

Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft

Herausgegeben von
CHRISTOPH KRÖNKE

Internet und Gesellschaft

15

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von

Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

15



Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft

Ausgewählte Fragen des Öffentlichen Wirtschafts-,
Informations- und Medienrechts

Herausgegeben von
Christoph Krönke

Mohr Siebeck

Christoph Krönke, geboren 1983 in Tett nang (Bodensee); Abitur 2002 in Wangen (Allgäu); 2003–2009 Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und München; 2013 Promotion zum Dr. jur. (LMU München); 2012–2014 Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk München; 2015–2016 wissenschaftlicher Mitarbeiter, seit 2017 Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht (Prof. Dr. Martin Burgi).

Die Drucklegung dieses Bandes wurde finanziert durch das Center for Advanced Studies (CAS) der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU).

ISBN 978-3-16-158289-9 / eISBN 978-3-16-158290-5

DOI 10.1628/978-3-16-158290-5

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

<i>Christoph Krönke</i> Einführung: Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft	1
Teil 1: Wirtschaftsbedingte Veränderungen im Recht der Digitalisierung	11
<i>Meinhard Schröder</i> „Paradigm Shift“ im Datenschutzrecht? – Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumente in der Datenschutz- Grundverordnung	13
<i>Katharina Reiling</i> Transnationale Ordnung der Digitalwirtschaft durch die Datenschutzgrundverordnung	29
Teil 2: Digitalisierungsbedingte Veränderungen im Recht der Wirtschaft	61
<i>Christoph Krönke</i> „More Digital Approach“: Überlegungen zu einer funktionsgerechten Regulierung digitaler Plattformen am Beispiel der Sharing Economy . . .	63
<i>Rike Krämer-Hoppe</i> Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Anforderungen an eine gute Regulierung plattformbasierter Wirtschaft am Beispiel der Kurzzeitvermietung von Wohnraum	73
<i>Albert Ingold</i> Regulativer Wettbewerbsschutz der digitalen Medienwirtschaft: Grenzen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Internet	99

Teil 3: Digitalwirtschaftliche Elemente staatlicher Regulierung 123

Gabriele Buchholtz

Legal Tech und die Herausforderungen einer guten Regulierung 125

Yoan Hermstrüwer

Algorithmische Verteilungsmechanismen im Infrastrukturrecht 145

Einführung: Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft

Christoph Krönke

I. Digitale Wirtschaft und staatliche Regulierung – ein „blinder Fleck“ der öffentlich-rechtlichen Forschung

Digitalisierung wird vorwiegend durch Unternehmen der sogenannten Digitalwirtschaft vorangetrieben, welche die Produkte und Dienste entwickeln und anbieten, die in mittlerweile nahezu allen Lebensbereichen Digitalisierungsprozesse bewirkt oder befördert haben. Schon längst sind die Angebote der „Big Five“ der Internetwirtschaft (u. a. Google, Amazon und Facebook) aus dem Alltag kaum mehr wegzudenken, und auch vermeintlich digitalisierungsfeste „analoge“ Branchen wie das Taxigewerbe (Uber) und das Beherbergungswesen (Airbnb) werden teilweise von digitalen Plattformen bewirtschaftet. Unterscheidet man entlang der Informationsbeziehungen – einerseits – den staatlichen Binnenbereich und die Beziehungen zwischen Staat und Bürgern als solchen von – andererseits – der Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, hat zweifelsohne der letztgenannte Bereich eine Führungsrolle im Gesamtprozess der Digitalisierung übernommen.¹ Digitale Innovationen werden vor allem im wirtschaftlichen Bereich generiert und greifen typischerweise von dort aus auch über in andere Bereiche, etwa in die öffentliche Verwaltung.

In Anbetracht dieses Befundes verwundert es, dass die Zugriffe der (öffentlich-)rechtlichen Forschung auf die Digitalisierung primär über (im weiteren Sinne) *sicherheitsrechtliche* Pfade verlaufen (Datenschutz und IT-Sicherheit² sowie die

¹ Vgl. zur Unterscheidung dieser Informationsbeziehungen grundlegend *F. Schoch*, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 57 (1998), S. 158 (160 ff.), der die „Informatisierung“ der Wirtschaft als „Ausgangspunkt“ der Informatisierung von Staat und Gesellschaft insgesamt betrachtete (S. 162) und dem wirtschaftlichen Sektor insoweit bereits damals eine „Vorreiterrolle“ zuschrieb (Fn. 15).

