁵ BGH, 23.6.2009 – VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 38; krit. *Kühling*, NJW 2015, 447, 448.

⁶ BGH, 23.6.2009 – VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 38.

2 Auskunftsanspruch, *chilling effects* und anderweitiger Rechtsschutz

Und dennoch möchte ich dafür plädieren, einen gesetzlichen Auskunftsanspruch wie wir ihn schon im Urheber- (§ 101 UrhG) oder im Markenrecht (§ 19 MarkenG) kennen, auch für Fälle von Persönlichkeitsverletzungen zu schaffen. Wir erinnern uns: In Ärztebewertung I hat der BGH einen Auskunftsanspruch nach geltendem Recht an einer nach § 12 Abs. 2 TMG erforderlichen datenschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage scheitern lassen⁷. Vielleicht besser: scheitern lassen müssen, denn der BGH hat durchaus ein gewisses Befremden darüber durchklingen lassen, dass geistige Eigentumsrechte besser geschützt sind, als Persönlichkeitsrechte⁸. Auch der Bundesrat hat sich Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Novellierung des TMG für einen Auskunftsanspruch stark gemacht⁹. Gereicht hat es schlussendlich allerdings nur für einen Entschließungsantrag, in dem die Bundesregierung aufgefordert wird, bis Ende 2016 eine umfassende Erhebung zu Verletzungen des Persönlichkeitsrechts und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durchzuführen und Ergebnisse vorzulegen. Das ist auch vor dem Hintergrund der Datenschutzgrundverordnung zu sehen, denn es ist durchaus wahrscheinlich, dass § 12 Abs. 2 TMG keinen Bestand haben wird¹⁰. Dann wäre das Hindernis, das den BGH von der Gewährung eines Auskunftsanspruchs abgehalten hat, aus dem Weg. Dass hier dessen ungeachtet für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nach immaterialgüterrechtlichem Vorbild plädiert wird, beruht vor

⁷ BGH, 1.7.2014 – VI ZR 345/13, MMR 2014, 704 Rn. 9 ff. m. Anm. Palzer.

⁸ BGH, 1.7.2014 – VI ZR 345/13, MMR 2014, 704 Rn. 17 m. Anm. Palzer.

⁹ BR, Empfehlung 440/1/15, S. 9 f.

¹⁰ Keppeler, MMR 2015, 779, 781; Meyer, in: Taeger, Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, Tagungsband Herbstakademie 2015, 2015, S. 315, 328; Schantz, NJW 2016, 1841.

allem darauf, dass dann mit dem Richtervorbehalt eine wichtige verfahrensmäßige Absicherung gegeben wäre.

Eigentlich sollte ein Auskunftsanspruch eine Selbstverständlichkeit sein. Widersinnig erscheint vielmehr, dem Verletzten einen Schadensersatz- bzw. Unterlassungsanspruch zu gewähren, ohne ihm aber die Möglichkeiten zur Durchsetzung in Form von Hilfsansprüchen an die Hand zu geben¹¹. Und man kann hier auch nicht sagen, es sei normal, dass sich Ansprüche nicht in jedem Fall durchsetzen lassen, denn hier haben wir es mit einem strukturellen Hindernis zu tun. Die Gegner beschwören freilich einen drohenden *chilling effect*. Dieser Hinweis hat einen gewissen Charme, denn messen lässt sich dieser Effekt schwerlich. Es handelt sich mehr um ein Gefühl: Wer bei jeder Äußerung eine teure Abmahnung befürchten müsse, werde sich schon selbst zensieren. Im Übrigen sei ein Auskunftsanspruch auch gar nicht erforderlich, so die Argumentation, denn man könne sich ja stets an den Plattformbetreiber wenden und im Falle strafbarer Äußerungen Anzeige erstatten.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch eine nur mittelbare Identifizierung und eine drohende Haftung die Schwelle für Meinungsäußerungen anheben kann. Allerdings wird die Möglichkeit, unter einem Pseudonym aufzutreten nicht abgeschnitten. Es kann im Übrigen kein generelles öffentliches Interesse daran geben, jeden auch nur irgendwie gearteten *chilling effect* zu verhindern¹². Denn das liefe auf einen unbedingten Vorrang der Meinungsfreiheit hinaus und müsste dann konsequenterweise auch gegenüber dem staatlichen Strafanspruch gelten. Das wird freilich zu Recht nicht ernsthaft vertreten. Und schließlich besteht auch ganz generell für eine Haftungshysterie kein Anlass. Dass man sich quasi unversehens einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme ausgesetzt sieht, wird schon die in diesen Fällen keineswegs eindeutige Rechtslage und das damit verbundene Prozessrisiko verhindern. Materiell-rechtlich dürfte die

¹¹ Szalai, DZWiR 2014, 523, 531.

¹² Ladeuer/Gostomzyk, NJW 2012, 719, 724.

starke Betonung – für manche: die Überbetonung¹³ – der Meinungsfreiheit ihr Übriges. Dass der Auskunftsanspruch sinnvollerweise unter einen Richtervorbehalt zu stellen wäre, führt zu dem zweiten Gegenargument, man könne sich ja an den Plattformbetreiber wenden. Der BGH hat in *Ärztewertung III* ein kompliziertes kontradiktorisches Verfahren zur Ermittlung der Berechtigung einer Beanstandung etabliert¹⁴, das dem Intermediär nicht nur einen erheblichen Moderationsaufwand abverlangt, sondern ihn insbesondere auch in die Rolle eines mit komplexen Abwägungsfragen befassten Richters über widerstreitende Ansichten drängt¹⁵. Damit dürften die Intermediäre vielfach überfordert sein, mit der Konsequenz, dass im Zweifel gelöscht werden wird. Gegenläufige Interessen zu bewerten und abzuwägen ist auch eigentlich nicht Sache privater Unternehmen. Vielmehr fällt diese Aufgabe in die klassische Domäne der Gerichte und ist dort auch deutlich besser aufgehoben.

¹³ Etwa *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt, 39. EL, Stand: Juli 2001, Art. 2 GG Rn. 235 m. zahlr. Nachw.; *Kriele*, NJW 1994, 1897; *Stürner*, JZ 1994, 865; s. auch die Nachw. bei *Hager*, AcP 196 (1996), 168, 169 f.

¹⁴ BGH, 1.3.2016 – VI ZR 34/15, ZD 2016, 281 Rn. 43 m. Anm. *Palzer*.

¹⁵ *Ohly*, NJW 2016, 1417, 1420 mit der Erwägung, über die Einrichtung einer sachverständig besetzten Schiedsstelle für umstrittene Internet-Sachverhalte nachzudenken. Auch *Ladeur/Gostomzyk*, NJW 2012, 710, 715, die für die Einrichtung eines auf Neutralität angelegten privaten „Cyber Court“ plädieren.

3 Fazit

Wir brauchen einen Auskunftsanspruch bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet! Denn der Kampf um die digitale Reputation wird bislang mit ungleichen Waffen geschlagen. Ein Auskunftsanspruch würde die Betroffenen in die Lage versetzen, im Ernstfall Waffengleichheit herstellen zu können, ohne dass aber die Anonymität des Internets in ihren Grundfesten erschüttert würde. Ohne Zweifel handelt es sich dabei nicht um ein Allheilmittel. Und dennoch: besser als der Status quo wäre das allemal.

Rechtsschutz und Regulierung durch Plattformen – *Vier Thesen zur Störerhaftung*

Linda Kuschel

Die Diskussion um die Verantwortlichkeit von Plattformen umfasst ein großes Spektrum verschiedener Fragen und Probleme. Wann haften Plattformbetreiber für die Inhalte Dritter als Störer? Welche Maßnahmen haben sie zu ergreifen, um einer solchen Haftung zu entgehen? Werden Inhalte zu schnell und in zu vielen Fällen gelöscht?

Eine Fülle von Urteilen ist bereits zu diesen und verwandten Fragen ergangen. Die rechtliche Grundlage des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs sowie die Voraussetzungen der Störerhaftung geraten dabei schnell in den Hintergrund. Das ist bedauerlich, denn eine Rückbesinnung auf dieses Fundament würde die Diskussion um die Verantwortlichkeit von Intermediären¹ im Internet in jedem Fall präzisieren. Die folgenden Thesen sollen hierfür ein erster Anstoß sein.

¹ Der Begriff des Intermediärs wird hier weit verstanden und soll Vermittler umfassen, die eine Voraussetzung für die Handlungen des Täters schaffen. So auch *Ohly*, ZUM 2015, 308.

1 These: Die Störerhaftung wird derzeit überdehnt und auf Intermediäre angewandt, deren Beiträge tatsächlich nicht „adäquat-kausal“ sind.

Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sind zum einen in Spezialgesetzen, insbesondere für Immaterialgüterrechte,² normiert. Zudem wird aus § 1004 BGB ein quasi-negatorischer Abwehranspruch für alle absoluten Rechte sowie die deliktisch geschützten Rechte und Rechtsgüter abgeleitet.³ Der quasi-negatorische Abwehranspruch ist insbesondere bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einschlägig. Für die Haftung von Intermediären, die eine Rechtsverletzung nur mittelbar verursachen, sind sowohl bei Unterlassungsansprüchen analog § 1004 BGB als auch im Rahmen von spezialgesetzlichen Unterlassungsansprüchen die Grundsätze der Störerhaftung anzuwenden.⁴ Nach diesen allgemeinen Grundsätzen kann auch derjenige in Anspruch genommen werden, der, ohne

² Bsplw.: § 97 Abs. 1 UrhG; §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4, 128 Abs. 1 MarkenG; § 139 Abs. 1 PatG.

³ St. Rspr., RGZ 60, 6, 7 f. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Eigentumsschutz wurde bereits beim Entwurf des BGB vorhergesehen, vgl. Mot. S. 392 = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band III, S. 218.

⁴ BGH NJW 1999, 1960; BGHZ 158, 236, 251 = NJW 2004, 3102, 3105; BGHZ 172, 119, 129 f. = NJW 2007, 2636, 2638 Rn. 34; Gercke, CR 2006, 210, 214; Spindler/Schuster/Spindler/Volkman, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 1004 BGB Rn. 2.

Täter oder Teilnehmer zu sein, zur Rechtsgutsverletzung in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal beiträgt.⁵

Diese ohnehin sehr weite Definition des Störerbegriffs wird in der Rechtsprechung noch weiter gedehnt.⁶ So wird eine Verantwortlichkeit beispielsweise von Domain-Registrars⁷ oder Internet-Access-Providern bejaht, auch wenn sie bereits an der Voraussetzung des adäquat-kausalen Beitrags zur Rechtsverletzung scheitern müsste. Die Registrierung einer Domain soll einen adäquat-kausalen Beitrag zu den Urheberrechts- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die die Nutzer der unter der Domain zu erreichenden Webseite begehen, darstellen und der Registrar deshalb verpflichtet sein, die Domain zu de-konnektieren.⁸ Dabei erfolgt die Registrierung einer Domain unabhängig von den Inhalten der Webseite und hat keinen Bezug zu etwaigen späteren Rechtsverletzungen, die über Server, die unter der Domain registriert sind, begangen werden.⁹ Ebenso wenig hat die Dekonnektierung der Domain Auswirkungen auf die Inhalte der Webseite. Die Abmeldung bewirkt nur, dass der zentrale Eintrag gelöscht wird, der festlegt, welcher IP eine bestimmte Domain zugeordnet ist. Eine entsprechende Anfrage geht im Folgenden mangels Zuordnungsmöglichkeit ins Leere. Die Inhalte der Webseite werden hiervon aber

⁵ St. Rspr., BGHZ 14, 163, 174 = NJW 1954, 1682, 1683; BGHZ 185, 330, 335 f. = NJW 2010, 2061, 2062 Rn. 19; BGH NJW-RR 2008, 1136, 1139 Rn. 50.

⁶ Siehe hierzu ausführlich *Kuschel*, Netzsperrern im Privatrecht: Ausweitungen der Störerhaftung und ihre Auswirkungen in digitalen Netzwerken, in: *Mittwoch/Botthof/Bühner u.a. (Hrsg.), Netzwerke im Privatrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2015, S. 261-294.

