

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 43

Marktermöglichung durch Recht im Digitalen Zeitalter

Herausgegeben von

**Robert Freitag
Jochen Hoffmann
Franz Hofmann
Klaus Ulrich Schmolke**



Duncker & Humblot · Berlin

ROBERT FREITAG, JOCHEN HOFFMANN,
FRANZ HOFMANN, KLAUS ULRICH SCHMOLKE

Marktermöglichung durch Recht im Digitalen Zeitalter

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 43

Marktermöglichung durch Recht im Digitalen Zeitalter

Herausgegeben von

Robert Freitag
Jochen Hoffmann
Franz Hofmann
Klaus Ulrich Schmolke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-18789-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58789-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

<i>Robert Freitag/Jochen Hoffmann/Franz Hofmann/Klaus Ulrich Schmolke</i> Marktermöglichung durch Recht im Digitalen Zeitalter. Eine Einführung . . .	7
<i>Jochen Hoffmann/Franz Hofmann</i> Was sind digitale Märkte?	19
<i>Andreas Maier/Siming Bayer</i> Künstliche Intelligenz als Marktteilnehmer. Technische Möglichkeiten	37
<i>Miriam C. Buiten</i> Desinformationsbekämpfung und Vielfaltsicherung durch Online-Plattformen. Ziele und Grenzen der EU-Plattformregulierung	47
<i>Johannes W. Flume</i> On and off markets. Marktpreise als Referenzpunkte zivilrechtlichen Denkens	83
<i>Stefan Korch</i> Börsenpreise als Maßstab für Abfindungsleistungen	111
Autorenverzeichnis	133

Marktermöglichung durch Recht im Digitalen Zeitalter

Eine Einführung

*Robert Freitag/Jochen Hoffmann/Franz Hofmann/
Klaus Ulrich Schmolke*

I. Hintergrund und Anliegen

Die letzten Jahrzehnte sind durch einen rasanten technologischen Fortschritt in der elektronischen Datenverarbeitung gekennzeichnet. Entwicklungen auf dem Gebiet der Programmierung (Software) als auch der Gerätekonstruktion und -produktion (Hardware) haben dazu geführt, dass heute nicht nur Unmengen von Daten angehäuft, sondern auch sinnhaft gefiltert und prozessiert werden können. Die hieraus folgenden wirtschaftlichen Möglichkeiten haben neue Geschäftsmodelle entstehen lassen, die landläufig mit den „Big Five“-Unternehmen Alphabet (Google), Amazon, Apple, Meta Platforms (Facebook) und Microsoft verbunden werden.¹ Besonders wirkmächtig sind dabei solche Geschäftsmodelle, die eine Infrastruktur bereithalten, auf der Nachfrager und Anbieter verschiedener Leistungen miteinander in Kontakt gebracht werden bzw. aufeinandertreffen (sog. Plattform-Ökonomie). Auch wenn diese „Plattformen“ sehr verschieden ausgestaltet sein können, so stellen doch die hierbei wirkenden Netzwerkeffekte eine hervorstechende und verbindende Eigenschaft dar: Je mehr Teilnehmer die Plattform anzieht, desto attraktiver wird die dort angebotene Leistung. Plattformbetreiber neigen ferner dazu, die errungenen Netzwerkvorteile und das damit generierte „Datenreservoir“ für die Expansion in zusätzliche Geschäftsfelder zu nutzen (man denke etwa an das umfassende „Ökosystem“, das Apple um seine Hardware-Produkte konzipiert hat oder an das Angebot von Zahlungsdienstleistungen durch Google Pay oder Amazon Pay) und so ihr Netzwerk und ihre Marktmacht zu vergrößern. Gleichzeitig versuchen sich die etablierten Waren- und Dienstleistungsanbieter digital zu ertüchtigen und arbeiten dabei

¹ Vgl. zu dieser Entwicklung auch ESA, Joint European Supervisory Authority response, 31 January 2022, ESA 2022 01, Rn. 42 ff. m.N. unter den Rubriken „Increased availability of data“ und „Increased computing capabilities“.

häufig mit Technologieunternehmen zusammen. Dies betrifft namentlich den Finanzdienstleistungsbereich,² aber auch klassische Industriezweige wie etwa die Automobilbranche, die im Zuge von Digitalisierung und Vernetzung nicht nur ihre Produktion an die geänderten Gegebenheiten anpasst, sondern auch als Datenlieferant eine erhebliche Rolle spielt und immer mehr vernetzte Angebote in den Fahrzeugen offeriert.³ Derweil zeichnet sich der nächste Entwicklungsschritt auf dem Gebiet der künstlichen Intelligenz (KI) bzw. des maschinellen Lernens bereits ab und wird mit großem Aufwand vorangetrieben.