² Vgl. etwa den Beitrag „Informationssicherheitsrecht – IT-Sicherheitsgesetz und NIS-Richtlinie als Elemente eines Ordnungsrechts für die Informationsgesellschaft,“ von *T. Wischmeyer*, Die Verwaltung 50 (2017), 155 ff.

sicherheitsbehördliche Überwachung³) oder auf das *Verhältnis von Staat und Staatsbürgern als solchen* fokussieren (Bürgerbeteiligung und E-Government⁴, Informationsfreiheit und Transparenz)⁵. Es erscheint mindestens ebenso naheliegend, auch das Öffentliche Wirtschaftsrecht in den Blick zu nehmen, verstanden als das mit der Regulierung von Infrastrukturen, der Überwachung und Förderung des (digitalen) Wirtschaftsgeschehens sowie der eigenen Teilnahme des Staates als Marktakteur befasste Öffentliche Recht.⁶ Das so als Querschnittsmaterie ausgebreitete (Öffentliche) Recht der digitalen Wirtschaft betrifft sicherlich *auch*, aber deutlich *mehr* als nur Datenschutz, IT-Sicherheit und E-Government. Ein Blick auf die Nachbardisziplinen und insbesondere das Zivilrecht unterstreicht das Bedürfnis nach einem solchen wirtschaftsrechtlichen Zugriff, denn dort ist die Forschung schon deutlich weiter fortgeschritten als im Öffentlichen Recht: Im Kartellrecht etwa werden die ökonomischen Auswirkungen von Plattform- und Datenmärkten intensiv verarbeitet⁷ und Wettbewerbsverstöße durch intelligente Systeme durchgespielt⁸. Im allgemeinen Zivilrecht⁹ prägen Fragen wie die Konstruktion von *smart contracts*¹⁰ und Verträge über digitale Güter¹¹, die Anerkennung digitaler juristischer Personen¹² und das Dateneigentum¹³ schon längst das Gespräch der Gegenwart. Und auch das Arbeitsrecht steht inmitten der Bewältigung der Digitalisierungsfolgen für das Arbeitsleben, etwa mit Blick auf die Einordnung der unterschiedlichen Formen von *crowdworking* oder des digitalisierten Arbeitskampfes.¹⁴ All dies sind bereits beachtlich ausgearbei-

³ Vgl. beispielhaft etwa *M. Heidebach*, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, 593 ff.

⁴ Vgl. dazu grundlegend *M. Eifert*, Electronic Government – Das Recht der elektronischen Verwaltung, 2006, sowie jüngst die Referate von *A. Gucklberger* und *H. Kube* in VVDStRL 78 (2019), S. 235 ff. u. 289 ff.

⁵ Vgl. in diesem Sinne etwa *I. Pernice*, Die Verfassung der Internetgesellschaft, in: A. Blakenagel (Hrsg.), Den Verfassungsstaat nachdenken, 2014, S. 171 (188 ff.); *ders.*, Die Politik und die Internet-Gesellschaft, in: FS für M. Kloepfer, 2013, S. 715 (726 ff.).

⁶ Vgl. ähnlich *F. Schoch*, VVDStRL 57 (1998), S. 158 (209); *F.C. Mayer*, Europäisches Internetverwaltungsrecht, in: J.P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 25 Rn. 75.

⁷ Siehe eingehend bereits BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016. Als Folge wurden u. a. Regelungen des GWB angepasst, vgl. dazu etwa *R. Podszun/U. Schwalbe*, NZKart 2017, 98 ff.

⁸ Vgl. etwa *M. Hennemann*, ZWeR 2018, 161 ff.

⁹ Vgl. allgemein vor allem die grundlegende Untersuchung von *F. Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A für den 71. Deutschen Juristentag 2016.

¹⁰ Vgl. *D. Paulus/R. Matzke*, ZfpW 2018, 431 ff.

¹¹ Vgl. *M. Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 ff.

¹² Vgl. *R. Schaub*, JZ 2017, 342 ff.

¹³ Vgl. *M. Amstutz*, AcP 218 (2018), 438 ff.