⁷ Domain-Registrars übernehmen für Dritte gegen Entgelt die Anmeldung und Verwaltung von Domains.

⁸ LG Saarbrücken, MMR 2014, 407, bestätigt durch OLG Saarbrücken, MMR-Aktuell 2014, 364623; KG Berlin, NJW 2015, 795; LG Köln, CR 2015, 616.

⁹ Insofern ebenfalls kritisch *Volkman*, K&R 2015, 367, 371 f. Vgl. auch *Post*, Law enforcement on the Internet - the role of the domain name registrars, The Washington Post, 16.11.2014, abrufbar unter: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/11/16/law-enforcement-on-the-internet-the-role-of-the-domain-name-registrars>, Stand: 07.01.17.

nicht berührt und können weiterhin unter der IP-Adresse bzw. schnell wieder unter einem neuen Domainnamen im Internet abgerufen werden.

Ob die Leistung eines Internet-Access-Providers adäquat-kausal für eine Rechtsgutsverletzung im Internet ist, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Soweit die Rechtsverletzung in einer unerlaubten öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG besteht, wäre dies nur insoweit der Fall, als der Access-Provider der Anbieter des Täters selbst ist, also desjenigen, der die Werke hochlädt. Ein adäquat-kausaler Beitrag ist hingegen nicht gegeben, wenn der Access-Provider lediglich anderen Nutzern den Zugriff auf diese rechtsverletzenden Inhalte ermöglicht.¹⁰ Dieses Dilemma muss letztlich dazu führen, dass die Rechtsverletzung, zu der ein Beitrag geleistet worden sein soll, nicht mehr klar benannt wird. So formuliert der BGH in seinen Entscheidungsgründen zum Urteil „Störerhaftung des Access-Providers“ entsprechend schwammig, eine Rechtsverletzung sei gegeben, „weil über von der Beklagten zur Verfügung gestellte Internetanschlüsse die Internetseite ‚Goldesel.to‘ *erreichbar* und die (...) Musikwerke *herunterladbar* waren“.¹¹ Es bleibt unklar, ob hiermit das unerlaubte öffentliche Zugänglichmachen durch die Betreiber der Webseite (§ 19a UrhG) oder die rechtswidrige Vervielfältigung durch die Internetnutzer (§ 16 UrhG) oder beides gemeint ist.¹²

¹⁰ So auch *Volkmann*, K&R 2015, 367, 368.

¹¹ BGH, WRP 2016, 341, 343 Rn. 18 (Hervorhebung durch Verf.).

¹² Siehe hierzu auch *Kuschel*, WRP 352, 353.

2 These: Es muss zwischen dem Anspruch auf Beseitigung und dem Anspruch auf Unterlassung differenziert werden.

Der quasi-negatorische Abwehranspruch aus § 1004 BGB setzt sich aus zwei Ansprüchen zusammen. Dem Beseitigungsanspruch in Satz 1 und dem Unterlassungsanspruch in Satz 2. Dies entspricht der gemeinrechtlichen Doktrin der negatorischen Klage, wie sie in den Motiven zum Entwurf des BGB beschrieben wird: „Ziel des Anspruches ist die Beseitigung des das Eigentum verletzenden Zustandes und Schutz gegen zu befürchtende künftige Eingriffe.“¹³ Mit dem Beseitigungsanspruch wird also die Beendigung der gegenwärtigen Störung begehrt.¹⁴ Der Unterlassungsanspruch hingegen zielt auf die Abwehr (weiterer) Verletzungen in der Zukunft.¹⁵ Der Umfang eines Unterlassungsanspruchs soll sich dabei anhand der Wiederholungsgefahr der konkreten Verletzungshandlung oder einer kerngleichen Tätigkeit bestimmen.¹⁶

In der Diskussion um die Haftung von Plattformbetreibern muss zwischen diesen Ansprüchen klarer unterschieden werden. Die Pflicht zur Beseitigung betrifft die akute Rechtsverletzung. Der Plattformbetreiber hat beispielsweise die urheberrechtswidrig hochgeladene Datei oder den verletzenden Post zu löschen. Der Unterlassungsanspruch bezieht sich auf drohende zukünftige Beeinträchtigungen. In diesem Rahmen ist der Plattformbetreiber verpflichtet,

¹³ Mot. S. 422 = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band III, S. 236.

¹⁴ Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl. 2014, § 1004 Rn. 7; BGHZ 28, 110, 113 = NJW 1958, 1580, 1581.

¹⁵ Spindler/Schuster/Spindler/Volkman, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 1004 BGB Rn. 65.

¹⁶ Bölling, GRUR 2013, 1092, 1093.

die erneute öffentliche Zugänglichmachung des betroffenen Werkes, bzw. inhaltsgleiche Kränkungen zu verhindern. Die Beachtung dieser Unterscheidung ermöglicht dann auch eine differenziertere Einordnung der sogenannten „Prüfungspflichten“.

3 These: Die Verletzung von Prüfungspflichten eignet sich nicht zur Bestimmung der Störereigenschaft

Um eine reine Kausalitätshaftung auszuschließen und die Haftung von an sich unbeteiligten Dritten als Störer zu beschränken, wird das Kriterium der Verletzung von Prüfungspflichten herangezogen.¹⁷ Für Plattformen hat die Rechtsprechung dabei verschiedenste Prüfungspflichten hervorgebracht.¹⁸ Sharehostern¹⁹ beispielsweise obliegt die Pflicht, bei entsprechenden Hinweisen auf rechtswidrige Inhalte Wortfilter einzusetzen und auf diese Weise ihre Linksammlungen, ggf. durch eine manuelle Überprüfung der Treffer, zu kontrollieren.²⁰ Eine anlasslose Filterung von Inhalten wird allerdings nicht verlangt, soweit dies auf allgemeine Überwachungspflichten hinauslaufen würde.²¹ Deswegen setzt beispielsweise auch bei Suchmaschinen²² und Internetauktionshäusern²³ die Prüfungspflicht erst ab Kenntnis von der Rechtsverletzung ein. Ebenfalls an dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten scheitert die

¹⁷ BGHZ 148, 13, 17 = NJW 2001, 3265, 3266; *Ensthaler/Heinemann*, GRUR 2012, 433, 436 f.; *Spindler/Schuster/Spindler/Volkman*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 1004 BGB Rn. 21.

¹⁸ Siehe hierzu nur *Nordemann*, CR 2010, 653.

¹⁹ Sharehoster ermöglichen die Speicherung von Daten auf ihren Servern. Der Nutzer erhält einen Link, unter dem die gespeicherte Datei abgerufen werden kann. Diesen Link kann er sodann beispielsweise in einer Linksammlung auch anderen Internetnutzern zur Verfügung stellen. Vgl. hierzu *Rehbinder*, ZUM 2013, 241, 248.

²⁰ BGHZ 194, 339, 349 ff. = NJW 2013, 784, 786 f. Rn. 33 ff.; BGH NJW 2013, 3245, 3249.

²¹ EuGH GRUR 2012, 382, 383 Rn. 38 (*SABAM/Netlog*); EuGH GRUR 2012, 265, 267 Rn. 40 (*SABAM/Scarlet*).

²² BGHZ 185, 291, 309 f. = NJW 2010, 2731, 2736 Rn. 39.

²³ BGHZ 191, 19, 32 f. = GRUR 2011, 1038, 1042 Rn. 39.

Anordnung präventiver Filtersysteme für soziale Netzwerke²⁴ und Internet-Access-Provider.²⁵

Die Rechtsnatur der Prüfungspflichten und ihr dogmatischer Unterbau sind höchst umstritten.²⁶ Denn die Störerhaftung ist – im Gegensatz zur deliktischen Haftung – verschuldensunabhängig.²⁷ Die Eigenschaft als Störer kann dementsprechend nicht von einer „Verletzung von Prüfungspflichten“ abhängen. Besonders deutlich wird dies, wenn die Prüfungspflicht lediglich voraussetzt, dass der (potentielle) Störer über die (mutmaßliche) Rechtsgutsverletzung informiert wurde.²⁸ Hier wird die Anspruchsprüfung zum Zirkelschluss: Eine Pflicht zur Prüfung des Rechtsverstoßes entsteht erst in dem Moment, wenn ein entsprechender (hinreichend konkreter) Hinweis eingeht. Eben dieser Hinweis soll aber die Störereigenschaft sofort begründen können.

Anstatt in dem hinreichend konkreten Hinweis einen Auslöser von „Prüfungspflichten“ zu sehen, könnte man eher an eine Obliegenheit des Verletzten denken. Nur wenn dieser zuvor auf die Rechtsverletzung hingewiesen hat, kann er seinen Anspruch gerichtlich durchsetzen. Ebenso verhält es sich mit der Durchführung eines *Notice and take-down*-Verfahrens.²⁹ Der Verletzte muss zunächst (erfolglos) eine Beschwerde gegen die rechtsverletzenden Inhalte erhoben haben und (soweit vorgesehen) ein *Notice and take-down*-Verfahren durchlaufen haben, bevor er gerichtlich gegen den Plattformbetreiber vorgehen

²⁴ EuGH GRUR 2012, 382, 384 Rn. 52 (*SABAM/Netlog*).

²⁵ EuGH GRUR 2012, 265, 268 Rn. 54 (*SABAM/Scarlet*).

²⁶ Vgl. *Peifer*, AfP 2015, 193, 198.

²⁷ BGHZ 110, 313, 317 = NJW 1990, 2058, 2059; BGH NJW 2003, 3702.

²⁸ BGH NJW 2012, 2345, 2346. Es genügt insofern eine „anlassbezogene, konkrete Beanstandung des Betroffenen“, LG Hamburg, Urteil v. 24.1.2014 – Az. 324 O 264/11, Rn. 182.

²⁹ Als *Notice and take-down* werden Verfahren bezeichnet, die regeln, auf welche Weise Rechteinhaber eine angebliche Verletzung ihrer Rechte gegenüber Plattformen anzeigen und durchsetzen und wie Betroffene sich gegen die Löschung verteidigen können (*counter-notice*). Siehe hierzu *Holznapel*, *Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung*, 2013.

kann. Ein entsprechendes Verfahren anzubieten ist somit im eigenen Interesse des Plattformbetreibers, der dadurch das Risiko eines Prozesses senkt.

Maßnahmen des Plattformbetreibers, wie beispielsweise Filtersysteme, manuelle Kontrollen, Stichproben oder ähnliches sind ebenfalls nicht für die Störereigenschaft entscheidend, sondern werden für den (in die Zukunft gerichteten) Unterlassungsanspruch relevant. Indem der Plattformbetreiber entsprechende Maßnahmen nachweist, kann er die Wiederholungsgefahr, die der Unterlassungsanspruch voraussetzt, widerlegen.³⁰ Im Übrigen ist die Wiederholungsgefahr bei der Intermediärhaftung nicht ohne weiteres durch eine „Erstbegehung“ indiziert, denn das Rechtsgut wurde durch einen Dritten verletzt.³¹

Ferner sollten Zumutbarkeitserwägungen, mit denen die Prüfungspflichten aufgeladen sind, ausgesondert werden. An der Zumutbarkeit der beantragten Maßnahmen scheiterte beispielsweise der Anspruch gegen den Internet-Access-Provider vor dem OLG Köln³² und schließlich auch, mit etwas anderer Begründung,³³ vor dem BGH.³⁴ Im Rahmen der Zumutbarkeit wird geprüft, ob die Maßnahmen, die dem Intermediär zur Verfügung stehen, geeignet sind, die Rechtsverletzung zu beseitigen und zukünftig zu unterlassen bzw. welche Maßnahmen er nur ergreifen muss.³⁵ Obwohl die Zumutbarkeit anspruchsbe-

³⁰ Die Wiederholungsgefahr kann nicht nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, sondern durch alle nach § 286 ZPO zu berücksichtigenden Maßnahmen widerlegt werden. So auch *Steines*, NJW 1988, 1359, 1361.

³¹ Die Regel „Wer einmal rechtswidrig in die Sphäre Dritter eingreift, hat die Vermutung gegen sich, dass er Vergleichbares auch in anderem Zusammenhang tun werde.“ (MüKo/*Baldus*, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004, Rn. 290) greift nicht, wenn ein Dritter gehandelt hat.

