

ALEXANDER KIRK

Verbraucherschutz
und Grundrechte
in digitalen Märkten

Internet und Gesellschaft

39

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft
Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettmann,
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer
und Wolfgang Schulz

39



Alexander Kirk

Verbraucherschutz
und Grundrechte
in digitalen Märkten

Mohr Siebeck

Alexander Kirk, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Düsseldorf; Rechtsreferendariat am OLG Düsseldorf mit Station u. a. am Bundesverfassungsgericht; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht der Universität Düsseldorf; Notarassessor bei der Rheinischen Notarkammer.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss. [2024] D61

Erstgutachter: Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Zweitgutachterin: Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof

ISBN 978-3-16-164346-0/eISBN 978-3-16-164347-7

DOI 10.1628/978-3-16-164347-7

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

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. www.mohrsiebeck.com

© Alexander Kirk

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2023/24 als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf angenommen, die Disputation fand am 12. Dezember 2024 statt. Rechtsprechung und Literatur sind – abgesehen von punktuellen Aktualisierungen – auf dem Stand von Februar 2024.

Bedanken möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun für die Vermittlung eines prägenden Verständnisses von (Rechts)Wissenschaft, für Inspirationen und die Freiheit, eigene Ideen verfolgen zu können. An seinem Lehrstuhl durfte ich zweieinhalb fachlich wie menschlich bereichernde Jahre verbringen. Dank meiner Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Dr. Nils Overhoff und Vincent Weber, bleibt diese Zeit unvergesslich. Meinen Dank aussprechen möchte ich auch Frau Prof. Dr. Kreuter-Kirchhof für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und ihre wertvollen Anmerkungen.

Bei den Herausgebern bedanke ich mich für die Aufnahme in die Schriftenreihe, bei dem Fachinformationsdienst (FID) für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung für die Förderung der Publikation. Dem Freundeskreis der Juristischen Fakultät danke ich für die Zuerkennung des Promotionspreises.

Ohne meine Familie, die mich immer unterstützt, gefördert und aufgefangen hat, wäre mein Weg bis hierhin nicht möglich gewesen. Ein unendlicher Dank gilt meinen Eltern Dr. Marianne und Andreas Kirk, meiner Schwester Rebecca, meinen Großeltern aus Löwenstein und Düsseldorf und Nikola.

Düsseldorf, im Dezember 2024

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	2
<i>B. Forschungsfragen und Erkenntnisziele</i>	12
<i>C. Vorgehensweise</i>	13
Kapitel 1: Consumer Citizens	23
<i>A. Verbraucher als Grundrechtsträger</i>	23
<i>B. Grundrechtsschutz privater Marktteilnehmer</i>	30
<i>C. Verbraucherschutz und Grundrechte</i>	40
<i>D. Zusammenfassung des ersten Kapitels: Consumer Citizens</i>	57
Kapitel 2: Verbraucherschutz im europäischen Primärrecht	58
<i>A. Art. 169 AEUV</i>	58
<i>B. Art. 114 AEUV</i>	96
<i>C. Art. 12 AEUV</i>	107
<i>D. Art. 38 GRC</i>	109
<i>E. Zusammenfassung des zweiten Kapitels: Verbraucherschutz im europäischen Primärrecht</i>	122
Kapitel 3: Verbraucher im Digital Markets Act	125
<i>A. Dreiseitiges Modell des DMA</i>	125
<i>B. Endnutzer und gewerbliche Nutzer</i>	127
<i>C. Endnutzer statt Verbraucher: Neue Akteure in der Plattformregulierung?</i>	129
<i>D. Verbraucherschutz durch Endnutzerschutz</i>	134
<i>E. Zusammenfassung des dritten Kapitels: Verbraucher im DMA</i>	147