¹⁴ *H. Oetker*, JZ 2016, 817 ff.; *R. Giesen/J. Kersten*, Arbeit 4.0, 2018.

tete Bausteine eines privaten Rechts der digitalen Wirtschaft, die sich nach und nach zu einem geschlossenen Gesamtwerk zusammenfügen. Die Erarbeitung eines Konzepts für das *Öffentliche* Recht der digitalen Wirtschaft, das die Wirkungszusammenhänge zwischen öffentlich-rechtlicher *Regulierung*¹⁵ einerseits und den Funktionsbedingungen der *Digitalwirtschaft* andererseits in den Blick nimmt, erscheint demgegenüber noch weithin als Desiderat.¹⁶

Vor diesem Hintergrund legt sich die vorliegende Sammlung auf einen in großen Teilen noch „blinden Fleck“ der digitalisierungsbezogenen Forschungen zur Regulierung und greift einige besondere Themen eines (noch zu konzipierenden) „Öffentlichen Digitalwirtschaftsrechts“ heraus. Dabei kann gewiss keine Vermessung des gesamten öffentlichen Rechts der digitalen Wirtschaft nach systematischen und strukturellen Gesichtspunkten geleistet werden. Vielmehr möchte der Band plastisches Anschauungsmaterial aus jenem Bereich sammeln und ausschnittsweise vorstellen, analysieren und bewerten. Es soll insofern das Gesamtpotenzial des Öffentlichen Digitalwirtschaftsrechts ausgeleuchtet werden. Die hier zusammengetragenen Texte beruhen dabei ganz überwiegend auf den Referaten, die die Verfasser der Beiträge im Rahmen eines Workshops zur „Regulierung der Digitalwirtschaft“ am 19. und 20. Juli 2018 am Center for Advanced Studies (CAS) der Ludwig-Maximilians-Universität München vorgetragen haben. Organisiert wurde die Veranstaltung vom Herausgeber des Bandes, der im Sommersemester 2018 als „Junior Researcher in Residence“ am CAS sein Habilitationsprojekt zum Thema „Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht“ voranbringen durfte.

II. Wirkungszusammenhänge zwischen Regulierung und Digitalwirtschaft

Die wechselseitigen Wirkungszusammenhänge zwischen Regulierung und digitaler Wirtschaft, wie sie im vorliegenden Band anhand ausgewählter Fragen des

¹⁵ Der Begriff der *Regulierung* soll hier und im Folgenden mit *M. Eifert*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 5 denkbar umfassend verstanden werden als „jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse (...), die einen spezifischen, aber über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht zentrales Medium und Grenze findet“. Der Regulierungsbegriff wird dabei – wie hier – ganz überwiegend auf hoheitlich vollzogenes öffentliches Recht oder auf von Privaten im Wege der Selbstregulierung erlassene Regeln bezogen. Dass sich auch das Privatrecht als Mittel zur verhaltenssteuernden Regulierung begreifen lässt (vgl. dazu etwa *A. Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 15 ff.), erscheint für die Zwecke des vorliegenden Bandes nicht weiter relevant.

¹⁶ An der Erarbeitung eines solchen Konzepts versucht sich der Herausgeber dieses Bandes im Rahmen seines Habilitationsprojekts zum „Öffentlichen Digitalwirtschaftsrecht“.

Öffentlichen Wirtschafts-, Informations- und Medienrechts angeschnitten werden, sind denkbar vielgestaltig. Gleichwohl können *drei wesentliche Einwirkungspfade* unterschieden und herausgearbeitet werden, die dem vorliegenden Band seine Untergliederung in drei Teile verleihen.

1. Wirtschaftsbedingte Veränderungen im Recht der Digitalisierung

Rückwirkungen auf staatliche Regulierung kann die digitale Wirtschaft zunächst in jenen Bereichen zeitigen, die seit jeher und schon ihrem Gegenstande nach mit der Steuerung von digitalisierten Prozessen befasst sind (im Folgenden: Recht der Digitalisierung), allen voran das Daten- bzw. Informationsschutzrecht. Mit der Ausbreitung der digitalen Wirtschaft – so wird man jedenfalls vermuten dürfen – wird das so verstandene Recht der Digitalisierung unter Veränderungsdruck gesetzt. Das ursprünglich für die Einhegung von Datenverarbeitungen durch den Staat konzipierte (und daher instrumentell wie organisatorisch auf die Staat-Bürger-Beziehung eingestellte) Datenschutzrecht etwa muss heute vor allem auch der massenhaften Nutzung personenbezogener Informationen im privatwirtschaftlichen Bereich effektive Grenzen ziehen.