³² OLG Köln, GRUR 2014, 1081, 1090.

³³ Der BGH hielt die Sperrmaßnahmen für unzumutbar, weil die Klägerinnen nicht gegen den Betreiber der Webseite vorgegangen waren.

³⁴ BGH, WRP 2016, 341, 351 Rn. 81.

³⁵ BGHZ 106, 229, 235 = NJW 1989, 902, 903 f. Vgl. auch *Gounalakis*, NJW 2013, 2321, 2323.

gründende Voraussetzung sein soll,³⁶ wird bei der Bewertung bereits dem Ergebnis vorgegriffen.³⁷ Denn der Störer hat nur solche Maßnahmen zu ergreifen, die ihm zumutbar sind. Zumutbarkeitserwägungen sind deshalb sinnvollerweise auf der Rechtsfolgendeite anzusiedeln und nicht als Merkmal der Störereigenschaft einzuordnen.

³⁶ OLG Köln, GRUR 2014, 1081, 1085.

³⁷ Vgl. *Spindler*, FS Köhler, 2014, S. 695, 698.

4 These: Der Gefahr des over-blocking muss im Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Nutzer begegnet werden

Plattformbetreiber haben häufig kein eigenes Interesse an den Inhalten und scheuen daher sowohl Haftungsrisiken, als auch die Kostenlast eines etwaigen Prozesses. Wenn Plattformbetreiber ihre Geschäftstätigkeit so einzurichten versuchen, dass Haftungsrisiken minimiert werden, können die hieraus resultierenden (möglicherweise automatisierten) Maßnahmen zu einem übermäßig rigiden Umgang mit Inhalten führen. Die vorgeschlagenen Ansätze für eine Begrenzung bzw. deutlichere Strukturierung der Störerhaftung sollen besonders auch der Rechtssicherheit der Plattformanbieter dienen. Kann mehr Klarheit in Bezug auf ihre Pflichten hergestellt werden, besteht die Hoffnung, dass weniger „Kollateralschäden“ durch nicht indizierte Löschung anfallen. Gänzlich beseitigen wird man die Gefahr des Overblocking im Rahmen der Störerhaftung kaum können. Das Problem ungerechtfertigter Löschung von Inhalten muss daneben im Verhältnis zwischen Nutzer und Rechtsinhaber geklärt werden. So könnte dem Nutzer ein Anspruch gegen den Rechtsinhaber wegen falscher Verdachtsmeldung zustehen. Ein entsprechendes Instrument enthält beispielsweise das US-Copyright Law.³⁸ Wer wissentlich zu Unrecht

³⁸ 17 U.S. Code § 512: „(f) Misrepresentations. Any person who knowingly materially misrepresents under this section - (1) that material or activity is infringing, [...] shall be liable for any damages, including costs and attorneys’ fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner’s authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.“

eine Urheberrechtsverletzung behauptet, haftet dem vermeintlichen Verletzer (und auch dem Intermediär) auf Schadensersatz. Eine entsprechende Vorschrift existiert in Deutschland nicht. Allerdings könnte bereits nach geltendem Recht ein Schadensersatzanspruch nach § 823 I BGB i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht bestehen.³⁹

³⁹ Siehe hierzu sowie zu weiteren potentiellen Anspruchsgrundlagen *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, S. 170 ff., 197.

5 Fazit

Die Begründung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern als Störer wirft viele Fragen auf. Die derzeitige Diskussion hat sich dabei in manchen Bereichen zu weit von den dogmatischen Grundlagen der Störerhaftung entfernt. Insbesondere wird die Störerhaftung auf Konstellationen ausgedehnt, in denen tatsächlich kein adäquat-kausaler Beitrag vorliegt. Daneben hat sich mit dem Merkmal der „Verletzung von Prüfungspflichten“ ein enorm dehnbares Konzept entwickelt, das keine klaren Leitlinien für Plattformbetreiber vorgibt. Kehrt man zu einer differenzierten Herangehensweise zurück und unterscheidet insbesondere zwischen den Pflichten im Rahmen von Beseitigungsanspruch und Unterlassungsanspruch, gelangt man zu einem klareren Bild der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern.

Regulierungsbedarf für Plattformen?

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger

Plattformen sind keine demokratisch legitimierten Institutionen.

Sie sind aber unverzichtbare Beteiligte im Internet. Es sind Orte, an denen sich Nutzer und andere Beteiligte in irgendeiner Weise auf – und verhalten. Plattformen sind alle mit dem Internet in Verbindung stehenden technischen Infrastrukturen, die grundsätzlich für eine Benutzung durch den Betreiber und andere vorgesehen sind. Also Soziale Medien, serverbasierte Infrastrukturen wie Streaming Plattformen, Blogging-Dienste, Foto-Communities, Cloud-Dienste. Es gibt keinen Zugang zum Netz ohne Internet-Service-Provider, kein E-Mail-Postfach ohne Mail-Provider, keine Kommunikation über soziale Netzwerke ohne das Zutun ihrer Betreiber.

1 Plattformen als private Unternehmen

Betreiber von Internet-Plattformen sind vor allem privatwirtschaftliche Unternehmen, anders als häufig der immer wieder herangezogene Vergleich mit dem klassischen öffentlichen Raum, dem Straßen- und Verkehrsraum, der sich von der staatlichen Gewährung herleitet. Damit ist auch klar, dass die diversen Plattformbetreiber weitgehende Rechte haben. Das Hausrecht, um einen Vergleich aus dem analogen Kaufhaus heranzuziehen, erlaubt den Ausschluss von Nutzern und das Untersagen der Teilhabe. AGB regeln zivilrechtlich Verhaltensweisen. Das Internet ist darauf angelegt, dass Pluralität und ein Gleichgewicht der Kräfte durch einen funktionierenden Wettbewerb hergestellt und gewahrt werden.

Damit ist auch klar, dass die Plattformbetreiber nicht neutral sein können, sondern legitimerweise ihre Geschäftsinteressen verfolgen und die sind selbstverständlich auch auf Gewinnmaximierung angelegt. Auch das ist vollkommen legitim. Die Nutzer von Internetplattformen, meistens Individuen, aber auch Unternehmen und manchmal auch staatliche Behörden, sind gegenüber den wirtschaftlichen Betreibern von Plattformen im Internet vorwiegend auf privatrechtliche Nutzungsvereinbarungen angewiesen.

1.1 Einen öffentlich- rechtlichen Anspruch auf Zugang um jeden Preis gibt es nicht.

Plattformbetreiber haben eine zentrale Rolle, weil sie aufgrund der meistens nicht offengelegten Architekturen ihrer Plattformen, der nicht offengelegten Algorithmen, eine große technische und prozessuale Gestaltungsmacht haben.

Die beschränkte rechtliche Gestaltungsmacht ergibt sich aus der Ausgestaltung ihrer Nutzungsbedingungen.

Das Unternehmenshandeln der Internet-Konzerne hat zudem ein höheres Gewicht als im analogen Geschäftsleben. Da ist mit dem Verkauf des Produktes die Verantwortung weitestgehend beendet, von eventueller Produkthaftung einmal abgesehen. Im digitalen Geschäft begeben sich die Nutzer in das Produkt, die Plattformen bleiben in der Hand des Unternehmens.

Weiter haben Plattformbetreiber Zugriff auf Unmengen von Daten und Informationen ihrer Kunden, die sie bei der Nutzung der Plattformen erzeugen, wissentlich oder unwissentlich. Zunehmend geht es auch um Inhalte und Werke, die Nutzer erzeugen, Ideen und Playlists, die sie generieren und ihre Kontakte.

Der Trend zu starker wirtschaftlicher Macht – zu Monopolen – ist unverkennbar. Viele Plattformbetreiber haben eine wirtschaftliche, technische und gesellschaftlich dominierende Stellung inne. Das macht den Nutzer abhängig, gibt ihm häufig keine Alternative und liefert ihn einem Anbieter und dessen technischen Vorgaben aus. Zudem hat er nur wenig Einblick in die Geschäftsgeheimnisse der Plattformbetreiber, was rechtlich auch richtig ist.² Fazit: Der Nutzer hat wenig Auswahl, nur wenig Einblick in die Geschäftsgeheimnisse und ist den technischen Vorgaben der Plattform ausgeliefert.

Das fordert die Politik heraus. Sie kann neben bindenden Selbstverpflichtungen der Unternehmen verbindliche Rahmenbedingungen schaffen, die dann auch durchgesetzt werden müssen. Dabei geht es nicht um allumfassende Regulierung, sondern um Verantwortung.

Und die Politik muss das auch tun tun, wenn es um die Achtung und Einhaltung grundlegender Normen/ Werte geht. Wenn es um ein Spannungsfeld zwischen

berechtigter wirtschaftlicher Betätigung und Freiheit einerseits geht und andererseits um elementare Rechte der Beteiligten am Wirtschaftsgeschehen.

Das betrifft die Nutzer besonders. Ihre Daten sind Ware, Währung, Schmieröl, Gold der Digitalisierung– oder wie auch immer man das bezeichnen mag. Sie sind für den Plattformbetreiber unverzichtbar und immer mehr Daten eröffnen immer mehr wirtschaftliche Möglichkeiten. Die Stichworte hierzu sind nur allzubekannt: Big data, smart Home, connected car, wearables im Gesundheitsbereich etc.

Ein Aushandeln über die Nutzung der Daten und ihre Bedingungen zwischen Nutzer und Plattformbetreiber gibt es nicht.

Es gibt auch kein Entgeltsystem zwischen Datennehmer und Datengeber. Im Gegenteil: Die IT – Konzerne haben sich der Daten ihrer Nutzer ermächtigt und verwenden sie häufig nicht nur für ihre unmittelbaren Geschäftszwecke. Im Interesse der Unternehmen an Rechtssicherheit und gleichen Standards innerhalb der EU und im Interesse der Nutzer am besseren Schutz ihrer Daten und deren Weiterverwendung sind einheitliche Datenschutzregelungen in der EU überfällig. Sie binden dann alle Beteiligten unabhängig von ihrem Geschäftssitz, also auch, wenn er außerhalb der EU ist, die Dienstleistungen und Plattformen aber in der EU angeboten werden.

1.2 Der Nutzer hat wenig Auswahl, nur wenig Einblick in die Geschäftsgeheimnisse und ist den technischen Vorgaben der Plattform ausgeliefert.

Das fordert die Politik heraus. Sie kann neben bindenden Selbstverpflichtungen der Unternehmen verbindliche Rahmenbedingungen schaffen, die dann auch durchgesetzt werden müssen. Dabei geht es nicht um allumfassende Regulierung, sondern um Verantwortung.

Und die Politik muss das auch tun, wenn es um die Achtung und Einhaltung grundlegender Normen/ Werte geht. Wenn es um ein Spannungsfeld zwischen berechtigter wirtschaftlicher Betätigung und Freiheit einerseits geht und andererseits um elementare Rechte der Beteiligten am Wirtschaftsgeschehen.

Das betrifft die Nutzer besonders. Ihre Daten sind Ware, Währung, Schmieröl, Gold der Digitalisierung– oder wie auch immer man das bezeichnen mag. Sie sind für den Plattformbetreiber unverzichtbar und immer mehr Daten eröffnen immer mehr wirtschaftliche Möglichkeiten. Die Stichworte hierzu sind nur allzubekannt: Big data, smart Home, connected car, wearables im Gesundheitsbereich etc.

Ein Aushandeln über die Nutzung der Daten und ihre Bedingungen zwischen Nutzer und Plattformbetreiber gibt es nicht.

Es gibt auch kein Entgeltsystem zwischen Datennehmer und Datengeber. Im Gegenteil: Die IT – Konzerne haben sich der Daten ihrer Nutzer ermächtigt und verwenden sie häufig nicht nur für ihre unmittelbaren Geschäftszwecke. Im Interesse der Unternehmen an Rechtssicherheit und gleichen Standards innerhalb der EU und im Interesse der Nutzer am besseren Schutz ihrer Daten und deren Weiterverwendung sind einheitliche Datenschutzregelungen in der EU

überfällig. Sie binden dann alle Beteiligten unabhängig von ihrem Geschäftssitz, also auch, wenn er außerhalb der EU ist, die Dienstleistungen und Plattformen aber in der EU angeboten werden.

