

3

Werte in verschiedenen Lebensbereichen

Rupprecht Podszun

3.6 Wettbewerb, Werte und Recht in Zeiten der Digitalisierung: auf dem Weg zu einem Ordnungsrahmen für Google & Co.

1	Fragen 4.0	208
2	Vorhandene Instrumente	209
3	Und die Tech-Giganten?	210
4	Der Wettbewerb, den wir wollen	212
4.1	Mündigkeit	213
4.2	Fairness	214
4.3	Offene Prozesse	214
5	Die Legislative ist gefordert	215
5.1	Die großen Themen	216
5.2	Erste Antworten	217
5.3	Freiburger Schule 4.0	218
	Das Wichtigste in Kürze	221
	Literatur	222

1 Fragen 4.0

Wettbewerbspolitiker, Wettbewerbsökonominnen und Wettbewerbsrechtler beschäftigt derzeit vor allem eine Frage: Was ist zu tun, damit sich im digitalen Zeitalter der Wettbewerb so entwickelt, wie es für die Gesellschaft am besten ist? In dieser Frage stecken gleich mehrere knifflige Regelungsaufgaben: Was sind denn die Veränderungen des »digitalen Zeitalters«? So bleibt offen, an welche Gesellschaft wir dabei denken, an die deutsche, die europäische oder gar an eine globale Community. Ebenfalls unklar ist der Maßstab dafür, was »am besten« ist. Und selbst wenn es Antworten auf diese Fragen geben sollte, ist damit noch längst nicht geklärt, wie der Wettbewerb gezähmt, geregelt werden kann und soll, um entsprechende Ziele zu erreichen. Im Kern wirft die Digitalisierung der Wirtschaft aber die Frage auf: Welche Werte sind uns in der Wirtschaftspolitik wichtig und wie können wir sie rechtlich umsetzen?

Juristen allerdings tragen oft auch eine gesunde Skepsis mit sich: Was ist nur ein Hype, was ist ein tatsächlicher Paradigmenwechsel? Brauchen wir wirklich neue Regeln oder können wir auch mit dem vorhandenen Besteck die digitale Ökonomie sezieren? Fest steht: Kein Unternehmen kommt heute mehr ohne digitale Vernetzung aus. Jedes Produkt, jede Dienstleistung wird mit einer Schnittstelle ausgerüstet, sodass die Kommunikation mit anderen Produkten, Dienstleistungen und Personen möglich wird. Die wertvollsten und erfolgreichsten Konzerne der Welt sind längst die Anbieter von Informationstechnologie und Software, nicht länger Konzerne der traditionellen Industrie. Daten spielen eine immer größere Rolle für die Kundenbindung, bei der Finanzierung oder in Businessplänen. Algorithmen und künstliche Intelligenz ersetzen unternehmerische Entscheidungen. Plattformen verändern ganze Branchen. Die Marktwirtschaft ändert sich. Die wesentlichen Gesetze, die die Marktwirtschaft rechtlich absichern – in Deutschland das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) –, sind in ihren Grundstrukturen und in ihrer Terminologie aus vordigitaler Zeit. Passt das noch?

2 Vorhandene Instrumente

Immer wenn sich Veränderungen in der Wirtschaft abzeichnen, stellt sich die Frage, wie das Recht darauf reagiert. Fundamentale Veränderungen führen häufig zu Verteilungskonflikten in der Gesellschaft, und sobald Konflikte auftreten, ist das Recht gefordert – als Maßstab für die Konfliktentscheidung. Der Streit zwischen dem app- und datenbasierten Personenbeförderungsmo- dell Uber und den traditionellen Taxifahrern illustriert diese Verteilungskämpfe der digitalen Ökonomie besonders plastisch (Wüsthof, 2015). Uber vermittelt Fahrgäste an Fahrer unter Umgehung des Personenbeförderungsgesetzes. Dabei ist das Unternehmen erfolgreich, denn es spart nicht nur die Kosten, die durch die Regulierung entstehen, sondern matcht geschickt Nachfrager und Anbieter und bietet eine komfortable Abwicklung an. Die Taxigenossen- schaften reagieren gereizt: Gefangen durch Regulierung und auch befangen in klassischen Mustern, nehmen sie den Wettbewerb durch Uber nicht an, sondern protestieren und klagen. Gerichte müssen schließlich entscheiden, und sie tun es überwiegend zugunsten der Taxiunternehmen. Denn was das aggressiv auftretende Start-up macht, wird als ein im Wettbewerb unlauterer Rechtsbruch eingestuft (zum Beispiel OLG Frankfurt am Main, 9.6.2016, Az. 6 U 73/15).

Natürlich kann ein Oberlandesgericht diesen Konflikt lösen. Es bleibt aber ein großes Unbehagen, dass die geltenden Regeln die Problematik nicht komplett erfassen. So wird diskutiert, ob das deutsche Recht hier verkrustete ökonomische Strukturen schützt, ob Vermittlungsplattformen wie Uber neue Freiheiten brauchen und welchen Wettbewerb wir bei der Mobilität der Zukunft überhaupt wollen.