Kapitel 4: Das Fairness-Konzept des DMA und der Schutz von Endnutzern	149
<i>A. Integration von Endnutzern in das Fairness-Ziel des DMA</i>	149
<i>B. Das Fairness-Konzept des DMA</i>	161
<i>C. Zusammenfassung des vierten Kapitels: Das Fairness-Konzept des DMA</i>	181
<i>D. Vorschlag zur Neufassung des Erwägungsgrunds 33 DMA</i>	182
Kapitel 5: Verbraucherschutz durch Verpflichtungen des DMA	183
<i>A. Vorgehensweise</i>	183
<i>B. Rankings (Art. 6 Abs. 5 DMA)</i>	186
<i>C. Bedingungen für Zugang und Kündigung (Art. 6 Abs. 12 und 13 DMA)</i>	208
<i>D. Verbraucher-Profiling (Art. 15 DMA)</i>	234
<i>E. Zusammenfassung des fünften Kapitels: Verbraucherschutz durch Verpflichtungen des DMA</i>	244
Kapitel 6: Konstitutionalisierung der Plattformökonomie	246
<i>A. Digitaler Konstitutionalismus</i>	246
<i>B. Contestability and Fairness by Design</i>	249
<i>C. Fundamental Rights by Design</i>	252
<i>D. Zusammenfassung des sechsten Kapitels: Konstitutionalisierung der Plattformökonomie</i>	253
Zusammenfassung	255
<i>A. Ergebnisse des ersten Kapitels</i>	255
<i>B. Ergebnisse des zweiten Kapitels</i>	256
<i>C. Ergebnisse des dritten Kapitels</i>	258
<i>D. Ergebnisse des vierten Kapitels</i>	258
<i>E. Ergebnisse des fünften Kapitels</i>	259
<i>F. Ergebnisse des sechsten Kapitels</i>	260
English Summary	263
Literaturverzeichnis	267
Anhang: Rechtsprechung des EuGH zu Art. 38 GRC	293
Stellenregister	297

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	2
I. Verbraucher in der Plattformwirtschaft	2
1. Ökonomische Besonderheiten der Plattformwirtschaft	3
2. Gefahren für Verbraucher in der Plattformwirtschaft	5
3. Verbraucher- und Grundrechtsschutz im Digitalen	7
II. Verbraucherschutz und Grundrechte in der europäischen Plattformregulierung	9
1. Der Digital Markets Act	9
2. Verbraucher in der Plattformregulierung	10
III. Normative Wertentscheidungen für die Plattformregulierung	11
<i>B. Forschungsfragen und Erkenntnisziele</i>	12
<i>C. Vorgehensweise</i>	13
I. Stand der Forschung	13
II. Methodik	14
1. Auslegungsmethoden des europäischen Rechts	15
2. Auslegung anhand des Primärrechts	18
a) Primärrechtskonforme Auslegung	18
b) Primärrechtsorientierte Auslegung	18
III. Gang der Darstellung	20
Kapitel 1: Consumer Citizens	23
<i>A. Verbraucher als Grundrechtsträger</i>	23
I. Verbraucher	24
II. Grundrechtsträger und Bürger	26
III. <i>Consumer Citizens</i>	27

<i>B. Grundrechtsschutz privater Marktteilnehmer</i>	30
I. Grundrechte bei der Marktteilnahme	30
II. Grundrechte zwischen Privaten	32
1. Grundrechtsgeltung für Private	32
2. Verbraucherschutz als Reaktion auf die Gefährdung von Grundrechtsverwirklichung durch Private	35
3. Schutzdimension der europäischen Grundrechte	37
<i>C. Verbraucherschutz und Grundrechte</i>	40
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	40
1. Kreis der Verpflichteten und Geschützten	41
2. Schutzgegenstand und Wirkweise	41
3. Verbraucherinteressen und Grundrechte	42
4. Zwischenergebnis: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verbraucherschutz und Grundrechten	44
II. Verbindung von Verbraucher- und Grundrechtsschutz	45
1. Normative Leitlinien durch Grundrechte	46
a) Zusammenfallen der Schutzaufträge	46
b) Kohärente Verfolgung primärrechtlicher Ziele	47
c) Legitimität durch Grundrechte	48
d) Wertentscheidungen durch das Primärrecht	49
2. Subjektiv-rechtlicher Verbraucherschutz	52
3. Bündelung der Grundrechte privater Marktteilnehmer	53
4. Mögliche Bedenken	54
III. Zusammenfassung: Verbraucherschutz und Grundrechte	56
<i>D. Zusammenfassung des ersten Kapitels: Consumer Citizens</i>	57
 Kapitel 2: Verbraucherschutz im europäischen Primärrecht	 58
<i>A. Art. 169 AEUV</i>	58
I. Gegenstände der Verbraucherpolitik	59
II. Die benannten Verbraucherinteressen und korrespondierende Grundrechte	60
1. Verbraucherinteressen „Gesundheit und Sicherheit“	61
2. Wirtschaftliche Interessen	63
a) Interesse an Selbstbestimmung	63
b) Selbstbestimmung als primärrechtliches und marktbezogenes Leitprinzip	65
aa) Selbstbestimmung als allgemeines primärrechtliches Prinzip	65
bb) Selbstbestimmung als Grundlage der europäischen Wirtschaftsverfassung	67
(1) Das Selbstständigkeitspostulat im Wettbewerbsrecht	68
(2) Selbstbestimmung durch die Grundfreiheiten	70
(3) Selbstbestimmung durch die wirtschaftlichen Garantien der Grundrechte-Charta	71