Fazit: Im Interesse der Unternehmen an Rechtssicherheit und der Nutzerinnen und Nutzer an der Durchsetzung ihrer Datenschutzrechte muss es in der EU endlich einheitliche Datenschutzstandards geben.

2 Die Rolle der Plattformbetreiber

Als sog. Gatekeeper zu Informationen und Türöffner zur Kommunikation haften die Suchmaschinenbetreiber nach geltendem Recht nur unter sehr engen Voraussetzungen für die zugänglich gemachten Inhalte. Die Rechtsprechung deutscher Gerichte befasst sich immer wieder mit ihrer Verantwortung, so für die Autocomplete Funktion, für strafbare Inhalte und für Urheberrechtsverletzungen.

Speziell die Suchmaschinen betreffend hat der Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH)¹ am 13. Mai 2014 eine Grundsatzentscheidung getroffen, deren Bedeutung noch nicht vollumfänglich bewertet worden ist. Es geht um das sog. Recht auf Vergessenwerden, das Nutzern bei namensbasierten Recherchen einen Anspruch auf Löschung der gefundenen Links zuzspricht, wenn diese Links auf Artikel verweisen, in denen die Persönlichkeitsrechte verletzt werden. Bis zu dieser Entscheidung hafteten ausschließlich die Contentverantwortlichen für die Richtigkeit ihrer Artikel und für dadurch verursachte Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Diese Haftung der Journalisten und Verlage findet in den Mitgliedstaaten der EU eine unterschiedliche Ausprägung, besonders hinsichtlich der Abwägung zwischen dem Äußerungsrecht der Journalisten, dem Informationsanspruch der Allgemeinheit und den schutzwürdigen Rechten der betroffenen Personen. Bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gibt es eine immer weiter entwickelte Rechtsprechung, die gerade Personen des öffentlichen Lebens wegen des berechtigten Informationsrechts der Allgemeinheit deutliche Eingriffe in ihre Rechte zumutet.

¹ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs C 13112 Google Spain und Googles, EU – C 2014.317

Hier hat der EuGH mit seiner Entscheidung für einen Paukenschlag gesorgt. Neben den Contentverantwortlichen haften jetzt auch die Suchmaschinenbetreiber für die mit dem Auflisten der Links verbundenen Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Mit ihrer technischen Reichweite eröffnen die Links eine Verbreitung der Artikel und Beiträge weit über den Rahmen der klassischen Medien hinaus mit der Wirkung, dass sich die Persönlichkeitsrechtsverletzungen vervielfachen. Darin sah der EuGH einen eigenständigen Anknüpfungspunkt für die Haftung der Suchmaschinenbetreiber.

Diese Entscheidung hat neben Befürwortern auch Kritiker. Sie befürchten Zensur und Inhaltskontrolle und halten den Eingriff in die Arbeit der Suchmaschinen für ungerechtfertigt. Ich vertrete die genau gegenteilige Position. Ich halte es für dringend geboten, der Wirkungsweise des Internets auch mit weitergehender Haftung der Beteiligten zu begegnen. Und das sind eben mehr als im offline – Medienzeitalter. Die Praxis hat sich ganz gut eingespielt. Von über 600 000 Anträge auf Löschung seit der Entscheidung sind durchschnittlich ca 40 % gelöscht und 60 % der Anträge abgewiesen worden.. Der Google – Beirat, dem ich angehörte, hat Empfehlungen für die Umsetzung dieser Gerichtsentscheidung erarbeitet. Sie enthalten Kriterien für die notwendige Abwägung in jedem Einzelfall, ob der Schutz der Persönlichkeit des Nutzers Vorrang vor dem berechtigten Interesse der Allgemeinheit an Informationen hat. Diese neue Herangehensweise ist meiner Auffassung nach gerechtfertigt und die Praxis zeigt, dass die Auswirkungen auf das berechnigte Informationsbedürfnis der Bürgerinnen und Bürger gering ist.

Es gibt kein Recht auf das Wissen aller über alles. Zu weitgehende Transparenz einhergehend mit dem weitgehenden Verlust der Privatsphäre sind mit dem Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde nach meiner Auffassung nicht vereinbar. Jeder hat das Recht, seine Stärken und Schwächen zu verbergen. Jeder hat etwas zu verbergen, seine Privatsphäre. Dieser gedankliche

Hintergrund der EuGH – Entscheidung kommt in folgendem Zitat des Berichtstatters beim EuGH, Thomas von Danwitz, zum Ausdruck:²

„Die Digitalisierung findet unter Marktbedingungen statt, die keineswegs dem wettbewerbsrechtlichen Ideal entsprechen, sondern von marktmächtigen Unternehmen geprägt werden. Vielmehr bildet die globale Marktmacht der wesentlichen Player einen Umstand, der für die Bewertung der grundrechtlichen Gefährdungslage, wie sie namentlich für die Privatsphäre besteht, von durchaus maßgeblicher Bedeutung ist.“

Fazit: Das sog Recht auf Vergessenwerden stärkt den Schutz der Privatsphäre im digitalen Zeitalter und nimmt die Suchmaschinenbetreiber für die Verletzung der Persönlichkeitsrechte durch Links zu recht in die Verantwortung

²Thomas von Danwitz, Die Grundrechte auf Achtung der Privatsphäre und auf Schutz personenbezogener Daten, in DuD 9/2015

3 Weitergehender Regelungsbedarf

Ich will nur einige Aspekte der aktuellen Diskussion über möglichen Regelungsbedarf aufgreifen.

Zunächst muss man sich stärker mit den Auswirkungen der Google Spain Entscheidung des EuGH befassen. Gelten die dort festgestellten Haftungsbedingungen auch für soziale Netzwerkbetreiber? Sie sind auch nicht nur Kommunikationsplattformen, sondern verarbeiten Informationen ihrer Nutzer und ermöglichen z.B. mit Like it Buttons die Verwertung von Daten auch von Dritten. Auf der anderen Seite sind sie den Suchmaschinenbetreibern in ihrer Tätigkeit nicht vergleichbar, so dass eine analoge Anwendung der Grundsätze eher problematisch ist.

Sind vielleicht Google, Facebook und Co als Medien zu bewerten und deshalb ähnlich wie der Rundfunk zu bewerten?

Soll das Medienprivileg für sie gelten mit der Folge, dass der Datenschutz keine entscheidende Rolle für sie spielt? Ein immer wieder vertretener Ansatz, der meines Erachtens inhaltlich nicht passend ist. Voraussetzung nach § 41 BDSG, Art.9 EU Datenschutz – Richtlinie 1995 ist unter anderem, dass es sich um

Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse handelt. Ziel von Suchmaschinen ist aber nicht die Unterstützung der Presse, sondern sie sind vielleicht Helfer der Presse, was nicht ausreicht.

Die Erarbeitung personenbezogener Daten ausschließlich zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken. Ist nicht die Erstellung von Trefferlisten. Der Anlass für das Medienprivileg ist gerade die besondere Verantwortung der Medien als vierte Gewalt für die Demokratie.

Facebook und anderen sozialen Netzwerken kommt als wichtiges Informationsinstrument für sehr viel junge Menschen zunehmend auch eine einflussreiche Rolle für die Meinungsbildung in unserer Demokratie zu. Die Debatten über Hate speeches und Fake News zeigen das deutlich.

Da dürfen sich diese Player nicht ihrer Verantwortung entziehen. Facebook muss verbotene Inhalte löschen bzw. herunternehmen – notice and take down Verfahren – und entsprechende Hinweise an die zuständigen Sicherheitsbehörden weiterleiten. Aber nicht jede Hassrede ist auch strafbar, sondern kann auch der Meinungsfreiheit zugeordnet werden, wenn sie z.B. keine gruppenspezifische Beleidigungen enthält. Die Abgrenzung ist nicht leicht, aber Facebook ist nicht der Zensor über die Meinungsfreiheit in Deutschland. Hier braucht es neue Wege und ein neues Bewußtsein. Falschmeldungen und verfälschende Informationen sind nicht grundsätzlich verboten. Ich bin kein Anhänger eines von manchen geforderten „Wahrheitsministeriums“, dass darüber entscheidet, was falsch und richtig ist.

Da helfen zuallererst Richtigstellungen und Fakten gegen Verschwörung und Desinformationskampagnen. Aber die Debatte ist noch ganz am Anfang und die Beeinflussungen in sog., Echokammern auf das Wahlverhalten der Bürgerinnen und Bürger bedürfen noch der näheren Untersuchung. Es darf jedenfalls nicht Monopolen überlassen bleiben, Meinungen zu zensieren. Hier zeigt sich die negative Seite der Digitalisierung.

4 Ein nicht nur Ernst zu nehmender Ausblick

Die Antworten auf viele Fragen der vernetzten Gesellschaft sehen nach Andrew Keen ³wie folgt aus:

Für die Aufgebrachten: Fenster der Google Busse zertrümmern.

Für die Nachdenklichen:

Abschaltung des Netztes, digitale Entgiftung, Technik-Sabbat, Slow Web

Für idealistische Internetpioniere wie Tim Berners-Lee:

Internetverfassung, eine digitale Magna Charta, mit der die Neutralität und Offenheit des Internets vor staatlichen und unternehmerischen Interessen geschützt wird

Für sozial gesinnte Technologen:

Entwicklung eines Anti-Google und Anti Facebook, Produkte wie die No Tracking Suchmaschine duck duck go, das soziale Open – Source – Netzwerk Diaspora oder ein ehrgeiziges dezentralisiertes Projekt namens Bitcloud, das ein neues Internet aufbauen will.

Für redaktionell gepflegte Websites wie Popular Science:

Verbot anonymer Kommentare gegen die dummen nutzergenerierten Inhalte

Für Kulturtheoretiker wie Jaron Lanier:

Neuerfindung des Geschäftsmodells von online – Inhalten und die Zahlung von prinzipiell unbegrenzten und unterschiedlichen hohen Strömen von Lizenzgebühren

³ Andrew Keen, Das digitale Debakel, DAV 2015, 252 ff.

Für politische Kritiker wie den Technikforscher Tim Wu und den Financial Times Korrespondenten John Gapper:

Neue Internetunternehmen, die ihrer zwanghaften Pubertät entwachsen und Verantwortung für Erfindungen wie Bitcoin übernehmen.

Für Humanisten wie John Carr:

Umformung unserer Netzwerkzeuge bevor sie uns formen.

Für Internetskeptiker wie Talking Heads Frontmann David Byrne gibt es keine Antwort.

Doch - es gibt Antworten: Aber nicht nur die eine.

Digitale Teilhabe als Voraussetzung sozialer Teilhabe

Joanna Schmölz

Das Internet hat einen gesellschaftlichen Umbruch erzeugt, dem sich keiner (mehr) entziehen kann. Inzwischen stellt sich jedoch die Frage, ob zwischen Internet und Onlineplattform unterschieden wird. Immer wieder treten Plattformen als allumfassende Aggregatoren digitalen Zusammenlebens auf. Projekte werden über sie angestoßen und von der Planung, über die Finanzierung bis hin zur tatsächlichen Umsetzung durchgeführt. Einige gesellschaftliche Umbrüche werden nur von Plattformen angestoßen oder begleitet. Für immer mehr Menschen sind Plattformen das (tägliche) Tor in die digitale Welt.

Gleichzeitig werden immer mehr Dinge des Alltags digital gesteuert und soziales Zusammenleben spielt sich auf Plattformen ab. Wer außen vor bleibt, droht von der Teilhabe am gesellschaftlichen Miteinander ausgeschlossen zu werden. Doch wer glaubt, ein Online-Zugang für alle könnte dieses Risiko minimieren, irrt.

1 Das Internet als kultureller Meilenstein

Dass mit technischem Fortschritt gesellschaftliche Umbrüche einhergehen können, ist nichts Neues. Dass diese zuweilen sehr tiefgreifend sein können, ebenfalls nicht. Das gab es schon immer und lange vor der Einführung des Internets.