Ein Beispiel, wo das vorhandene rechtliche Instrumentarium genügt, bietet das sogenannte Influencer-Marketing: Auf Kanälen wie Youtube oder Instagram etablieren sich junge Leute mit Berufsprofilen, die für Vertreter klassischer Bildungsmilieus schwer nachvollziehbar sind. Sie präsentieren sich mit mal mehr, mal weniger einfallsreichen Bildern und Videos einer Fangemeinde, die dann rasch in Größenordnungen wachsen kann, um die manch ein Künstler froh wäre. Berufsbezeichnung: Influencer. Ihr Geld verdienen sie nicht zuletzt damit, dass sie Produkte in die Kamera halten, die ihnen von Unternehmen zur Verfügung gestellt werden und die auf diese Art und Weise beworben werden. Das rechtliche Problem dabei ist, dass die Influencer in der Regel nicht offenlegen, dass sie für die Werbung bezahlt werden. Das würde ihre Authentizität – ihr wesentliches Kapital – untergraben.

Doch Influencer-Marketing tauchte trotz dieses Missstands lange Zeit überhaupt nicht auf dem Radar derjenigen auf, die gegen unlautere Werbung

vorgehen. Hier mag schlicht eine Rolle gespielt haben, dass sich die Juristen in Wettbewerbsverbänden selten die Instagram-Konten von 15-Jährigen ansehen. Als entdeckt wurde, dass und wie dort Werbung gemacht wird, war die Aufregung groß. Die Süddeutsche Zeitung (2017) verstieg sich zu der Aussage, Influencer-Marketing sei nicht einfach das neue Lieblingsspielzeug der Werbebranche: »Der Aufstieg der Influencer verändert die Regeln des Wirtschaftslebens grundlegend – weit über die Werbung hinaus.« Mittlerweile ist Besonnenheit eingekehrt und die Autoritäten des Rechts haben übernommen. Es wurde erkannt, dass hier nichts anderes als klassische Schleichwerbung vorliegt. Wenn Geld geflossen ist, muss dies auch deutlich gemacht werden – so wie in Zeitungen notfalls »Anzeige« über einem Beitrag steht, der bezahlt ist, aber in redaktioneller Aufmachung daherkommt. Inzwischen hat das Ringen darum begonnen, wie der bezahlte Charakter der Fotos und Clips herauszustellen ist. Das Oberlandesgericht Celle entschied, dass die schlichte Setzung des Hashtags #ad jedenfalls nicht genügt (OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17). Wer bezahlte Werbung macht, ohne auf den Bezahlcharakter hinzuweisen, verstößt gegen § 5a Abs. 6 UWG. Das ist keine grundstürzende Veränderung des Wirtschaftslebens, sondern schlicht die Anwendung geltenden Rechts auf einen alten Sachverhalt im neuen Gewand. Neue Regeln braucht es dafür nicht.

An dem kleinen Beispiel erweist sich, was Fluch und Segen des Rechts ist: Einerseits ist es starr, mit alten Begrifflichkeiten überlagert, kaum in der Lage, Neuestes bruchlos zu integrieren. Es ist erst die findige Arbeit von Anwälten und Richtern, die es ermöglicht, neue Phänomene unter hergebrachte Tatbestände einzuordnen. Andererseits, und dies ist die immer wieder erstaunliche Seite des Rechts, sind die Formulierungen aber auch so offen oder gar so gut, dass sich unter einen prädigitalen Tatbestand ohne weiteres auch die Werbeaktivitäten einer Instagram-Berühmtheit ziehen lassen.

3 Und die Tech-Giganten?

Das deutsche Lauterkeitsrecht ist also in der Lage, mit Youtubern umzugehen. Aber wer nimmt es mit den Tech-Giganten auf? Damit sind Konzerne gemeint, die unter dem Kürzel GAFAM als eine Art neues Weltherrschaftskonglomerat gehandelt werden. GAFAM steht für »Google Amazon Facebook Apple Microsoft« – und damit für die wichtigsten, mächtigsten, wertvollsten Unternehmen der Welt. Ihre Stärke stellt eine Herausforderung für den Wettbewerb dar, denn Wettbewerb, das freie Spiel der Kräfte um Angebot und Nachfrage, setzt voraus, dass die Spieler freie Entfaltungsmöglichkeiten haben. Spielt einer mit, der stärker ist als alle anderen, funktioniert das Spiel nicht mehr so gut. Um das zu verhindern, sichert das Kartellrecht den freien Wettbewerb. Das ist

eine Wertentscheidung: Wer Wettbewerb schützt, schützt die freie Entfaltung des Individuums mit seiner Entscheidungsautonomie. Geschützt werden auch Unternehmen mit Blick auf ihre Chancengleichheit. Ökonomisch sichert das Kartellrecht Effizienz und Innovation in der Marktwirtschaft ab. Es ist angesichts dieser Grundwerte nicht übertrieben, das Kartellrecht als »Grundgesetz der Marktwirtschaft« zu apostrophieren.

Die Auseinandersetzungen um Google illustrieren, wie schwierig es ist, mit der digitalen Marktmacht umzugehen. Zunächst wurde vor allem in Feuilletondiskussionen beklagt, welchen Einfluss Google (und genauso die übrigen GAFAM-Unternehmen) inzwischen erlangt habe (Schirrmacher, 2015). Inzwischen sind Geschäftspraktiken von Google Gegenstand zahlreicher Verfahren in aller Welt auf Basis des Kartellrechts geworden (Podszun, 2016).