cc) Zusammenfassung: Selbstbestimmung als primärrechtliches und marktbezogenes Leitprinzip	74
3. Zusammenfassung: Systematisierung der benannten Verbraucherinteressen	75
III. Normative Herleitung weiterer Verbraucherinteressen und korrespondierende Grundrechte	75
1. Datenbezogene Verbraucherinteressen	77
a) Datenschutz	78
b) Datenhoheit	79
2. Gleichbehandlung	82
a) Nicht-Diskriminierung	82
b) Allgemeine Gleichbehandlung	83
aa) Anspruch auf Gleichbehandlung im Primärrecht	84
bb) Grundrechtsverwirklichung durch die Marktteilnahme	85
cc) Unumgänglichkeit digitaler Plattformen	87
c) Zusammenfassung: Interesse an Gleichbehandlung	89
3. Rechtliche Mindeststandards	89
4. Durchsetzung von Verbraucherrechten	92
5. Fazit: Ergänzungen des Verbraucherschutzkatalogs	95
IV. Zusammenfassung zu Art. 169 AEUV	95
<i>B. Art. 114 AEUV</i>	96
I. Schutzniveauklausel des Art. 114 Abs. 3 AEUV	97
1. Reichweite der Schutzniveauklausel	98
2. Hohes Verbraucherschutzniveau	99
a) Mindeststandard an Verbraucherschutz	99
b) Optimierungsgebot	101
3. Verhältnis zur Binnenmarktverwirklichung	103
a) Verbraucherschutz als Teil der Binnenmarktregulierung	104
b) Kein pauschaler Vorrang der Marktintegration	105
II. Zusammenfassung: Vorgaben durch Art. 114 Abs. 3 AEUV	107
<i>C. Art. 12 AEUV</i>	107
<i>D. Art. 38 GRC</i>	109
I. Wirkweise von Art. 38 GRC	109
II. Art. 38 GRC in der Rechtsprechung des EuGH	111
1. Methodik der Rechtsprechungsanalyse	112
2. Überblick über die Entscheidungen	113
3. Ausgewählte Entscheidungen im Einzelnen	115
a) McDonagh (2013)	116
b) Pohotovost' (2014)	117
c) Kušionová (2014)	118
d) Victorinox (2022)	120
4. Leitlinien der Rechtsprechung zu Art. 38 GRC	121
III. Zusammenfassung zu Art. 38 GRC	122