Aber einiges spricht schon dafür, dass wir mit der Digitalisierung vor gesellschaftlichen Veränderungen größeren Ausmaßes stehen. Oder, um es anders auszudrücken:

„Das Internet ist eine Kulturleistung der Menschheit von historischer Bedeutung.“

So beginnt die erste von fünf Thesen, die wir mit unserem ersten Schirmherrn, Joachim Gauck, erarbeitet und später mit dem jetzigen Schirmherrn, Alt-Bundespräsident Prof. Dr. Roman Herzog, fortentwickelt haben. Und sie lautet weiter:

„Das Internet revolutioniert unsere Arbeit und die Freizeit, unser Denken und die Kommunikation. Deshalb geht das Internet uns alle an – ob wir es schon nutzen oder (noch) nicht.“

Viele Dinge des Alltags sind jetzt schon digital gesteuert, sodass auch diejenigen unmittelbar betroffen sind, die selbst glauben, noch offline zu sein. Immer mehr Menschen können sich ein Leben ohne Internet kaum noch vorstellen. Einiges wird zukünftig voraussichtlich nur noch online gehen. Wer nicht mitmachen kann oder möchte, wird von bestimmten Prozessen ausgeschlossen oder muss sich entsprechende Unterstützung organisieren. Und spätestens dann heißt es: Keine soziale Teilhabe ohne digitale Teilhabe.

2 Plattformen als integraler Bestandteil des (Online-)Lebens

Dass sich die SoKo in diesem Jahr ausgerechnet den Plattformen widmet, ist richtig und wichtig — allein schon weil sie zu einem integralen Bestandteil des Lebens vieler Menschen geworden sind. Und dabei ist explizit nicht nur von der jungen Generation, den sog. Natives (obgleich die Bezeichnung irreführend ist, aber das ist eine andere Geschichte) die Rede. Wir beenden dieser Tage eine Studie¹, die über 60-Jährige im Fokus hatte. Sie wird eindrucksvoll aufzeigen, wie wenig relevant demographische Aspekte in mancherlei Hinsicht (geworden) sind.

Die neuen digitalen Möglichkeiten verändern insbesondere die Art wie wir kommunizieren. Sie sind aus dem Alltag kaum noch wegzudenken und in manchen Fällen sind wir regelrecht auf sie angewiesen — ob wir wollen oder nicht. Denken Sie z.B. an die gute alte Telefonkette in der Schule oder im Vereinsleben. Heutzutage wird über Instant-Messaging-Dienste organisiert, was früher von Telefonhörer zu Telefonhörer weitergegeben wurde. Will man mitbekommen, ob die erste Schulstunde ausfällt oder ein Vereinstreffen verlegt wird, hat man meist nur noch eine theoretische Möglichkeit, auf Dienste wie WhatsApp & Co. zu verzichten. Je tiefer all diese digitalen Kommunikations- und Interaktionsmöglichkeiten in die Organisation des Alltags integriert, je enger sie mit dem Leben der Menschen verwoben sind, desto unverzichtbarer werden sie.

Die Ergebnisse einiger DIVSI-Grundlagenstudien zeigen, wie weit das gehen kann. Jugendliche berichteten zum Thema Mobbing z.B., dass ihnen Mobbing

¹ <https://www.divsi.de/publikationen/studien/divsi-ue60-studie-die-digitalen-lebenswelten-der-ueber-60-jaehrigen-deutschland>.

„offline“ – trotz der vermutlich brisanteren, weil physischen Komponente – weniger ausmacht, als online gemobbt zu werden. Nicht selten war zu hören: „Ich kann ja notfalls die Schule oder die Stadt wechseln, aber ich kann ja nicht einfach bei Facebook raus.“ Was für den einen etwas theatralisch klingt, ist für manch andere bitterer Ernst. Denn das Verlassen solcher Plattformen, bedeutet für sie, sich von einem Großteil des Soziallebens zu verabschieden.

Das Dilemma verstärkt sich dadurch, dass Plattformbetreiber ein (natürliches) Interesse daran haben, mit einer immer breiter werdenden Palette an Angeboten in möglichst viele Lebensbereiche vorzudringen. Nach dem Prinzip: Alles aus einer Hand in möglichst geschlossenen digitalen Ökosystemen. Das bringt in der Regel selbstverständlich auch viele Convenience-Vorteile für die Nutzer, macht einen Ausstieg oder Wechsel aber nicht eben leichter.

Ferner sind Plattformen für viele Menschen überhaupt erst das Tor in die digitale Welt. Für manche gilt sogar: Internet = Facebook/Google. Laut einer Geopoll-Umfrage gaben in Nigeria und Indonesien zusammengekommen rund 45 Millionen Menschen an, kein Internet zu nutzen, obwohl sie gleichzeitig sagten, sie nutzten Facebook. Der Aussage „Facebook is the internet“ stimmten 65 Prozent Nigerianer, 61 Prozent Indonesier, 58 Prozent Inder und 55 Prozent Brasilianer zu. Das allein sind schon knapp 1,2 Milliarden Menschen. In den USA stimmten diesem Statement „nur“ 5 Prozent der Befragten zu. Das klingt nach nicht sehr viel, aber man muss sich vor Augen führen, dass das immerhin 16 Millionen Amerikaner sind, für die zwischen Facebook und dem Internet kein Unterschied zu bestehen scheint.

3 Digitale Teilhabe

Dieses „Phänomen“ dürfte sich noch verstärken, je intensiver sich nun ausgerechnet Plattformbetreiber auch noch um die Infrastruktur kümmern (vgl. Facebooks Aquila bzw. Internet.org oder Googles Project Loon). Mit Hilfe von Drohnen und Heißluftballons wollen sie Offlinern in den entlegensten Ecken der Welt Zugang zur digitalen Welt verschaffen. Mit seinem Drohnenprojekt will Mark Zuckerberg nach eigenen Angaben die Armut mit Technik bekämpfen. Das Ziel ist allemal ehrenwert.

Denn: Ja, natürlich ist der barriere- und diskriminierungsfreie Zugang zum Internet — wohlgerne zum freien und offenen Internet, nicht zu proprietären Ausschnitten davon — die Grundvoraussetzung. Die technischen Voraussetzungen sind jedoch nur notwendige, aber noch keine hinreichenden Bedingungen für digitale Teilhabe. Und ohnehin macht die Unterteilung in Offliner und Onliner immer weniger Sinn.



Das hier ist z.B. die Internet-Insel eines Onliners wie er im Buche steht. Er nahm an der qualitativen Phase einer DIVSI Internet-Milieu-Studie teil. Der hochmoderne Rechner steht im einzig nicht vernünftig geheizten Raum der Wohnung, in dem sonst nur noch das Bügelbrett steht. Der Besitzer geht dort ungefähr genau so gern rein, wie er ins Netz

geht. Trotzdem gilt er allein durch die Tatsache, dass der Rechner theoretisch eine Internetverbindung aufbauen kann, als Onliner. Praktisch kann in diesem Fall nicht im Geringsten davon die Rede sein, dass er irgendwie „digital dabei“ wäre. Von denen, die wirklich dabei sind in der digitalen Welt, trennt ihn ein

tiefer Graben. Der technische Zugang allein sagt also noch nichts über den Grad der tatsächlichen digitalen Teilhabe aus. Was diese ausmacht, ist weitaus komplexer.

In der jüngsten Milieu-Studie, die die Gesamtbevölkerung unter die Lupe nahm², haben wir eine aktuelle Landkarte der digitalen Lebenswelten in Deutschland erarbeitet und erstmals auch digitale Teilhabe messbar gemacht. Dafür wurden erste Indikatoren entwickelt und zueinander in Bezug gesetzt, um sich der Frage nach dem Grad der digitalen Teilhabe systematisch zu nähern. Sehr sehr knapp ausgedrückt lässt sich das im Wesentlichen auf zwei Indikatoren herunterbrechen: Den Teilhabewunsch und die subjektive Souveränität (zusammengesetzt aus dem Grad der persönlich empfundenen Überforderung und der selbst zugeschriebenen Internetkompetenz). Mit Hilfe der Milieus lassen sich zudem die diversen Barrieren und Einschränkungen beim Umgang mit dem Internet beschreiben und gleichzeitig Potenziale für digitale Teilhabe aufzeigen.

Vereinfacht gesagt, lässt sich feststellen, dass es Menschen gibt, die an dem, was sich digital vollzieht, teilhaben wollen und dies auch können. Dann gibt es welche, die wollen aber nicht können oder können aber nicht wollen. Und nicht zuletzt gibt es auch die, die weder können noch wollen.

Während 16 Prozent der deutschen Bevölkerung das Internet gar nicht nutzen, sind die übrigen 84 Prozent sehr unterschiedlich aufgestellt hinsichtlich Wunsch und Fähigkeit, an den Möglichkeiten einer digital vernetzten Gesellschaft teilzuhaben. Die Palette ist breit. Während einige das Internet für die größte Erfindung der Welt halten, sehen andere nur die damit verbundenen Risiken. Trauen sich die einen kaum, eine Taste auf der Tastatur zu drücken, aus Angst, das Internet kaputt zu machen, stürzen sich andere vollkommen

² Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, „Die digitalisierte Gesellschaft in Bewegung - DIVSI Internet-Milieus 2016“, Hamburg. 2016.

unbekümmert und unverkopft in jedes digitale Abenteuer. Dabei gilt gleichzeitig: Nicht alle Internetfernen sind „Digital Dummies“ und die sog. Natives sind nicht zwangsläufig Nerds.

Digitale Teilhabe hat vielmehr damit zu tun, sich sicher und souverän im Internet bewegen zu können. Informiert und selbstbestimmt zu handeln. Denn wer die Chancen der Digitalisierung nicht für sich zu nutzen weiß, wird von gesellschaftlichen Prozessen zunehmend ausgeschlossen sein.

4 Fazit

Und deshalb — um auf die Eingangsthese zurück zu kommen — geht das Internet, und gehen Plattformen, uns alle an. Ob wir sie schon nutzen oder (noch) nicht.

Aus den Erkenntnissen lassen sich auch einige Fragen für den gesellschaftlichen Diskurs ableiten:

Welche neuen Gräben tun sich auf in der digitalen Gesellschaft? D.h. wer ist ggf. jetzt schon abgehängt oder droht, in Zukunft nicht mehr mitzukommen?

Wie kann digitale Teilhabe unter Berücksichtigung der z.T. immens ungleich verteilten Teilhabechancen sichergestellt werden?

Wie kann das vor allem mit Blick darauf gelingen, dass sich immer größere Bereiche der Alltagsorganisation und gesellschaftlicher Interaktion auf proprietären Plattformen abspielen, die ihre eigenen Regeln aufstellen, die nicht immer unbedingt mit den kulturellen Gewohnheiten und dem hierzulande geltenden Recht einhergehen?

Welche Verantwortung können oder müssen Plattformbetreiber übernehmen?

Welche Rahmenbedingungen und Kontrollmechanismen braucht es, damit das auch funktioniert?

Brauchen wir neue oder andere Gesetze? Brauchen wir so etwas wie einen neuen Gesellschaftsvertrag für die digitale Zeit?

OTT-Dienste und klassische TK-Anbieter

Frederic Ufer

Die Diskussion rund um den Einfluss der sog. „Over-the-Top“-Anbieter (OTTs) auf den klassischen TK-Markt hat seit dem letzten Jahr erheblich an Fahrt aufgenommen und wird auch in den nächsten Monaten, wahrscheinlich Jahren eine der großen Debatten sein, die die Branche bewegt. Die sich hierzu äußern- den Stimmen sind zahlreich geworden, weswegen dieser Beitrag einen Überblick über den Stand der Diskussion gewähren und im Anschluss einen mögliche Vorgehensweise für den Umgang mit dieser Thematik skizzieren will. Das Gremium der europäischen Regulierer (GEREK) hat erst vor Kurzem hierzu einen Bericht veröffentlicht¹, ebenso hat die Monopolkommission das Thema in ihrem aktuellen Sondergutachten aufgegriffen², die BNetzA in 2015 bereits eine internationale Konferenz ausgerichtet und der wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der Regulierungsbehörde mehrere Positionspapiere³ veröffentlicht. Zahlreiche Vertreter aus Wirtschaft und Forschung beziehen Position⁴ und der anstehende Review der EU-Kommission wird sein Augenmerk ebenfalls auf das Verhältnis der OTT- und TK-Anbieter richten.