Dabei liegt der Gedanke nahe, dass sich genuin digitalisierungsrechtliche Materien wie das Datenschutzrecht zur Bewältigung dieser Aufgabe gerade auch solcher *Strategien* und *Instrumente* bedienen kann, die an sich zur *Regulierung der herkömmlichen Wirtschaft* entwickelt worden sind. Und in der Tat zeigt gerade das Datenschutzrecht inzwischen auch deutliche, wenn auch ausbaufähige Züge eines modernen Wirtschaftsverwaltungsrechts. Mit ihnen reagiert der Gesetzgeber auf die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit auch privater Wirtschaftssubjekte der digitalen Wirtschaft, deren Geschäftsmodelle vielfach auf der exzessiven Verarbeitung personenbezogener Informationen beruhen, und die damit verbundene Vervielfältigung der Regulierungsadressaten. So wird nun z. B. in Artikel 42 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) der Möglichkeit einer Zertifizierung und Auditierung von Produkten bzw. Verarbeitern durch Datenschutzbehörden oder gar eigens dafür akkreditierter privater Stellen ein relativ hoher Stellenwert beigemessen.¹⁷ Das im Rahmen eines solchen Verfahrens verliehene Datenschutzsiegel kann einerseits als sichtbares Werbeinstrument verwendet werden, um potenziellen Kunden die Datenschutzfreundlichkeit des betreffenden Produkts bzw. Anbieters zu demonstrieren. Andererseits können diese Nachweise Anknüpfungspunkt für andere staatliche Regelungen sein –

¹⁷ G. Hornung/K. Hartl, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2014, 219 ff. sprechen insoweit treffend von „Datenschutz durch Marktanreize“. Vgl. zu „Selbstregulierung und Zertifizierungsverfahren nach der DS-GVO“ eingehend G. Spindler, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2016, 407 ff.

z. B. im Rahmen der Auftragsvergabe. Das im Wirtschaftsverwaltungsrecht bekannte Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ könnte damit nun also auch im Datenschutzrecht Fuß fassen. Vor diesem Hintergrund untersucht Prof. Dr. *Meinhard Schröder* von der Universität Passau in dem ersten Beitrag des Bandes („Paradigm Shift“ im Datenschutzrecht? – Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumente in der Datenschutz-Grundverordnung“) die Frage, ob sich das *Datenschutzrecht* infolge der zunehmenden Datenverarbeitungen in privater Hand mittlerweile als Teilgebiet des *Wirtschaftsverwaltungsrechts* konzipieren lässt. Dies wird insbesondere an denjenigen neuen Instrumenten der Datenschutzgrundverordnung veranschaulicht, die im allgemeinen Wirtschaftsverwaltungsrecht wohlbekannt sind.

Eine weitere digitalwirtschaftlich bedingte Herausforderung für originär staatszentrierte Materien des Digitalisierungsrechts bildet die zunehmende *Transnationalität* der Wirtschaftsbeziehungen gerade im Bereich der digitalen Wirtschaft. Während extraterritoriale Perspektiven für das herkömmliche Öffentliche Wirtschaftsrecht im Allgemeinen kein Novum mehr darstellen,¹⁸ stellen sie das Recht der Digitalisierung noch immer vor Schwierigkeiten. Wiederum das Datenschutzrecht ist aufgrund der ohne Weiteres territoriale Grenzen überwindenden privaten Datenverarbeitungsmöglichkeiten gezwungen, gewissermaßen einen globalen Regulierungsanspruch zu erheben. In dem zweiten Beitrag dieses Bandes zur „Transnationalen Ordnung der Digitalwirtschaft durch die Datenschutzgrundverordnung“ untersucht daher Dr. *Katharina Reiling* (Universität Konstanz), ob das mit der Datenschutzgrundverordnung neu aufgelegte europäische Datenschutzrecht dieses Regulierungsversprechen einlösen kann. Sie erweitert die Ansätze zur Regulierung der Digitalwirtschaft insofern um eine internationale Perspektive und trägt dem Umstand Rechnung, dass ein Großteil der digitalwirtschaftlichen Akteure grenzüberschreitend tätig ist. In Abgrenzung von bislang zu jenem Thema verfolgten Ansätzen konzentriert sich der Beitrag weniger auf die bereits intensiv beforschten Kompetenzen einzelner Staaten zum *Erlaß* extraterritorial wirkender Regeln, sondern nimmt – auf jenen Vorarbeiten aufbauend – vor allem Strategien und Konzepte zur Sicherstellung eines effektiven *Vollzugs* entsprechender Regeln in den Blick. Letztlich stehen und fallen die Regulierungsansprüche einzelner Staaten und Staatenverbände in Bezug auf die Digitalwirtschaft stets mit den praktischen Möglichkeiten, dem von ihnen gesetzten Recht auch zur Durchsetzung zu verhelfen. Katharina Reiling arbeitet dabei zwei Modelle heraus, mit denen die Europäische Union über die Datenschutzgrundverordnung auf extraterritoriale Vorgänge einwirkt und insoweit auf