<i>E. Zusammenfassung des zweiten Kapitels: Verbraucherschutz im europäischen Primärrecht</i>	122
Kapitel 3: Verbraucher im Digital Markets Act	125
<i>A. Dreiseitiges Modell des DMA</i>	125
<i>B. Endnutzer und gewerbliche Nutzer</i>	127
<i>C. Endnutzer statt Verbraucher: Neue Akteure in der Plattformregulierung?</i>	129
I. P2B-Verordnung	129
II. Digital Services Act	130
III. Datenverordnung (Data Act)	131
IV. Spezifisch verbraucherschützende Rechtsakte: Digitale-Inhalte-Richtlinie, Warenkauf-Richtlinie, Produktsicherheits-Verordnung, Verbraucherkredit-Richtlinie	132
V. Schlussfolgerungen: Verbraucherbegriff bei der Plattformregulierung	133
<i>D. Verbraucherschutz durch Endnutzerschutz</i>	134
I. Endnutzerschützende Verpflichtungen	136
II. Erweiterung der endnutzerschützenden Verpflichtungen?	137
III. Verbraucher- und Endnutzerleitbild gegenüber digitalen Torwächtern	139
1. Das Verbraucherleitbild	139
2. Endnutzerleitbild im DMA?	142
a) Vorteile durch Online-Plattformen	143
b) Identifizierung des Kernproblems und Auswirkungen auf das Leitbild	143
c) Leitbild nach Schaffung von Entscheidungsmöglichkeiten	145
d) Zusammenfassung: Endnutzerleitbild des DMA	147
<i>E. Zusammenfassung des dritten Kapitels: Verbraucher im DMA</i>	147
Kapitel 4: Das Fairness-Konzept des DMA und der Schutz von Endnutzern	149
<i>A. Integration von Endnutzern in das Fairness-Ziel des DMA</i>	149
I. Die Definition der Unfairness in den Erwägungsgründen	150
II. Teleologisch-historische Auslegung	150
1. Blick auf die Erwägungsgründe	150
2. Entwicklung des DMA im Gesetzgebungsverfahren	152
III. Systematische Auslegung	152
1. Fairnessbegriff auch unter Einschluss von Endnutzern handhabbar	154
2. Kein enger Fairness-Begriff im Verordnungstext	154
3. Vergleichbarer Schutzbedarf	156
IV. Primärrechtskonforme Auslegung	158
V. Zusammenfassung: Integration von Endnutzern in das Fairness-Ziel	161

<i>B. Das Fairness-Konzept des DMA</i>	161
I. Fairness im europäischen Recht	161
1. Klausel-Richtlinie	162
2. UGP-Richtlinie	162
3. Datenschutz-Grundverordnung	163
4. P2B-Verordnung	164
5. Kartellrecht	164
6. Zusammenfassung: Fairness im europäischen Recht	165
7. Ausblick: Schlussfolgerungen für den DMA	166
II. Unfairness nach Erwägungsgrund 33 DMA	167
1. Parallelen und Unterschiede zu anderen Fairness-Begriffen	167
2. In-Verhältnis-Setzen von Vorteilen	169
3. Unfairness durch Rechtsbruch	169
4. Zugangs- und Plattformregeln	171
a) Unverhältnismäßigkeit bei Zugangsregeln	171
b) Unverhältnismäßigkeit bei Plattformregeln	173
5. Zusammenfassung: Unfairness nach ErwG 33 DMA	174
III. (Un)Fairness als Tatbestandsmerkmal und Fairness als Ziel	175
IV. Fairness als normatives Ziel	177
1. Primärrecht als normativer Bezugspunkt	177
2. Eingrenzung und Konkretisierung	178
3. Normativer Fairness-Begriff gegenüber Verbrauchern	179
4. Wirkung des normativen Fairness-Konzepts	180
<i>C. Zusammenfassung des vierten Kapitels: Das Fairness-Konzept des DMA</i>	181
<i>D. Vorschlag zur Neufassung des Erwägungsgrunds 33 DMA</i>	182
Kapitel 5: Verbraucherschutz durch Verpflichtungen des DMA	183
<i>A. Vorgehensweise</i>	183
I. Methodisches Vorgehen	184
II. Auswahl der Verpflichtungen	185
<i>B. Rankings (Art. 6 Abs. 5 DMA)</i>	186
I. Hintergrund der Verpflichtung und primärrechtliche Maßstäbe	186
1. Selbstbevorzugung im Kartellrecht	187
2. Entscheidungsfreiheit der Endnutzer	188
II. Inhalt, Funktionsweise und Ziel der Verpflichtung	190
1. Regulatorischer Kontext	191
2. Leitlinien für die Interpretation der Verpflichtung	192
a) Ranking-Bedingungen	192
b) Transparente, faire und diskriminierungsfreie Bedingungen	193
c) Interessenlage in Bezug auf Rankings	195