¹ BEREC Report on OTT Services, PC 06/15

² Sondergutachten 73 („Märkte im Wandel“) vom 07.12.2015; S. 60 ff.

³ Vgl. Stellungnahme des WAR vom 18.11.2015 und Stellungnahme vom 15.07.2016, abrufbar unter:

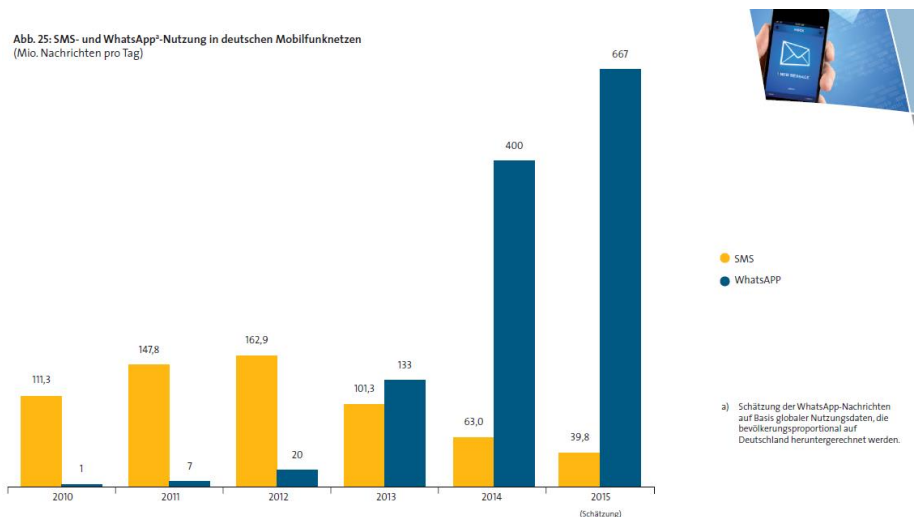
http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1411/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Stellungnahmen/Stellungnahmen_node.html.

⁴ Vgl. Grünwald/Nüßing, MMR 2016, 91; Telle, K&R 2016, 166; Gersdorf, K&R 2016, 91; Schuster, CR 2016, 173; Kühling/Schall, CR 2016, 185; dies., CR 2016, 641; Schumacher, K&R 2015, 771.

1 Disruptive Entwicklungen als große Herausforderung

Warum ist diese Diskussion so wichtig? Der Markt für TK-Dienste befindet sich in einer Umbruchphase: Die Umsätze der etablierten TK-Anbieter stagnieren seit Jahren oder sind sogar rückläufig, gleichzeitig verzeichnen die OTT-Dienste einen enormen Aufschwung hinsichtlich der generierten Umsätze und Nutzerzahlen. Allein WhatsApp – als prominentester Vertreter der sog. Messaging-Dienste – konnte die Zahl der aktiven Nutzer von 450 Millionen in 2014 auf über eine Milliarde Anfang 2016 erhöhen.⁵ Über WhatsApp werden damit täglich 42 Milliarden Nachrichten, 1,6 Milliarden Fotos und 250 Millionen Videos versendet. Die klassischen TK-Unternehmen sehen sich damit auf der Diensteebene einer enormen Konkurrenz durch OTTs ausgesetzt, die mit neuen Angeboten

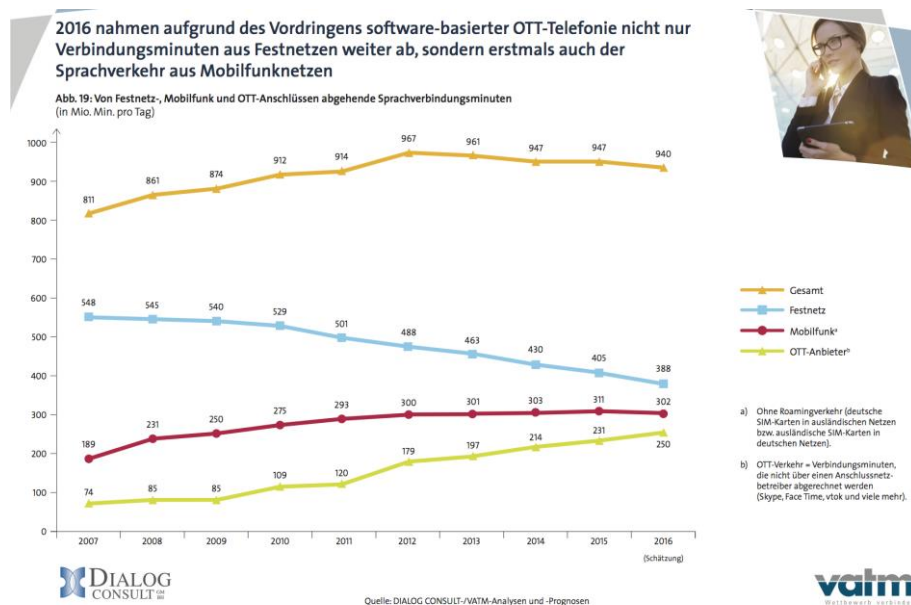
Abb. 25: SMS- und WhatsApp®-Nutzung in deutschen Mobilfunknetzen
(Mio. Nachrichten pro Tag)



⁵ Beitrag der Süddeutschen Zeitung (online) vom 02.02.2016, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/messenger-whatsapp-hat-mehr-als-eine-milliarde-nutzer-1.2845262>.

innerhalb kürzester Zeit den Markt dominieren. So haben Messaging-Dienste binnen kürzester Zeit die Umsätze der TK-Anbieter mit SMS marginalisiert (Vgl. Abbildung 1).

Dabei handelt es sich meistens um Anbieter ohne eigene Netzinfrastruktur, die konventionelle TK-Angebote mittels Internettechnologie virtuell nachbilden. Mittlerweile bieten die OTTs auch VoIP-Dienste (Telefondienste auf IP-Basis) an und attackieren damit das klassische Kerngeschäft der Netzbetreiber – die Sprachtelefonie. Der Anteil der OTT-Dienste am Sprachverkehr hat sich seit 2010 verdoppelt; laut einer aktuellen Studie des VATM/Dialog Consult liegt er bei derzeit 25% – Tendenz steigend.⁶ Bereits im Jahr 2012 wurde ungefähr ein Drittel der global vertelefontierten Sprachminuten über den VoIP-Platzhirsch Skype abgewickelt.



⁶ Jährliche Marktstudie des VATM/Dialog Consult, abrufbar unter: <http://www.vatm.de/vatm-marktstudien.html>.

2 Der Ruf nach dem „level-playing-field“

Vor diesem Hintergrund wird mittlerweile verstärkt die Frage des richtigen Umgangs mit den OTT-Angeboten diskutiert. Früh wurde dafür der Begriff des „level-playing-field“ bemüht, also der Wettbewerbsgleichheit zwischen unterschiedlichen Akteuren im gleichen Markt. Zur Herstellung der „Waffengleichheit“ zwischen OTTs und TK-Anbietern verlangte die Deutsche Telekom unmittelbar nach Aufbränden der Debatte die Abschaffung der Zugangsregulierung als massives Hemmnis im globalen Wettbewerb mit den OTTs. Dabei kann es aber aus Sicht des VATM nicht um pauschale Forderungen nach einer generellen Deregulierung des TK-Sektors gehen. Tatsächlich verfügen die OTTs in Deutschland über keine eigene Netzinfrastruktur und treten somit im Bereich des Netzzugangs auch nicht in Wettbewerb mit den TK-Netzbetreibern. Damit stellen OTT-Dienste auch kein Substitut zu den Vorleistungsprodukten dar, die der Markt- bzw. Zugangsregulierung unterliegen und die wichtige Voraussetzung für den Wettbewerb innerhalb der TK-Märkte sind. Der Begriff der Regulierung (von Netzinfrastrukturen) ist hier fehl am Platz.

Anders sieht es auf der Diensteebene aus, wo tatsächlich Substitutionseffekte zu beobachten sind. Um hier chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, sind aus den gesetzlichen Rahmenbedingungen resultierende Wettbewerbsverzerrungen zwischen Netzbetreibern und OTT-Diensten zu vermeiden. Hier besteht aus Sicht des VATM Handlungsbedarf:

Innovative OTT-Angebote sind im Grundsatz eine Bereicherung für den Markt, die auch den Wettbewerb und die Digitalisierung in Deutschland vorantreiben. Attraktive Dienste wecken das Interesse der Nutzer an den Vorteilen der Digitalisierung und beflügeln die so dringend benötigte Nachfrage. Dabei darf es

jedoch nicht zu Marktverwerfungen kommen, die erst durch eine Asymmetrie im Wettbewerbsumfeld und im Hinblick auf die einschlägigen Regeln sowie Rahmenbedingungen erzeugt werden. Klassische TK-Dienste unterliegen den strengen Regelungen des TKG in den Bereichen Kundenschutz, Datenschutz und öffentliche Sicherheit. Dahingegen können die – zumeist US-Amerikanischen – OTTs bislang weitestgehend ohne staatliche Kontrolle am deutschen Markt agieren. Dieses Ungleichverhältnis führt zu massiven Wettbewerbsverzerrungen. Die Balance der Verpflichtungen für OTT-Angebote und für Anbieter von klassischen TK-Diensten muss zur Schaffung eines „level playing field“ gewahrt und damit die Chancengleichheit auf der Dienstebene sichergestellt werden.

Bislang ist kein einziger OTT-Dienst in Deutschland der bußgeldbewehrten Meldepflicht für TK-Dienste nach § 6 TKG nachgekommen. Ende letzten Jahres hat das Verwaltungsgericht Köln in einer richtungsweisenden Entscheidung („GMail-Urteil“ vom 25.11.2015) begründet, warum OTTs, die Messaging oder VoIP-Dienste erbringen, unter die Definition von „Anbietern von Telekommunikationsdiensten“ gemäß § 3 Nr. 24 TKG fallen. Kurzfristig gilt es daher sicherzustellen, dass diejenigen Regelungen, welche die „Anbieter von Telekommunikationsdiensten“ adressieren, konsequent auf alle Marktteilnehmer angewandt werden. Eine solche Vorgehensweise ist mit nationalem wie europäischem Recht vereinbar.

Von einer solchen Vorgehensweise unberührt bleiben – wie bereits dargestellt – die Markt- und Zugangsregulierung, da diese nicht „Anbieter von Telekommunikationsdiensten“ sondern „Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“ adressiert.

Dahingegen sind die Regelungen zum Kundenschutz welche generell für Anbieter von Telekommunikationsdiensten gelten auch für OTT-Dienste anzuwenden. Hier ist die Bundesnetzagentur aufgerufen, die Einhaltung dieser Regeln

gen durch alle Marktteilnehmer sicherzustellen. Gleiches gilt für den Datenschutz und auch die Regelungen im Bereich öffentliche Sicherheit, welche generell alle Anbieter von Telekommunikationsdiensten adressieren.