Die Übersetzung der großen Innovationen der digitalen Datenverarbeitung in marktgängige Produkte und Dienstleistungen verspricht zunächst manifeste Effizienzgewinne: Digitale Lösungen senken Such- und Transaktionskosten für die Marktteilnehmer und schaffen neue nutzenstiftende Produkte und Leistungen. Freilich ist die digitale Transformation der Märkte in ihren Wirkungen durchaus ambivalent; sie kann auch erhebliche Risiken und Nachteile für den Einzelnen wie auch für den Marktmechanismus insgesamt begründen, die unter II. näher zu thematisieren sind. Für den Juristen stellt sich vor diesem Hintergrund sogleich die Frage nach einem hieraus folgenden rechtlichen Handlungsbedarf (näher unter III.).

II. Die digitale Transformation der Märkte – Ausprägungen

Im Folgenden gilt es, einige besonders hervorstechende Eigenarten der digitalen Transformation von Märkten darzustellen, die unter den bereits erwähnten Aspekten der Selbstbestimmung und Wohlfahrt der Nutzer (vor allem der Verbraucher) nicht allein Chancen, sondern auch Risiken bergen.

1. Vermachtung durch Netzwerkeffekte

Die vielleicht hervorstechendste Eigenschaft der Plattform-Ökonomie sind die hierbei wirkenden Netzwerkeffekte: Je mehr Teilnehmer die Plattform anzieht, desto attraktiver wird die dort angebotene Leistung für alle Nutzer.⁴ Das hat zunächst unbestreitbare Vorteile.⁵ Allerdings setzen diese Netzwerkeffekte eine Dynamik der Marktkonzentration in Gang, die den Marktzugang

² S. speziell für den Finanzdienstleistungsmarkt ESA, Joint European Supervisory Authority response, 31 January 2022, ESA 2022 01, Rn. 40 und öfter.

³ S. etwa *Dremel*, Understanding the Organizational Implications of Big Data Analytics in the Automotive Industry, 2019.

⁴ S. etwa *Basedow*, ZEuP 2021, 217, 218; *Schweitzer*, JZ 2022, 16.

⁵ S. wiederum nur *Basedow*, ZEuP 2021, 217, 218; *Schweitzer*, JZ 2022, 16.

für neue Wettbewerber erschwert. Schweitzer hat dies kürzlich wie folgt beschrieben:

„Die positiven Netzwerkeffekte der Plattform treiben das Nutzerwachstum an. Damit erweitert sich der Zugriff auf Verbraucherverhaltensdaten. Diese Daten ermöglichen eine Verbesserung und immer weitergehende Personalisierung der Dienste, und können auf diese Weise den Zutritt von Wettbewerbern auf diese Märkte erschweren.“⁶

Ferner können die große Teilnehmerzahl und das Leistungsprofil einer Plattform dazu führen, dass Teilnehmer oder Kunden auf die Dienste der Plattform zunehmend angewiesen sind. Sie können sich ihr dann nicht mehr zu vernünftigen Konditionen entziehen (*Lock-in-Effekt*).⁷ Insgesamt drängen die angesprochenen Netzwerkeffekte zu einer Vermachtung der Märkte.⁸

2. Preispersonalisierung

Während Netzwerkeffekte bereits aus der vordigitalen Zeit bekannt sind, ist es ein echtes Novum der datenbasierten Digitalwirtschaft, dass sie Preisdiskriminierung ersten Grades ermöglicht.⁹ Es werden also auf den Einzelnen zugeschnittene „personalisierte“ Preise möglich (dazu auch der Beitrag von J. W. Flume in diesem Band, S. 83 ff., unter I.), die dem Reservationspreis der einzelnen Kunden bzw. Verbraucher entsprechen.¹⁰ Die Anpassung der Preise an die individuellen Präferenzen der Kunden verhindert zwar die Wohlfahrtsverluste eines *pooling equilibrium*, da so auch Kunden mit einer geringeren Zahlungsbereitschaft (die oberhalb der variablen Kosten liegt) bedient werden können.¹¹ Wenn aber die jeweiligen Reservationspreise verlangt werden, führt dies zur vollständigen Abschöpfung der Renten auf der Nachfrageseite, also auch der vollständigen Konsumentenrente.¹²

⁶ Schweitzer, JZ 2022, 16; s. auch Basedow, ZEuP 2021, 217, 218: „Monopolisierungstendenzen“.

⁷ Mit Blick auf personalisierte Angebote Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220, 239 f. S. dazu noch unter III.

⁸ Basedow, ZEuP 2021, 217, 218.

⁹ Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220, 224 unter Verweis auf Ezech/Stucke, 37 (12) ECLR 2016, 485, 485 f.

¹⁰ S. dazu etwa Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220, 224 f.; ausführlich ferner Zurth, AcP 221 (2021), 515; Hennemann, AcP 219 (2019), 819; Hofmann, WRP 2016, 1074.

¹¹ Hofmann, WRP 2016, 1074.

¹² Ganz richtig Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220, 225 f.; s. dazu allgemein Schmolke, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, Rn. 293.