Im Londoner High Court stand ein Fall zur Entscheidung, den der Richter Peter Roth auf den Tisch bekam. Er hatte zu entscheiden, ob Google eine marktbeherrschende Stellung dadurch missbraucht hat, dass die Suchmaschine den eigenen Dienst Google Maps derart bei der Darstellung der Suchergebnisse bevorzugt habe, dass der Wettbewerber Streetmap aus dem Markt gedrängt wurde. Streetmap hatte schon einige Jahre lang digitale Straßenkarten zur Verfügung gestellt, als Google mit dem eigenen Dienst Google Maps 2005 den Markt betrat. 2007 führte Google bei der Darstellung der Suchergebnisse oben eine Box ein, in der das Ergebnis von Google Maps eingeblendet wurde, wenn beispielsweise ein Ort oder ein Straßename gesucht wurde. Das, so Streetmap, habe das Geschäftsmodell von Streetmap zerstört, da Google-Nutzer den einfachen Weg gewählt hätten, die Box anzuklicken, statt sich alternative Angebote anzusehen. Gemäß Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist es untersagt, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen. Streetmap beschwerte sich im privaten Rechtsweg bei Gericht über Googles Verhalten.

Der Fall scheint zunächst eindeutig: hier der quasi-monopolistische Suchmaschinenanbieter aus dem Silicon Valley, dort der Pionier der Kartendienste, der schlicht von Googles Marktmacht überrollt wird. Doch in einer typisch englischen, wohlabgewogenen Entscheidung, in der Justice Peter Roth seine Überlegungen und Zweifel formulierte, kam er zu dem Ergebnis: »I am not convinced.« Ja, Streetmap mag ein Pionier gewesen sein, aber Google habe sich letztlich im Wettbewerb durchgesetzt, habe Features angeboten, die die Kunden überzeugt hätten, und sei, was zu begrüßen sei, als marktmächtiges Unternehmen gerade erst recht in den Wettbewerbskampf eingestiegen. Die 175 Seiten, die Roth geschrieben hat, lesen sich wie das Protokoll einer Suche, wie das derzeit vielleicht mächtigste Unternehmen der Welt wirtschaftsrechtlich korrekt einzuordnen ist (Roth, 2016). Am Ergebnis darf gezweifelt

werden – das dynamische Recht ist letztlich auch nichts anderes als ein Trial-and-Error-Prozess.

Und so muss man nach einem anderen Ansatz nicht einmal lange suchen: Einmal über den Ärmelkanal, in Brüssel, wurde ein ganz ähnlich gelagerter Fall genau anders entschieden. 2010 leitete die Europäische Kommission eine Untersuchung gegen Google ein, die sich im Wesentlichen dagegen richtete, dass Google bei der Darstellung der Suchergebnisse seinen eigenen Preisvergleichsdienst Google Shopping gegenüber Preisvergleichsanbietern wie Idealo bevorzuge. Während Google Shopping stets auf Seite eins der Suchergebnisse angezeigt werde, ganz oben, würden alternative Anbieter in den Tiefen des Netzes auf Suchseite drei oder vier versteckt und damit aus dem Markt gedrängt. Die Europäische Kommission als Wettbewerbsbehörde brauchte sieben Jahre, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Sie entschloss sich 2017, Google mit einem Rekordbußgeld von 2,42 Milliarden Euro zu belegen und damit den Vorwurf zu verbinden, dass ein Verstoß gegen das Verbot vorliegt, Marktmacht missbräuchlich auszunutzen (Europäische Kommission, 2017).

Wer hat recht? Der besonnene Richter aus dem Vereinigten Königreich oder die ökonomisch und wettbewerbspolitisch bestens beschlagene Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission? Neue Fälle machen deutlich, wie stark die unterschiedlichen Überzeugungen wirken, bis sich das herausgebildet hat, was Juristen eine »herrschende Meinung« nennen.

4 Der Wettbewerb, den wir wollen

Die neuartigen Fälle werfen die Frage auf, welche Werte dem Wettbewerbsrecht zugrunde liegen. Die Begriffe, die in den Wettbewerbsgesetzen verwendet werden, sind ausfüllungsbedürftig. Im UWG steht als Grundlegung für geschäftliches Verhalten schlicht: »Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.« Was unlauter ist, muss jede Generation aufs Neue bestimmen. Ähnlich weit sind die Generalklauseln im Kartellrecht gefasst. Da sind der Missbrauch wirtschaftlicher Macht untersagt, die wesentliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse oder die Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen. Was aber ist ein Missbrauch, was ist eine Wettbewerbsbeschränkung? Wer diese Fragen beantworten will, muss um die Essenz der Marktwirtschaft ringen und klären, nach welcher Ordnung die knappen Ressourcen in der digitalen Gesellschaft verteilt werden sollen.

Wirtschaftsrecht hat das Funktionieren der Marktwirtschaft zu sichern. Gesetze, Gerichtsentscheidungen, Regeln müssen also dazu beitragen, dass

der Prozess der Einigung über die Verteilung knapper Güter reibungslos verläuft. Diesen Prozess steuert in einer freien Marktwirtschaft der Wettbewerb. Spätestens mit der Europäischen Grundrechtecharta ist klar, dass auch aus grundrechtlicher Sicht Freiheit und soziale Gerechtigkeit die bestimmenden Parameter bei der Ausgestaltung der Wirtschaft sein müssen. Wettbewerb ist nicht bloß ein technisches Mittel zum Zweck. Das Wettbewerbsprinzip ist vielmehr Ausdruck eines wirtschaftspolitischen Denkens, das die freie Entfaltung des Individuums und die gleichen Chancen für alle Marktteilnehmer in den Mittelpunkt rückt. Wettbewerb ist ein Prinzip der Freiheit.