¹⁸ Vgl. etwa *W. Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994.

die gewandelten Realbedingungen reagiert, um Persönlichkeitsrechte effektiv gegen ubiquitäre Datenverarbeitung zu schützen.

2. Digitalisierungsbedingte Veränderungen im Recht der Wirtschaft

Die Expansion der Digitalwirtschaft führt freilich nicht nur zu wirtschaftsbedingten Veränderungen genuin digitalisierungsrechtlicher Materien. Gleichsam umgekehrt muss sich auch die Regulierung der herkömmlichen „brick and mortar“-Wirtschaft auf die Funktionsbedingungen der Digitalisierung einlassen und einstellen. Dies betrifft einerseits Bereiche der Regulierung, in denen der Staat als marktexterner Akteur auf die (private) Digitalwirtschaft einwirkt, d. h. mit den traditionellen Handlungsmustern der Überwachung, der Lenkung, der Förderung und der Regulierung im engeren Sinne (also der gleichermaßen wettbewerbs- wie gemeinwohlorientierten Regulierung der Netzwirtschaften). Andererseits schlagen Spezifika der Digitalisierung auch in Regulierungsbereichen zu Buche, in denen der Staat selbst als Marktakteur auftritt, indem er entweder digitale Produkte und Leistungen beschafft, die er zur Aufgabenwahrnehmung benötigt,¹⁹ oder – umgekehrt – als digitalwirtschaftlicher Unternehmer Leistungen anbietet.

Von den vielfältigen extern-regulatorischen Zugriffen auf die private digitale Wirtschaft soll im Rahmen des vorliegenden Bandes die wohl etablierteste und zugleich wichtigste Form des öffentlich-wirtschaftsrechtlichen Zugriffs auf die Digitalwirtschaft im Vordergrund stehen, nämlich der Aufgabenbereich der „Überwachung“ (in einem weiteren Sinne).²⁰ Hier stellt sich im Allgemeinen vor allem die Frage, inwieweit die Maßstäbe und Instrumente der Wirtschaftsüberwachung einer Modifikation bedürfen, wenn sie auf digitalwirtschaftliche Betätigungen angewandt werden sollen. Reflektiert der regulatorische Zugriff auf die Digitalwirtschaft dabei nicht die besonderen Chancen und Risiken, die mit den Funktionsbedingungen der digitalen Wirtschaft verbunden sind, und trägt er diesen Funktionsbedingungen bei der Setzung und Anwendung der Maßstäbe und Instrumente nötigenfalls nicht hinreichend Rechnung, besteht die Gefahr einer dysfunktionalen Regulierung. Zu den relevanten Funktionsbedingungen der Di-

¹⁹ In diesem Kontext stellen sich dann spezifisch vergaberechtliche Fragen, die den Rahmen des vorliegenden Bandes sprengen würden. Siehe zu dieser Thematik aber jüngst die Beiträge „Vergaberecht als Digitalisierungsfolgenrecht“ von C. Krönke, *Die Verwaltung* 52 (2019), 63 ff., sowie „Vergaberecht 4.0“ von M. Burgi/C. Krönke/N. Lieb, in: W. Frenz (Hrsg.), *Handbuch Industrie 4.0*, i. E.