3 Modernisierung der Regeln zu Kundenschutz, Datenschutz und öffentlicher Sicherheit

Darüber hinaus ist eine Modernisierung der Regelungen zu Kundenschutz, Datenschutz und öffentlicher Sicherheit im TKG geboten, die den Veränderungen der Dienstewelt gerecht wird. Hier ist der Gesetzgeber gefragt, ein geeignetes Regelwerk für das digitale Ökosystem zu schaffen. Zum einen ist zu prüfen, welche Regelungen entfallen können (Bedarf es noch einer Datenschutzregelung zur Versendung von Telegrammen (§ 106 TKG)?). Dort, wo der Gesetzgeber weiterhin ein Schutzbedürfnis sieht, sind die bestehenden Regelungen so zu modernisieren, so dass sie für alle Marktteilnehmer ihre Wirkung entfalten und gleichzeitig die gewünschte Schutzfunktion gegenüber Staat und Bürgern erfüllen. So brauchen wir beispielsweise einen datenschutzrechtlichen Rahmen, der den Gegebenheiten im Zeitalter von Big Data gerecht wird. Kritische Stimmen „haben konkreten Reformbedarf identifiziert, der mit Blick auf die Schaffung eines „level playing field“ gerade bei der anstehenden Überarbeitung der Telekommunikationsrichtlinien seitens der EU-Kommission berücksichtigt werden sollte“.⁷

Um nicht falsch verstanden zu werden: es geht bei den Rufen der TK-Unternehmen nach der Herstellung eines „level playing field“ nicht um unangemessene Forderungen schlechter Verlierer im Wirbel des globalen Technologie-Wettrüstens. Vielmehr muss mit Augenmaß und Sachverstand sichergestellt werden, dass im Wege einer individuellen Betrachtung („rule by rule“)

⁷ So der Wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der BNetzA in seiner Pressemitteilung vom 20.07.2016, abrufbar unter: http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Pressemitteilung20_07_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

diejenigen Regeln und Prinzipien in das OTT-Dienste Umfeld adaptiert werden, die das erreichte Regelungsniveau zugunsten und im Sinne der Nutzer und TK-Wettbewerber sicherstellen und auch weiter ausbauen. Warum die EU-Kommission ausgerechnet den Notruf als beispielhaftes Ziel einer rechtlichen Vorgabe an die OTT-Anbieter auserkoren hat, bleibt eher unverständlich. Viel dringlicher wäre eine umfassende Diskussion über die Wege der von OTT-Anbietern erhobenen Daten, die heutzutage noch völlig im Dunkeln bleiben. Stattdessen haben die TK-Anbieter im Jahr 2016 eine TK-Transparenzverordnung⁸ zu erwarten, die den Verbraucherschutz auf ein kaum noch zu überbietendes Niveau heben wird. Gleichzeitig muss gefragt werden, ob ganz speziell im Bereich der TK-Dienste das Leitbild des „mündigen“ Verbrauchers und der Konsumentensouveränität nahezu ad absurdum geführt werden soll, um gleichzeitig die millionenfach genutzten OTT-Dienste weiterhin im Regelungsvakuum agieren zu lassen.

Mit diesen Überlegungen sollte nicht auf den angelaufenen EU-Review gewartet werden, der voraussichtlich erst ab 2020 oder je nach Länge des Review-Prozesses auch viel später wirksam wird. Zwar ist ein einheitlicher europäischer Rechtsrahmen insbesondere für die Frage der global anbietenden OTTs sinnvoll und naheliegend, der EU-Review Zeitraum als Zielgröße ist jedoch angesichts der rasanten technischen Entwicklung und der Dynamik der digitalen Geschäftsmodelle zu lang. Um Deutschland fit für die Digitalisierung zu machen, müssen kurzfristig die geeigneten regulatorischen Rahmenbedingungen geschaffen werden. Das Aussitzen der Diskussion kann eine nachteilige Entwicklung weiter zuspitzen.

⁸ Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung – TKTransparenzV). Weitere Informationen zur Verordnung sind hier abrufbar: http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Anbieterpflichten/Kundenschutz/Transparenzmassnahmen/Transparenzmassnahmen-node.html.

Online-Plattformen – eine Herausforderung für das Kartellrecht

Boris P. Paal

Sehr geehrte Damen und Herren,¹

mir wurde die ehrenvolle Aufgabe übertragen, den kartellrechtlichen Themenblock über die Marktmacht von Plattformen einzuleiten. Für die damit verbundene Gelegenheit, heute zu Ihnen sprechen zu dürfen, danke ich zunächst sehr herzlich. Verbinden darf ich dies mit einer ausdrücklichen Gratulation an Telemedicus und die Verantwortlichen zur perfekten Themenwahl. Mit guten Gründen, so meine ich, kann in diesen Tagen von einer Blütezeit der Plattformen gesprochen werden. Allenfalls beispielhaft angeführt seien insoweit aus der Fachdiskussion die auf Plattformen bezogenen Reformvorschläge in der 9. GWB-Novelle, verschiedene Arbeitspapiere des Bundeskartellamtes, Vorhaben auf europäischer Ebene (im Urheberrecht ebenso wie im Vertragsrecht) sowie der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz.

Insgesamt wird mein nachfolgender Vortrag in vier zentrale Punkte gegliedert sein: (1.) Die Frage der Plattform-Definition(en), (2.) die Rolle des Kartellrechts im Plattformbereich, (3.) kartellrechtliche Herausforderungen und schließlich (4.) eine Zusammenfassung mit einem Ausblick.

¹ Es handelt sich bei diesem Beitrag um eine von Professor Paal angefertigte Niederschrift seines Vortrages aus dem kartellrechtlichen Themenblock (Anm. d. Hrsg.).

1 Zur kartellrechtlichen Plattform-Definition

Als Plattformen sind nach dem Bundeskartellamt solche „Unternehmen anzusehen, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen.“ Unter diese Definition fallen etwa Soziale Netzwerke, Suchmaschinen, Immobilienportale und Dating-Plattformen.

1.1 Spezielle Charakteristika und deren Implikationen

In Ansehung der speziellen Charakteristika handelt es sich bei den kartellrechtlichen Märkten typischerweise um sogenannte Winner-takes-it-all-Märkte, bei denen stärker *um* den Markt als *auf* dem Markt konkurriert wird. Entsprechend weisen diese Märkte eine ausgeprägte Tendenz zur Monopolbildung und zur Herausbildung von marktdominanten Stellungen auf. Vor diesem Hintergrund ist die Domäne des Kartellrechts eröffnet und es mag der Ruf nach kartellrechtlichen Sanktionen sowie einer entsprechenden – darüber hinausreichenden – Regulierung ertönen. Beispielhaft sei an dieser Stelle für allfällige Regulierungsüberlegungen verwiesen auf die EU-Vorschläge betreffend ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger, die in Anwendungsbereich und Reichweite deutlich das vom deutschen Gesetzgeber im Urheberrecht kodifizierte Modell übersteigen.

1.2 Unterschiedliche Definitionen wegen unterschiedlicher Zielwerte

Zugleich sei jedoch erwähnt, dass der Plattform-Begriff in Wissenschaft und Praxis nicht durchgängig im Sinne der vorbenannten Definition des Bundeskartellamtes verstanden wird: Von einer abweichenden Plattform-Definition geht etwa die Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz in ihren Vorschlägen aus. Ursächlich hierfür ist vornehmlich die unterschiedliche Zielsetzung, konkret im Falle der Bund-Länder-Kommission die publizistische Vielfaltssicherung und die Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht als Zielsetzungen – in Abgrenzung zur Absicherung des ökonomischen Wettbewerbs durch das Bundeskartellamt. Vor diesem Hintergrund unterscheidet die Bund-Länder-Kommission folgerichtig zudem zwischen der Behandlung von Meinungsbildungsrelevanten Medienplattformen zum einen und Intermediären zum anderen.

2 Zur Rolle des Kartellrechts im Plattformbereich

Die neuen Plattform-Sachverhalte berühren alle klassischen Säulen des Kartellrechts: Betroffen sind Fusionssachverhalte, beispielhaft erwähnt sei insofern etwa der Zusammenschluss zwischen Facebook und WhatsApp, der aktuell durch die Weitergabe von Kontakt- bzw. Adressdaten neue Aufmerksamkeit erfahren hat, oder auch die Dating-Plattformen (Parship/Elitepartner). Mit Blick auf das Kartellverbot zu erwähnen sind die Konstellationen der Bestpreisklauseln bzw. der vertikalen Vertriebsvereinbarungen, so etwa der HRS-Fall oder auf Online-Plattformen bezogene Vertriebsverbote. In Ansehung von Missbrauchsverfahren sei als *pars pro toto* auf die Google-Sachverhalte verwiesen, die in ihrem Anwendungsbereich von Fragen der sogenannten Suchmaschinenneutralität über Werbesachverhalte bis hin zum Android-Betriebssystem reichen.

2.1 Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts

Dabei gilt es zu vergegenwärtigen, dass den durch das kartellrechtliche System eröffneten Möglichkeiten auch systemimmanente Grenzen entgegenstehen: Kartellrechtlich adressiert wird unmittelbar allein der ökonomische, nicht dagegen der publizistische Wettbewerb. Somit sind Fragen der medialen Vielfaltssicherung allenfalls mittelbar über das Kartellrecht zu lösen (siehe hierzu bereits vorstehend 1.2). Überdies ist etwa der Datenschutz keine originäre Regelungsmaterie des Kartellrechts. So hat der EuGH 2006 in der Rechtssache *Asnef-Equifax* ausgeurteilt, dass Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität der Daten [...] Sache des Datenschutzrechts [sind].“ Anlässlich des Zusammen-

schlussvorhabens von Facebook und WhatsApp führte die Kommission 2014 aus: „Datenschutzspezifische Bedenken, die sich aus dem Umstand ergeben, dass nach dem geplanten Zusammenschluss größere Datenmengen unter der Kontrolle von Facebook stehen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts. Im Januar 2016 äußerte die EU-Wettbewerbskommissarin Vestager: „So I don’t think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems.“

2.2 Datenschutz und Datenmacht

Allerdings hat der EuGH 2013 in der Rechtssache Alianz Hungária ausgeführt, dass Rechtsverstöße einen Anhalt für Wettbewerbsverstöße sein *können*. So wendet sich gegenwärtig das Bundeskartellamt zunehmend dem Instrumentarium des Wettbewerbsrechts im Kontext von Datenmacht und Datenschutz zu. Im Mai 2016 hat die Kartellbehörde gemeinsam mit der französischen Wettbewerbsbehörde ein Papier zu „Datenschutz und Kartellrecht“ veröffentlicht. Wichtig und wegweisend wird auch das im März 2016 durch das Bundeskartellamt eingeleitete Verfahren gegen Facebook sein.

Es handelt sich bei Datenschutz und Datenmacht (und deren Zusammenspiel) um wichtige neue Referenzgebiete, die auch und gerade das Kartellrecht vor neue Herausforderungen stellen: Geschäftsmodelle im Internet gründen vielfach auf der Erhebung, Auswertung und Nutzung von Daten. Es bleibt dabei mit Spannung abzuwarten, ob es dem Bundeskartellamt neben der Überwindung des Kriteriums der Entgeltlichkeit zur Bestimmung eines kartellrechtlich relevanten Marktes (hierzu sogleich) gelingen wird, darzulegen, dass Datenschutzverstöße durch eine marktdominante Plattform wie Facebook tatsächlich einen Konditionenmissbrauch darstellen. Fraglich ist hier, ob ein Unternehmen bei einem wirksamen Wettbewerb (mit hoher Wahrscheinlichkeit) gezwungen wäre, datenschutzkonforme(re) Geschäftsbedingungen zu verwenden. Dies

setzte entsprechende nutzerseitige Präferenzen voraus, die von Nutzern auch proaktiv eingefordert werden – was jedoch gerade nicht ohne weiteres unterstellt werden kann (verwiesen sei insofern auf das sog. Privacy Paradox).

2.3 Datenschutz-Grundverordnung

Die aus der Datenschutz-Grundverordnung erwachsende neue nutzerseitige Datenportabilität (Art. 20) könnte hier ein neues Kapitel aufschlagen. Art. 20 der Datenschutz-Grundverordnung statuiert das Recht des Betroffenen auf Bereitstellung und die Befugnis zur Übermittlung der bereitgestellten Daten an einen anderen Verantwortlichen (Abs. 1) sowie das Recht auf eine direkte Übermittlung an einen anderen Verantwortlichen (Abs. 2). Diese Rechte sollen auch und gerade der Förderung eines Wettbewerbs um datenschutzfreundliche Technologien und der Verringerung der Lock-in-Effekte von Plattformen dienen. Gleichwohl ist zweifelhaft, ob hinsichtlich der praktischen Auswirkungen der Vorschrift großer Optimismus angezeigt ist. So besteht gerade keine Pflicht zur Übernahme oder Beibehaltung technisch kompatibler Datenverarbeitungssysteme (vgl. Erwägungsgrund 68 der Datenschutz-Grundverordnung). Gegenläufig zum Zweck des Art. 20 könnten demnach durch Verwendung eines nicht oder nur begrenzt interoperablen Formates erhebliche Lock-in-Effekte erzeugt werden.