Drei Aspekte aus dem Wertekanon des Wirtschaftsrechts sollen hier hervorgehoben werden, die in der digitalen Ökonomie zur Debatte stehen: Mündigkeit, Fairness und die Offenheit der Prozesse.

4.1 Mündigkeit

Die digitalen Helfer sind allerorten zu engsten Vertrauten geworden: Das Smartphone oder der »Digital Assistant«, etwa Siri oder Alexa, sind permanent erreichbar. Doch solche Hilfsmittel beschränken sich längst nicht mehr auf eine Rolle als Werkzeuge, sie sind vielmehr zu Entscheidungsträgern geworden. Wenn die Waschmaschine meldet, dass neues Waschpulver gebraucht wird, kann der digitale Assistent dieses automatisch bestellen. Einer Entscheidung, gar einer Auswahl bedarf es nicht mehr. Das ist bequem. Aber es ist auch eine schleichende Entmündigung. Denn immer häufiger werden dem Individuum Entscheidungen abgenommen. Das ist zunächst eine Beobachtung, die möglicherweise zu philosophischen Überlegungen Anlass gibt. Sie hat aber auch eine wirtschaftsrechtliche Komponente: Die Marktwirtschaft basiert darauf, dass die freien und informierten Entscheidungen der Individuen koordiniert werden. Das passiert am Markt: Person A signalisiert, dass sie bereit ist, für 100 Euro ein Paar Turnschuhe zu kaufen, und die Personen B, C und D signalisieren, dass sie bereit sind, für 100 Euro ein Paar Turnschuhe zu verkaufen. Der Markt führt diese Entscheidungen zusammen. Wenn aber Entscheidungen vermehrt von Maschinen getroffen werden, vielleicht solchen, die mit künstlicher Intelligenz begabt sind, dann geht das spezifisch Individuell-Autonome dieser Entscheidungen verloren. Es ist vielleicht effizient – je nach Programmierung –, aber es ist nicht mehr das Bild eines Wirtschaftsbürgers, der, um mit Immanuel Kant zu sprechen, den Ausgang aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit sucht.

Das Wirtschaftsrecht muss Entscheidungsfreiräume bewahren und den Einzelnen immer wieder befähigen, von vorgezeichneten Pfaden abzuweichen. Darin liegt insbesondere der Auftrag, technologische Abhängigkeiten und Lock-ins rechtlich zu durchbrechen.

4.2 Fairness

In Zeiten des globalen Kapitalismus mag das Bild des »ehrbaren Kaufmanns« altmodisch scheinen. In moderner Terminologie geht es aber um nichts anderes, wenn von »Fairness« die Rede ist – zentral geschützt im UWG, dort unter dem Stichwort »Lauterkeit«. Die Finanzkrise hat daran erinnert, dass Fairness für das Funktionieren der Marktwirtschaft essenziell ist. Das wusste schon Adam Smith, der schottische Moralphilosoph, der die Volkswirtschaftslehre erfunden hat.

Ein System von Transaktionen kann nur funktionieren, wenn sich die Geschäftspartner gegenseitig zumindest zu einem Minimum vertrauen können. Dieses Vertrauen muss rechtlich abgesichert werden, dazu dienen die Fairnessstandards, die beispielsweise im UWG gesetzt werden. Was passiert, wenn Wirtschaft ohne dieses moralische Minimum betrieben wird, hat die Finanzkrise eindrücklich vor Augen geführt: Profite wurden eingestrichen, Risiken aber weitergeschoben. Das funktioniert nicht dauerhaft, sondern muss kollabieren (Fikentscher et al., 2013).

Fairness hat zwar eine moralische Wurzel und Legitimation, die Anwendung des Prinzips ist aber ökonomisch auszufüllen. Auch hier gilt ein funktionaler Test: Muss eingegriffen werden, damit die Marktwirtschaft weiterhin funktioniert? Beispiel Instagram-Werbung: Wenn Werbung nicht mehr als solche erkennbar ist, führt das dann zu einem Fehlfunktionieren der Marktwirtschaft? Ja, das kann bei Schleichwerbung durchaus der Fall sein. Verbraucherentscheidungen, die auf einer falschen Informationsgrundlage wie dieser getroffen werden, führen zu einer Fehlallokation von Ressourcen.

Die digitale Ökonomie lädt manchen zum Missbrauch schnell geschenkten Vertrauens ein, etwa wenn Daten im großen Stil abgeschöpft werden, ohne dass der Nutzer einen adäquaten Gegenwert erhält. Geschäftsmodelle, die nicht verstanden werden, weil Algorithmen geschäftliche Vorgänge undurchschaubar strukturieren, untergraben Vertrauen. Internetportale, die mit Fake-Bewertungen ihre Reputation hochtreiben wollen, erschüttern Vertrauen.