²⁰ Gemeint sind damit, wie in den ganz klassischen Gebieten des Gewerberechts, des Handwerksrechts oder des Rechts der freien Berufe, vornehmlich punktuelle Eingriffe in das digitalwirtschaftliche Geschehen, mit denen spezifische Gefahren der wirtschaftlichen Betätigung für die Allgemeinheit abgewehrt oder Strukturprinzipien des Marktes gesichert werden sollen.

gitalwirtschaft zählen insbesondere etwa der Einsatz intelligenter Systeme²¹ sowie die Bewirtschaftung auf der Basis digitaler Plattformen. Wie groß die Gefahr einer dysfunktionalen Regulierung gerade von digitalen Plattformen sein kann, wenn sie mit den tradierten Maßstäben und Instrumenten des Wirtschaftsverwaltungsrechts konfrontiert werden, veranschaulicht der *Herausgeber* des Bandes in seiner Skizze zu einem „*More digital approach*“: Überlegungen zu einer funktionsgerechten Regulierung digitaler Plattformen am Beispiel der *Sharing Economy*“. Der Beitrag fokussiert dabei ganz auf die Regulierung der digitalen Plattformen selbst und zeigt auf, dass sich angesichts der Etablierung solcher Plattformen der Gedanke aufdrängt, ein spezifisches „Plattformverwaltungsrecht“ zu konzipieren und zu entwickeln.

Auch der vierte Beitrag des Bandes befasst sich mit der Regulierung plattformbasierten Wirtschaftens – wenn auch in anderer Perspektive und mit anderem Beispiel. Dr. *Rike Krämer-Hoppe* von der Universität Bochum untersucht eine vergleichsweise spezielle, aber ebenfalls klassisch-ordnungsrechtliche Materie, nämlich die „Maßstäbe und Anforderungen an eine ‚gute‘ Regulierung plattformbasierter Wirtschaft am Beispiel der Kurzzeitvermietung von Wohnraum“. Als Referenz für ihre durchaus abstrahierenden Überlegungen zu einer mehr oder weniger funktionsgerechten Regulierung innovativer Geschäftsmodelle wie insbesondere demjenigen von *Sharing Economy*-Diensten betrachtet sie dabei vor allem die Wohnungszweckentfremdungsgesetzgebungen in Berlin und Bayern, mit denen die ordnungsrechtlich pikanten Auswirkungen von Diensten wie *Airbnb* rechtlich eingefangen werden sollten. Im Unterschied zu der vorangehenden Skizze eines „Plattformverwaltungsrechts“ liegt der Akzent dieses Beitrags allerdings nicht auf der Regulierung der Plattformen selbst, sondern auf der Beurteilung der rechtlichen Beschränkungen von auf der Grundlage solcher Plattformen ermöglichten einzelnen Betätigungen (hier: der kurzfristigen Wohnraumuntervermietung).

Die Regulierung der staatlichen Marktteilnahme in Gestalt öffentlicher wirtschaftlicher Unternehmungen sieht sich demgegenüber gänzlich anderen Maßstäben ausgesetzt. Hier besteht die latente Gefahr, dass die öffentliche Hand durch eigene Angebote privatwirtschaftliche Marktteilnehmer gleichsam abgabenfinanziert ausstechen kann. Dem öffentlichen Unternehmertum werden daher regelmäßig wettbewerbliche Belange und Subsidiaritätserwägungen entgegengehalten. Da die Funktionsbedingungen der Digitalwirtschaft zumal vor dem Hintergrund ubiquitär verfügbarer Information und Kommunikation die Marktzutrittschürden für Private typischerweise erheblich senken, stellt das Aufkommen der Digitalwirtschaft die Daseinsberechtigung öffentlicher Anbieter viel-

²¹ Vgl. zum Begriff *T. Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 ff.

fach sehr grundsätzlich in Frage. Ein Bereich, in dem diese Frage bereits seit einiger Zeit offen und hörbar gestellt wird, stellt das *Öffentliche Medienwirtschaftsrecht* dar. In diesem Kontext untersucht Prof. Dr. *Albert Ingold* von der Universität Mainz im fünften Beitrag des Bandes den „Regulativen Wettbewerbsschutz der digitalen Medienwirtschaft: Grenzen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Internet“. Dieser Regulierungsbereich ist als Anschauungsbeispiel auch deswegen besonders reizvoll, weil die Maßgaben des öffentlichen Unternehmensrechts im Bereich der (Neuen) Medien sowohl durch die verfassungsrechtliche Einrahmung (Stichwort: Rundfunkfreiheit) als auch durch die Entwicklungen im Realbereich (Stichwort: Fragmentierung der digitalen Öffentlichkeit) signifikant überlagert werden. *Albert Ingold* entwickelt ein darauf abgestimmtes zeitgemäßes Regulierungskonzept, das in Anbetracht der bevorstehenden Novationen des Rundfunkstaatsvertrags höchste Aktualität aufweist.