2.4 Big-Data-Anwendungen

Themen rund um das Feld der Big-Data-Anwendungen dürften wohl Raum für (mindestens) eine weitere Tagung bieten. Schließlich offenbart sich im Kontext von Big Data eine komplexe Gemengelage von Wettbewerbsfreiheit, Konsumentensouveränität und staatlicher Regulierung. Ganz grundsätzlich stellt sich

in diesem Rahmen (auch) die Frage, ob und wie weit Kartellrecht zum Verbraucherschutz herangezogen werden kann und soll.

3 Konkrete kartellrechtliche Herausforderungen

Mit der digitalisierten Wirtschaft und den Online-Plattformen eröffnet sich für das Kartellrecht ein neues Referenzgebiet mit alten Herausforderungen und nicht ganz unbekannten Problemen. Gerade die den digitalen Märkten häufig inhärente Dynamik und Mehrseitigkeit führen in besonderem Maße zu Rechtsunsicherheit(en), langen Verfahrensdauern und letztlich dem Erfordernis einer aktualisierten Normanwendungspraxis und mitunter auch gesetzgeberischer Reaktionen.

3.1 Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

So stellt sich zunächst die Frage nach der zutreffenden Marktabgrenzung. Hier wirft die Unentgeltlichkeit von Geschäftsbeziehungen besondere Herausforderungen auf, denen der Entwurf zur 9. GWB-Novelle (hier § 18 Abs. 2a) begegnen soll. In der aktuellen Entwurfsfassung heißt es: „Der Annahme eines Marktes steht es nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird“. Dies würde den mittlerweile auch von EU-Kommission und Bundeskartellamt erkannten Befund klarstellen, dass von einer unentgeltlichen Leistung im weiteren Sinne ohnehin nicht gesprochen werden kann, da der Nutzer zwar nicht mit Geld, gleichwohl aber mit Daten „zahlt“. Schließlich manifestiert sich in der Einleitung eines Verfahrens durch das Bundeskartellamt gegen Facebook eine Entwicklung, wonach sich das Dogma der Entgeltlichkeit im Kontext der digitalen Wirtschaft gewandelt hat.

Für die Frage der Beherrschungskriterien enthält die 9. GWB-Novelle in ihrer Entwurfsfassung ebenfalls neue Regelungen, die in einem neuen § 18 Abs. 3a

niedergelegt werden sollen. Der vorgeschlagene Absatz 3a reagiert dabei auf die besonderen Problemlagen von mehrseitigen Märkten und Netzwerken, indem statuiert wird, dass in diesen Fällen als Beherrschungskriterien insbesondere direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck, sowie der Zugang zu Daten zu berücksichtigen sind.

3.2 Feststellung von Missbrauch

Von zentraler Bedeutung bleibt auch in der neuen digitalen Welt die Frage des Missbrauchs: Ein wichtiger Gesichtspunkt ist die Frage nach der Suchneutralität, die im Kern auf die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Differenzierungen abzielt; eine im Wortsinne neutrale Suche und neutrale Suchergebnisse sind dabei weder denkbar noch überhaupt wünschenswert. Weiterhin stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit und der (effektiveren) Ausgestaltung von Leistungsschutzrechten (auch und gerade für Presseverleger).

3.3 Wesentliche Einrichtungen

Schließlich ist zu untersuchen, wie – ohne in den Voraussetzungen und Ausprägungen der klassischen Essential-Facility-Doktrin verhaftet zu bleiben – der Umgang mit neuen wesentlichen Einrichtungen im Internet und Onlinebereich vonstattengehen soll. Hier spricht meines Erachtens einiges dafür, marktdominante Plattformen als wesentliche Einrichtungen der digitalen Infrastruktur zu begreifen. Gegenwärtig steht der Anwendung der etablierten Essential-Facility-Doktrin in dem untersuchungsgegenständlichen Kontext wohl regelmäßig (jedenfalls) die Duplizierbarkeit von Plattformen entgegen. Daher ist zu

prüfen, ob die Doktrin einer Modernisierung bedarf, um dem Phänomen von marktdominanten Plattformen angemessen zu begegnen.

4 Zusammenfassung und Ausblick

Abschließend soll eine kurze Zusammenfassung vorgenommen und darüber hinaus ein Ausblick gewagt werden. Ausgangspunkt soll dabei die Frage sein, was nach alledem die angemessenen und richtigen Maßnahmen zum Umgang mit den – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – vorstehend aufgezeigten Herausforderungen im Kontext von Online-Plattformen und Kartellrecht sein könn(t)en.

Festzuhalten ist, dass ein Spannungsfeld von Innovation, Offenheit und erdrosselnder Regulierung bzw. Sanktionierung besteht. Hieraus erwächst eine Kollision von Zielsetzungen: Auf der einen Seite besteht eine hohe Dynamik, die dazu geführt hat, dass vormals marktmächtige Unternehmen wie AltaVista, AOL, Yahoo!, MySpace oder StudiVZ nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr relevant am Markt vorhanden sind. Auf der anderen Seite existiert mit dem Datenschutz ein neues Referenzgebiet. Dies alles geschieht vor dem Hintergrund des Bestehens von marktmächtigen Stellungen.

Das Kartellrecht bietet ein tragfähiges Instrumentarium zum Umgang mit den neuen Herausforderungen, allerdings einhergehend mit der Notwendigkeit einer Aktualisierung der Normanwendungspraxis. Dabei ist das Kartellrecht kein Allheilmittel oder gar ein Reparaturbetrieb für andere Rechtsgebiete. Vielmehr sind die systemimmanenten Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts zu berücksichtigen, sprich insbesondere die Fokussierung auf den ökonomischen Wettbewerb. Ganz grundsätzlich gilt es, das Primat des Rechts zu wahren. Vor diesem Hintergrund sind Aktivitäten des Gesetzgebers auch und gerade über das Kartellrecht hinaus erforderlich, um bestehenden (und künftigen) Gefährdungslagen angemessen zu begegnen.

Dafür ist vor allem auch zu berücksichtigen: Offene technische Standards und eine angemessene technische Interoperabilität sind wichtige wettbewerbsfördernde Faktoren. Dabei bleibt abzuwarten, ob etwa Art. 20 der Datenschutz-Grundverordnung bereits ein effektiver Schritt in Richtung dieses Ziels darstellt.

Ganz grundsätzlich sollten die Wechselkosten sowie der hiermit verbundene Aufwand für die Nutzer beim Anbieterwechsel niedrig gehalten werden. Es gilt in diesem Sinne, Lock-In-Effekte, Pfadabhängigkeiten und Exklusivvereinbarungen zu verhindern bzw. abzubauen, etwa durch das sog. „Multihoming“. Aufklärung und Transparenz ist darüber hinaus eine hohe Bedeutung einzuräumen. Insgesamt geht es darum, Märkte und Plattformen technologisch, faktisch und vertraglich offen zu halten – wozu das Kartellrecht einen wichtigen Beitrag leisten kann und soll.

Autorenhinweise

Julia Reda ist Abgeordnete der Piratenpartei im Europaparlament, wo sie sich der Fraktion der europäischen Grünen angeschlossen hat. Sie ist Mitglied im Rechtsausschuss, der sie als Berichterstatterin für die Evaluation der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie eingesetzt hat. Außerdem ist sie stellvertretendes Mitglied im Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz sowie im Petitionsausschuss. Im Jahr 2015 wurde eine Kompromissversion des sogenannten Reda-Berichts zum EU-Urheberrecht verabschiedet. Von 2010 bis 2012 war sie Vorsitzende der Jungen Piraten und ist derzeit Vorsitzende der Young Pirates of Europe.

Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg ist Juniorprofessorin am Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Medienrecht (IGEWEM) der Juristischen Fakultät der TU Dresden. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Medien-, Datenschutz- und Urheberrecht. Sie lehrt im Zivil-, Immaterialgüter- und Medienrecht, u.a. im Rahmen des LL.M.-Programms "International Studies in Intellectual Property Law". Studiert hat Anne Lauber-Rönsberg in Passau, Lausanne und Heidelberg sowie an der University of Edinburgh (LL.M.). Das Referendariat absolvierte sie in Berlin und Brüssel. Anne Lauber-Rönsberg ist Vorstandsmitglied der GRUR-Bezirksgruppe Mitte-Ost.

Christoph Palzer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bayreuth und promoviert dort zu einem kapitalmarktrechtlichen Thema. Daneben beschäftigt er sich mit schwerpunktmäßig mit wirtschaftsrechtlichen Themen, insbesondere aus dem Kartell-, dem Wettbewerbs- und dem Medienrecht und ist Autor verschiedener Publikationen in diesem Bereich.

Linda Kuschel, LL.M. (Harvard) ist wissenschaftliche Mitarbeiterin von Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale) an der Humboldt-Universität zu

Berlin und Lehrbeauftragte der Leuphana Universität Lüneburg. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen auf den Gebieten des Urheberrechts und des Internationalen Privatrechts. Sie studierte Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und an der Harvard Law School, USA. Während des Referendariats arbeitete sie u.a. bei der Verwaltung des Deutschen Bundestages und der Ständigen Vertretung Deutschlands bei den Vereinten Nationen, New York.

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger arbeitete als Juristin bis 1990 im Deutschen Patent- und Markenamt. Nach ihrer Wahl 1990 in den ersten gesamtdeutschen Bundestag war sie 23 Jahre lang Bundestagsabgeordnete. Zweimal übte sie das Amt der Bundesjustizministerin aus. Das erste Mal von 1992 bis 1996 im Kabinett Helmut Kohl. Sie trat von diesem Amt wegen der Befürwortung der FDP zum großen Lauschangriff zurück. Von 2009 bis 2013 war sie im Kabinett von Angela Merkel zum zweiten Mal Bundesjustizministerin. Seit 2014 arbeitet sie im Beirat von Google zur Durchsetzung des Rechts auf Vergessenwerden. Neben anderen Auszeichnungen erhielt sie 2015 den Datenschutzpreis der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit.

Joanna Schmölz studierte Medienkultur und Politische Wissenschaft an der Universität Hamburg. Zwischen 1998 und 2011 war sie in der IT-Branche tätig. In der Stabsstelle Vorstand eines länderübergreifenden öffentlich-rechtlichen IT-Dienstleisters in Norddeutschland leitete sie das Vorstandsbüro und war zuletzt Referentin Strategisches Marketing in der Unternehmenssteuerung. Seit 2011 fungiert Schmölz als stellvertretende Direktorin und Prokuristin des DIVSI. Als wissenschaftliche Leiterin verantwortet sie diverse Forschungsprojekte und entwickelt die Themen des Instituts mit. Zu den von ihr federführend betreuten Projekten zählen insbesondere die Grundlagenstudien (DIVSI Milieu-Studien), in denen der Zustand der digitalen Gesellschaft in Deutschland vermessen wird.

Dr. Frederic Ufer leitet seit dem Jahr 2007 den Bereich Recht und Regulierung des VATM, einem der größten Telekommunikationsverbände mit Vertretungen in Berlin, Brüssel, Köln und Washington. In dieser Funktion ist der 1977 geborene Rechtsanwalt für die Koordination der regulatorischen und rechtlichen Themen verantwortlich. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Köln war er wissenschaftlich an der Universität zu Köln tätig und promovierte dort zu dem Thema "Die Haftung der Internet Provider nach dem Teledienstegesetz". Danach war er mehrjährig in einer internationalen Wirtschaftskanzlei im Bereich Telekommunikations- und Medienrecht tätig.

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford) studierte in Tübingen, Konstanz und Oxford. Seit dem Jahre 2009 ist er ordentlicher Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Medien- und Informationsrecht sowie Direktor des Instituts für Medien- und Informationsrecht, Abt. I (Privatrecht) an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Boris Paal forscht und lehrt, berät und veröffentlicht im gesamten Wettbewerbs-, Informations- und Medienrecht; er ist Autor zahlreicher Publikationen auf diesen Gebieten, u.a. des gemeinsam mit Dr. Daniel Pauly herausgegebenen Kommentars zur Datenschutz-GrundVO.