Die Fairness hat aber auch Chancen durch das Netz: Vieles wird transparenter, nachvollziehbarer. Blockchain ermöglicht sogar die unerschütterliche Aufzeichnung von Transaktionen. Mitwirkungsmöglichkeiten des Einzelnen in der Wirtschaft sind eher gestiegen als gesunken. Das kann Vertrauen auch etablieren – das Fairness-Netz des Rechts wird dennoch gebraucht.

4.3 Offene Prozesse

Die (vermeintliche) Steuerbarkeit der digitalen Wirtschaft, ihre Programmierbarkeit, verführt zu einer rechtlichen Kurzschlussreaktion. Ökonomen haben

mit immer ausgefeilteren Modellen begonnen, Marktergebnisse zu berechnen. Die empirische Forschung hat große Sprünge gemacht. Es lässt sich heutzutage leichter vorhersagen, wie sich bestimmte Märkte, Unternehmen, Produkte entwickeln. Die großen Datenmengen, die dazu erforderlich sind, gibt es, und sie lassen sich dank rasanter IT-Technologie verarbeiten.

Im Kartellrecht hat dieser Ansatz zu einem sogenannten More Economic Approach geführt, zu einer Berechnung der Wirkungen von Verhaltensweisen bis ins kleinste Detail. Wenn heute die Europäische Kommission darüber zu befinden hat, ob Bayer und Monsanto ihr agrochemisches Geschäft zusammenlegen dürfen, wird diese Angelegenheit durch ökonomische Gutachten beleuchtet. Was passiert, wenn die beiden Unternehmen fusionieren? Was passiert, wenn sie es nicht tun? Und was passiert, wenn sie es in einer von der Europäischen Kommission vorgegebenen modifizierten Form tun? All das berechnen Ökonomen in großartigen Modellen. Die eigentlich normativ geprägte Entscheidung, ob es zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung kommt, wird zu einer empirisch basierten Schlacht der Gutachtermodelle. Das ist erst einmal eine Bereicherung.

Doch die Modelle verführen zu einem Regulierungsselbstbewusstsein, das Marktergebnisse geradezu herbeidesignen will (Roth, 2015). Der Wirtschaftsnobelpreisträger Friedrich August von Hayek hätte das »anmaßend« genannt. Für ihn ist der Wettbewerb ein »offenes Entdeckungsverfahren«, ein nicht berechenbarer Prozess (Hayek, 1994; 1996).

Die Aufgabe des Rechts ist es, offene Märkte zu sichern und dieses Entdeckungsverfahren zu ermöglichen. Doch Regelungsansätze, die auf offene Strukturen abzielen, geraten ins Hintertreffen. Sie müssen sich der Strahlkraft von Zahlen unterordnen, nach denen es nur so oder so sein kann, dass sich die Märkte so oder so entwickeln. Der Glaube ans Marktdesign hat manche Bereiche des Wirtschaftsrechts verändert. Wirtschaft ist eben mehr als die Zuweisung von Vermögenswerten und Ressourcen nach einem optimal designten Schlüssel. Der Kern der wirtschaftsrechtlichen Entscheidungen bleibt normativ – kein ökonomischer Gutachter kann der Richterschaft die Arbeit abnehmen.

5 Die Legislative ist gefordert

Wenn Konflikte aufbrechen und neue Wertvorstellungen die Rechtsordnung herausfordern, schlagen diese Probleme zuerst in der Rechtsprechung auf (Podszun, 2014). Richter ordnen die Wirtschaft dann mit den Maßstäben, die sie im Gesetz vorfinden. Doch irgendwann müssen die Gesetze angepasst

werden. Dabei ist Umsicht geboten: Was einmal in den Letzern einer europäischen Verordnung oder in einem deutschen Gesetz festgelegt ist, lässt sich schlecht ändern – und erweist sich möglicherweise später als unangemessen.

5.1 Die großen Themen

Drei Herausforderungen machen aktuell den Wettbewerbspolitikern besonders zu schaffen: Daten, Algorithmen, Plattformen.

Immer mehr Geschäftsmodelle operieren mit **Daten**. Leistungen werden zum Teil vermeintlich unentgeltlich erbracht, das heißt, Nutzer zahlen mit ihrer Aufmerksamkeit oder ihren Daten, aber selten mit Geld (Beispiel: Facebook). Hier stößt die Wettbewerbspolitik an ihre Grenzen, da die Gesetze für die Erfassung von Wettbewerbssituationen stark auf Preise und Umsätze ausgerichtet sind. Zu entscheiden ist hier, wie Daten als Faktor des Wettbewerbs einsortiert werden können. Die gelegentlich bemühte Analogie »Daten als Öl des 21. Jahrhunderts« trägt nur begrenzt: Daten sind nicht rival, sie können – anders als Öl – von mehreren Personen genutzt werden, ohne an Wert zu verlieren. Die Brauchbarkeit der Information leidet nicht darunter, wenn ein anderer Akteur bereits mit diesen Informationen gearbeitet hat. Wettbewerbslich höchst relevant wird auch die Frage, wie der Gesetzgeber den Zugang zu Daten regelt. Die Schaffung eines Schutzrechts für Daten, mit dem Daten einer Person exklusiv zugewiesen werden, wäre dabei nach derzeitigem Stand der Forschung für die wettbewerbliche Entwicklung eher hinderlich (Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, 2016).