3. Digitalwirtschaftliche Elemente staatlicher Regulierung

Ein dritter Wirkungszusammenhang resultiert schließlich aus dem Umstand, dass typische Elemente und Funktionsbedingungen der Digitalwirtschaft vielfach gleichsam inspirativ in Bereiche der staatlichen Regulierung übergreifen und dort nutzbar gemacht werden, wenn auch – und insoweit bedürfen diese Übergriffe stets einer sorgfältigen rechtlichen Begleitung – in gänzlich anderen normativen Kontexten. Staatliche Regulierung löst nämlich, wie grundsätzlich jede Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben, eine demokratie- und rechtsstaatsprinzipielle Steuerungsverantwortung des Staates aus,²² die durch den Einsatz digitalwirtschaftlicher Elemente (z. B. intelligenter, autonom entscheidender Systeme oder großer Plattformstrukturen) leicht überspielt zu werden droht.

Ein Beispiel für (mögliche) Importe solcher digitalwirtschaftlichen Elemente ist zum einen etwa die Nutzung intelligenter Systeme zum Zwecke automatisierter Rechtsanwendung („Legal Technology“ bzw. „Legal Tech“). Vorreiter sind insoweit – wie so oft – Anbieter aus der Privatwirtschaft, die mit Hilfe von Computerprogrammen zur Unterstützung anwaltlicher Tätigkeiten beispielsweise spezifische Risiken in umfangreicheren Vertragskörpern aufdecken können²³ oder als Rechtsdienstleister Verbraucherrechte (z. B. bei Flugausfällen o. ä.)²⁴ vollautomatisch durchsetzen können. Da Rechtsanwendung keine Tätigkeit ist,

²² Vgl. dazu bereits *C. Krönke*, *Die Verwaltung* 52 (2019), 63 (68 ff.).

²³ Vgl. bereits *M. Grupp*, *AnwBl* 2014, 660 (663); *M. Hartung*, in: ders./M.-M. Bues/G. Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarkt*, 2018, S. 5 (10); *M.-M. Bues*, ebenda, S. 275 (280).

²⁴ Gemeint sind etwa Angebote wie *Flightright* (<https://www.flightright.de>), *flug-erstattung* (<https://www.flug-erstattung.de>) oder *FairPlane* (<https://www.fairplane.de>).

die allein Privaten vorbehalten ist, sondern gerade auch im Rahmen hoheitlicher Handlungen erfolgt, überrascht es nicht, dass bereits fieberhaft nach Einsatzmöglichkeiten für entsprechende Legal Tech-Anwendungen im hoheitlichen Bereich gesucht wird. Dabei muss aus rechtswissenschaftlicher Sicht sorgfältig untersucht werden, welche rechtlichen Anforderungen an den Einsatz von Systemen zur automatisierten Rechtsanwendung im privatwirtschaftlichen wie im hoheitlichen Bereich gestellt werden müssen. Mit dieser Frage befasst sich Dr. *Gabriele Buchholtz* von der Bucerius Law School in Hamburg, die einen Beitrag zum Thema „Legal Tech“ vorgelegt hat. Ausgehend von einer rechtsmethodischen Analyse des Verhältnisses von „Code“ und „Law“ setzt sie sich kritisch mit der digitalen Rechtsanwendung durch Computer auseinander, wobei sie einen weiten Bogen vom Recht der Rechtsdienstleistungen bis hin zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an computergestützte richterliche Tätigkeit spannt. Als ein Schlüsselement bzw. als gemeinsame Anforderung an jegliche Form digitaler Rechtsanwendung – erfolge sie nun privatwirtschaftlich oder im Rahmen hoheitlicher Regulierung – identifiziert Gabriele Buchholtz vor allem die Wahrung bzw. Herstellung hinreichender Transparenz. Der Beitrag zeigt insofern rechtliche Vorgaben sowohl für den Einsatz intelligenter Systeme im privatwirtschaftlichen Bereich (siehe dazu oben 2.) als auch für den Import entsprechender digitalwirtschaftlicher Dienste in den hoheitlichen Bereich auf.