Die Nutzung von **Algorithmen** und künstlicher Intelligenz ermöglicht immer genauere und intelligentere Entscheidungen und Zuordnungen. Verloren geht das Element individueller Willkür oder unternehmerischen Eigensinns. Dabei ist das der große Freiheitsimpuls, der wirtschaftlicher Aktivität zugrunde liegt. Für den Wettbewerb wird essenziell sein, wie die Wirtschaftspolitik künstliche Intelligenz und den Einsatz von Algorithmen reguliert. Zunächst ist zu fordern, dass es größere Transparenz über die Nutzung solcher Instrumente gibt, damit das Vertrauen in ökonomische Entscheidungen nicht untergraben wird. Darüber hinaus muss eine knifflige Frage gelöst werden: Wie geht man mit Algorithmen um, die sich zu Wettbewerbsdämpfungen » verabreden«? Im Online-Handel wird sich dieses Problem als Erstes stellen (Ezrachi/Stucke, 2016). Noch weitergehend lässt sich überlegen, wie viele Entscheidungen von Menschen getroffen werden müssen – auf dass zumindest eine Letztverantwortlichkeit (und damit juristisch eine Haftung) begründet werden kann. Technologische Pfade, die von Unternehmen angelegt werden, müssen aufgebrochen werden.

Die am weitesten fortgeschrittene Entwicklung ist die der Plattformökonomie. In immer mehr Märkten übernehmen **Plattformen** das sogenannte Matching

zwischen Angebot und Nachfrage. Dadurch werden Transaktionskosten reduziert, etwa wenn ein zentraler Dienst als Vermittlungsplattform von Restaurants und Kunden agiert, die gerne mit Essen beliefert werden möchten. Zahlreiche digitale Unternehmen sind in erster Linie als digitale Plattformen erfolgreich, von Airbnb über Uber bis Google. Sie führen Leistungen und die Nachfrage danach zusammen. Das bedeutet für zahlreiche Unternehmen aber auch, dass nicht mehr der Wettbewerb um den Kunden im Mittelpunkt des Wirtschaftslebens steht, sondern der Kampf darum, zu einträglichen Konditionen auf einer Plattform vertreten zu sein. Das gilt zumindest dann, wenn eine Plattform im Markt so mächtig geworden ist, dass nur noch über diese Plattform Zugang zum Kunden erlangt werden kann – der Markt ist dann gekippt (»Tipping«) (Bundeskartellamt, 2016; Monopolkommission, 2015). Die Plattformökonomie funktioniert aufgrund der starken Netzwerkeffekte zwischen den Teilnehmern an der Plattform. Dies ist eine industriepolitische Herausforderung für ein Land wie Deutschland, in dem zahlreiche produzierende Industrieunternehmen das Rückgrat der Wirtschaft bilden, nicht aber digitale Dienstleistungsanbieter. Aber auch wettbewerbspolitisch liegt hier eine Gefahr. Wenn immer mehr Märkte kippen und einzelne Plattformen immer mächtiger werden, wird der Wettbewerb in die Peripherie abgedrängt, dorthin, wo es um den Zugang zur Plattform geht. Nicht mehr der Wettbewerb koordiniert dann die Einzelpläne der Individuen, sondern die Plattform mit ihrem Datensatz. Plattformregulierung wird damit zu einer zentralen Aufgabe der Wettbewerbspolitik.

5.2 Erste Antworten

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2017 als erster Gesetzgeber weltweit in der Wettbewerbspolitik auf die neuen Phänomene reagiert (Kersting/Podszun, 2017). Das Bundeswirtschaftsministerium hat sich international als Vorreiter für die Regulierung der digitalen Ökonomie positioniert (BMW, 2016). In das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde eine Regelung aufgenommen, dass ein Markt auch dann vorliegen kann, wenn der Leistungsaustausch unentgeltlich erfolgt (§ 18 Abs. 2a GWB). Damit ist klargestellt, dass auch die Leistungen in der Datenwirtschaft einer kartellbehördlichen Kontrolle zugänglich sind. Hier hätte sonst die Gefahr gedroht, dass ein blinder Fleck der Wettbewerbspolitik entsteht.

Für die Definition von Marktmacht, dem wesentlichen Thema des freien Wettbewerbs, hat der Gesetzgeber neue Kriterien aufgenommen. In § 18 Abs. 3a GWB steht nun, dass bei der Würdigung von Marktmacht etwa der Zugang zu Daten, Netzwerkeffekte oder der Wechsellaufwand für Nutzer von einer zu einer anderen Plattform zu berücksichtigen sind. Damit führt der Gesetzgeber die Marktmachtüberlegungen ins 21. Jahrhundert. Die Norm ist ein gelunge-

nes Beispiel für eine zeitgemäße Ausfüllung eines Begriffs, der an Aktualität nichts verloren hat, aber der Neuinterpretation durch Kartellbehörden und Gerichte bedarf. Die Rechtsanwender erhalten mit dem Gesetz neue Begriffe, an denen sie sich abarbeiten können – und einen eindeutigen Auftrag, der Digitalisierung der Ökonomie Rechnung zu tragen.

Die Wechselkosten für Nutzer beim Übergang von einer zu einer anderen Plattform sind dabei für den Wettbewerb besonders interessant. Denn nur, wenn Nutzer eine Auswahlmöglichkeit haben, kann der Wettbewerb in Gang gesetzt werden. Ein Vorbild auf europäischer Ebene gibt es hier in der Datenschutzgrundverordnung VO (EU) 2016/679, in der der Grundsatz der Datenportabilität festgeschrieben ist: Nutzer müssen in die Lage versetzt werden, ihre persönlichen Daten zu einem anderen Anbieter zu verlagern – etwa wenn sie ihre Gesundheitsdaten auf einer E-Health-Plattform gespeichert haben. Wie das in der Praxis funktioniert und ob eine solche Portabilitätspflicht auch für Unternehmen der Industrie 4.0 eingeführt wird, zeigt sich ab Mai 2018, wenn die Datenschutzgrundverordnung europaweit in Kraft tritt.

Neu ins GWB aufgenommen wurde auch eine Anmeldepflicht bei Unternehmenskäufen, wenn der Kaufpreis über 400 Millionen Euro liegt. Bislang waren Fusionen nur dann beim Bundeskartellamt anzumelden, wenn die beteiligten Unternehmen bestimmte Mindestumsätze erreichten. Der Fall Facebook/WhatsApp fiel durch die Maschen: Denn der sagenhafte Kaufpreis von 19 Milliarden US-Dollar, den Facebook zahlte, hatte mit den Umsätzen des kostenlosen und höchst erfolgreichen Messenger-Dienstes nicht viel zu tun. Die Transaktion wurde mit einigen Spitzfindigkeiten schließlich der Kontrolle durch die Europäische Kommission unterworfen, die den Zusammenschluss allerdings ohne Auflagen freigab (Europäische Kommission, 2014). Mit der neuen Aufgreifschwelle in der deutschen Zusammenschlusskontrolle sichert sich der Gesetzgeber den Blick auf neuartige Fusionsfälle, in denen entscheidende Weichen für den Wettbewerb gestellt werden, ohne dass es sich um eine klassische Großfusion handelt. Denn wenn ein Unternehmen bereit ist, astronomische Summen für ein Start-up ohne nennenswerte Umsätze zu zahlen, ist zu vermuten, dass die volkswirtschaftliche Bedeutung so groß ist, dass die Wettbewerbsbehörde zumindest einen Blick auf den Fall werfen können sollte.

5.3 Freiburger Schule 4.0

Mit solchen Änderungen arbeitet sich der Gesetzgeber Stück für Stück vorwärts in der digitalen Ökonomie. Immer zu spät, immer mit der Unsicherheit, dass die Regelung vielleicht zu weit geht oder nicht weit genug. Das ist aber einer Gesetzgebung immanent. Sie ist in Zeiten starker Veränderung dann erst recht darauf angewiesen, dass Gerichte und Behörden ihre Rolle wahrnehmen, die Gesetze passend auszulegen. Ohnehin muss überlegt werden,

ob es nicht in der Gesetzgebung viel stärker Entwicklungselemente geben sollte – befristete Regelungen, Experimente, Optionen. Das ist für das Recht allerdings eine noch größere Herausforderung: sich selbst disruptiv zu wandeln oder zumindest zu öffnen für Schritte der Evolution.

Dabei muss dann der Blick auch auf die Durchsetzung des Rechts gerichtet werden, denn Recht besteht nicht nur aus materiellen Vorgaben, sondern hat neben der inhaltlichen Regelung immer auch eine formale Seite, die der Durchsetzung. Und auch in diesem Teil gerät hergebrachtes Recht im digitalen Zeitalter in die Bredouille. Die lange Verfahrensdauer im Fall Google Shopping steht nur symbolisch für die Schwierigkeit von Behörden und Gerichten, mit aktuellen Phänomenen Schritt zu halten. (Berichtet wird, dass die Europäische Kommission eigens externe Serverkapazitäten anmieten musste, um die Datenflut, die Google in dem Fall lieferte, überhaupt speichern zu können.) Ein Schlüsselbegriff in diesem Zusammenhang ist Legal Tech, also die Nutzung neuer Technologien für die Rechtsanwendung. Eine Rechtsordnung, die es mit den Unternehmen aus dem Silicon Valley aufnehmen will, muss diesen in technologischer Hinsicht ebenbürtig sein. Neu auszutarieren ist vielleicht auch das Verhältnis von behördlicher Rechtsdurchsetzung und den Klagen von Privatleuten.

So steht das Recht im Jahr 26 des World Wide Webs vor gigantischen Herausforderungen. Zu klären ist, was der normative Gehalt sein soll, der in einem modernen Wettbewerbsrecht seinen Niederschlag findet. Diese gesellschaftliche Daueraufgabe braucht einen engagierten Diskurs über den Zweck der Wirtschaft und die Rolle des Wettbewerbs darin. Doch nicht einmal das genügt. Die Regeln, die gefunden werden, müssen dann auch durchsetzbar sein. Das Wirtschaftsrecht selbst wird zu einem Objekt des Wandels, offen für Innovationen, dynamisch, aber immer basierend auf einem bestimmten Menschenbild, Gesellschaftsbild, Weltbild.

Die ersten Schritte, die hier aufgezeigt wurden, werden nicht reichen, um Freiheit und Chancengleichheit im Wirtschaftsrecht zu erhalten. Bei aller gesetzgeberischen Aktivität (und allem Aktionismus) ist immer auch zu bedenken, dass die Digitalisierung in erster Linie einen großen Aufbruch bedeutet, eine Eröffnung von Chancen. Das Ersticken innovativer Ideen durch Bürokratie oder Überregulierung ist zu vermeiden. Es kommt darauf an, das Gleichgewicht von ökonomischer Entfaltung aus einem unternehmerischen Geist heraus und dem normativen Anspruch der Verfassung zu finden.