Eine weitere Funktionsbedingung digitalwirtschaftlicher Betätigung, die im Rahmen staatlicher Regulierung nutzbar gemacht werden kann, bilden die Errichtung und der Betrieb digitaler Plattformen. Diese werden im privatwirtschaftlichen Bereich höchst erfolgreich unter anderem dazu eingesetzt, um verschiedene Marktseiten möglichst effizient zusammenzuführen – man denke nur an die Plattformen der *Sharing Economy* wie *Uber* oder *AirBnb*, auf denen (privaten) Vermietern bzw. Fahrdienstleistern, die ihre privaten Wohnungen bzw. Fahrzeuge ansonsten teilweise ungenutzt ließen, die passende (private) Kundenschaft für eine gewinnbringende Nutzung ihrer Wohnungen bzw. Fahrzeuge vermittelt wird. Vorhandene Ressourcen lassen sich auf diese Weise zumindest theoretisch optimal verteilen und nutzen. Der Einsatz solcher „Matching“-Verfahren ist deswegen auch für Zwecke der hoheitlichen Regulierung prinzipiell denkbar. Speziell mit Blick auf den Verkehrssektor hat daher Dr. *Yoran Hermstrüwer* vom Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern (Bonn) seine Abhandlung dem Thema „Algorithmische Verteilungsmechanismen im Infrastrukturrecht“ gewidmet. Unter Kombination juristischer mit wirtschafts- und computerwissenschaftlicher Expertise entwickelt er reale Szenarien für algorithmengesteuerte Verteilungsverfahren, die beispielsweise bei der Vergabe von Nutzungsrechten für öffentliche Straßen zum Einsatz kommen könnten. Yoran Hermstrüwer deckt damit zugleich jenen Teil des Öffentlichen Wirt-

schaftsrechts ab, der sich mit den Vorgaben für die staatliche Eröffnung von Märkten und Wettbewerb zum Zwecke der Gemeinwohlverwirklichung befasst – unter den Vorzeichen der Digitalisierung.

III. Ausblick und Danksagung

Insgesamt verdeutlichen die skizzierten Wirkungszusammenhänge zwischen digitaler Wirtschaft und staatlicher Regulierung und insbesondere auch die in diesem Band zusammengetragenen Beiträge, dass die Erforschung speziell des Öffentlichen Rechts der Digitalwirtschaft einen wichtigen und unverzichtbaren Bestandteil der Aufarbeitung der Digitalisierungsfolgen für unsere Rechtsordnung bildet. Auch wenn die grundlegende Konzeption eines „Öffentlichen Digitalwirtschaftsrecht“ einer eingehenderen Untersuchung²⁵ vorbehalten bleiben muss, soll mit diesem Band zumindest ein erster, substanzieller Anstoß für derartige Forschungen gegeben werden.

Abschließend darf der Herausgeber zunächst ganz herzlich Professor Dr. Meinhard Schröder, Dr. Katharina Reiling, Dr. Rike Krämer-Hoppe, Professor Dr. Albert Ingold, Dr. Gabriele Buchholtz und Dr. Yoan Hermstrüwer für ihre Beiträge zu diesem Band danken. Ebenfalls herzlicher Dank gebührt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des CAS der LMU München, die nicht nur die Veranstaltung des besagten Workshops, sondern insbesondere auch die Publikation dieses Bandes durch tatkräftige und finanzielle Unterstützung ermöglicht haben. Zu danken ist ferner Frau Daniela Taudt und Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, die die Entstehung des Bandes von Seiten des Verlags Mohr Siebeck betreut haben. Allerbesten Dank verdienen schließlich die Direktoren des Alexander von Humboldt Instituts für Internet und Gesellschaft, die den vorliegenden Band in die Schriftenreihe „Internet und Gesellschaft“ aufgenommen haben – allen voran Herr Professor Dr. Ingolf Pernice, der den Band im Vorfeld sehr eingehend durchgesehen und wohlwollend-kritisch kommentiert hatte.

²⁵ Siehe dazu bereits oben Fn. 16.