Diese Aufgabe braucht viele Akteure, nicht zuletzt die Wissenschaft. Als Deutschland nach 1945 als eine freie Marktwirtschaft wieder aufgebaut wurde, waren es die Ökonomen und Juristen um Walter Eucken und Franz Böhm, die

mit einem moralischen Anspruch die Regeln für eine freie Wirtschaft formulierten. Sie entwarfen einen Ordnungsrahmen, der den Unternehmen sichere Rahmenbedingungen vorgab, große Freiheiten einräumte, aber der auch das Primat des Staates sicherte. Das ordoliberalen Modell passt für eine globalisierte und digitale Weltwirtschaft so nicht mehr. Aber der wertbewusste Impetus dieser Denker ist alles andere als überholt. Ihre Ideen fanden Eingang ins GWB und in die UWG-Rechtsprechung und haben zum Wirtschaftswunder beigetragen. Im 21. Jahrhundert bedarf es eines neuen Ordnungsrahmens, vielleicht auch eines regulatorischen Netzwerks: Freiburger Schule 4.0, sozusagen.

Das Wichtigste in Kürze

- Durch die Digitalisierung ändert sich die Wirtschaft. Neue wirtschaftsrechtliche Regeln werden erforderlich. Im Fokus dieses Kapitels stehen Regeln für den Wettbewerb.
- Mit den vorhandenen Instrumenten löst die Rechtsprechung wettbewerbsrechtliche Probleme. In manchen Fällen – Beispiel Influencer-Marketing – ist das eher weniger problematisch, in anderen Fällen – Beispiel Uber – stößt die Rechtsprechung damit an Grenzen.
- Besonders schwierig ist der Umgang mit marktmächtigen und finanzstarken Konzernen.
- Wettbewerb ist ein wertgebender Mechanismus, der die Marktwirtschaft steuert.
- Drei Schlüsselthemen für den Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft sind Mündigkeit (also die Entscheidungshoheit des Einzelnen und seine Unabhängigkeit von technologischen Pfaden), Fairness (insbesondere bei algorithmischen und datenbasierten Geschäftsmodellen) sowie die Ermöglichung offener Prozesse (entgegen Tendenzen zum Marktdesign).
- Rechtsprechung und Behörden brauchen die Unterstützung des Gesetzgebers. Antworten sind vor allem nötig bei der Regelung von Big Data, Algorithmen und künstlicher Intelligenz sowie Plattformen.
- Der deutsche Gesetzgeber hat sich bereits aktiv in diese Debatte eingeschaltet.
- Nötig ist ein Konzept für eine freie Marktwirtschaft 4.0. Dieses muss evolutionäre und experimentelle Elemente enthalten – eine echte Herausforderung für das Recht.

Literatur

BMWi – Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2016, Weißbuch Digitale Plattformen, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=8 [25.10.2017]

Bundeskartellamt, 2016, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [25.10.2017]

Europäische Kommission, 2014, Fall M.7217, Freigabe vom 3.10.2014 – Facebook/WhatsApp, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_7217 [25.10.2017]

Europäische Kommission, 2017, Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 2,42 Mrd. EUR gegen Google, Pressemitteilung, 27.6.2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_de.htm [25.10.2017]

Ezrachi, Ariel / **Stucke**, Maurice, 2016, Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, Cambridge (Mass.)

Fikentscher, Wolfgang / **Hacker**, Philipp / **Podszun**, Rupprecht, 2013, FairEconomy. Crises, Culture, Competition and the Role of Law, Heidelberg

Hayek, Friedrich A. von, 1994, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., Freiburger Studien, Tübingen, S. 249–265

Hayek, Friedrich A. von, 1996, Die Anmaßung von Wissen, Tübingen

Kersting, Christian / **Podszun**, Rupprecht (Hrsg.), 2017, Die 9. GWB-Novelle, München

Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, 2016, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, Positionspapier, http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI-Stellungnahme_Daten_2016_08_16_final.pdf [25.10.2017]

Monopolkommission, 2015, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten, Nr. 68, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf [25.10.2017]

Podszun, Rupprecht, 2014, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte. Evolution und Legitimation der Rechtsprechung in deregulierten Branchen, Tübingen

Podszun, Rupprecht, 2016, Neue Impulse für ein globalisiertes Kartellrecht, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Nr. 4/2016, S. 360–387

Roth, Alvin E., 2015, Who gets what – and why. The New Economics of Matchmaking and Market Design, Boston (Mass.)

Roth, Peter, 2016, Judgment in Streetmap.EU Ltd v Google Inc. and others, 12.2.2016, England and Wales High Court Decisions 253 (Chancery Division), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/253.html> [25.10.2017]

Schirmmacher, Frank (Hrsg.), 2015, Technologischer Totalitarismus. Eine Debatte, Berlin

Süddeutsche Zeitung, 2017, Influencer – die neue Wirtschaftsmacht, 9.9.2017, S. 15

Wüsthof, Lucas, 2015, Uber in Germany, in: Journal of European Consumer and Market Law, 4. Jg., Nr. 1-2, S. 60