d) Faire Entscheidungsarchitektur	195
e) Prüfung von Art. 6 Abs. 5 S. 2 DMA	198
aa) Diskriminierung anhand von ergebnisbezogenen Merkmalen	199
bb) Diskriminierung anhand von endnutzerbezogenen Merkmalen	200
cc) Fairness als Auffangtatbestand	202
3. Um- und Durchsetzung	203
III. Zusammenfassung und Bewertung	206
IV. Vorschlag für Leitlinien zu Art. 6 Abs. 5 DMA	207
<i>C. Bedingungen für Zugang und Kündigung (Art. 6 Abs. 12 und 13 DMA)</i>	208
I. Hintergrund der Verpflichtung und primärrechtliche Maßstäbe	209
1. Bezug zu Fairness und Bestreitbarkeit	209
2. Inhaltskontrolle in B2B- und B2C-Verhältnissen	209
3. Primärrechtlicher Kontext der Inhaltskontrolle von Verträgen	210
4. Verbraucherinteressen und Grundrechte in Bezug auf Zugang und Beendigung	212
II. Inhalt, Funktionsweise und Ziel der Verpflichtung	213
1. Funktionsweise von Art. 6 Abs. 12 DMA gegenüber gewerblichen Nutzern	213
a) Allgemeine Zugangsbedingungen	213
aa) Allgemeine Bedingungen	214
bb) Zugangsbedingungen	214
cc) Folgen der Auslegung	216
b) Fair, zumutbar, diskriminierungsfrei	217
2. AGB-Kontrolle bei Verbraucherverträgen und mögliche Lücken	218
a) Keine Kontrolle des Hauptgegenstands des Vertrags	219
b) Zugangsanspruch	223
c) Alternativer Streitbeilegungsmechanismus	224
d) Behördliche AGB-Kontrolle	225
3. Erweiterung der Verpflichtung auf Endnutzer?	228
III. Zusammenfassung und Bewertung	229
1. Kontrolle der Zugangsbedingungen und Verbraucher	229
2. Nur teilweise Kontrolle der Plattformregeln	230
a) Plattformregeln zur Inhaltsmoderation nach dem DSA	231
b) Plattformregeln zum wirtschaftlichen Austausch nach dem DMA	231
c) Kontrolle von Plattformregeln nach der Klausel-Richtlinie	232
<i>D. Verbraucher-Profiling (Art. 15 DMA)</i>	234
I. Hintergrund der Verpflichtung und primärrechtliche Maßstäbe	235
1. Zugrunde liegende Verbraucherinteressen und marktbezogene Grundrechte	235
2. Ziel der Fairness	236
3. Ziel der Bestreitbarkeit	237
II. Inhalt, Funktionsweise und Ziel der Verpflichtung	238
1. Regulatorischer Kontext	238

2. Begriff des Verbrauchers in Art. 15 DMA	240
3. Um- und Durchsetzung	241
III. Zusammenfassung und Bewertung	242
1. Keine inhaltliche Regulierung von Profiling	242
2. Effektive Durchsetzung des Datenschutzrechts	244
<i>E. Zusammenfassung des fünften Kapitels: Verbraucherschutz durch Verpflichtungen des DMA</i>	244
Kapitel 6: Konstitutionalisierung der Plattformökonomie	246
<i>A. Digitaler Konstitutionalismus</i>	246
<i>B. Contestability and Fairness by Design</i>	249
<i>C. Fundamental Rights by Design</i>	252
<i>D. Zusammenfassung des sechsten Kapitels: Konstitutionalisierung der Plattformökonomie</i>	253
Zusammenfassung	255
<i>A. Ergebnisse des ersten Kapitels</i>	255
<i>B. Ergebnisse des zweiten Kapitels</i>	256
<i>C. Ergebnisse des dritten Kapitels</i>	258
<i>D. Ergebnisse des vierten Kapitels</i>	258
<i>E. Ergebnisse des fünften Kapitels</i>	259
<i>F. Ergebnisse des sechsten Kapitels</i>	260
English Summary	263
Literaturverzeichnis	267
Anhang: Rechtsprechung des EuGH zu Art. 38 GRC	293
Stellenregister	297

Einleitung

Die Geschichte der Digitalisierung ist auch eine der Entgrenzung: Trennlinien zwischen Wirtschaft und Gesellschaft, zwischen ökonomischer Macht und gesellschaftlichem Einfluss, zwischen wirtschaftlicher Betätigung und bürgerlicher Freiheit verblissen.

Die Entgrenzung betrifft auch uns alle, die wir Smartphones nutzen, in sozialen Netzwerken kommentieren, auf Online-Marktplätzen einkaufen und mit Daten bezahlen: Sind wir Verbraucher oder Nutzer? Konsumenten oder selbst das Produkt?¹ Schiedsrichter² oder Zuschauer? Subjekte oder Profile?³ Marktteilnehmer oder Bürger?

In dieser Arbeit geht es darum, wie (wir) Verbraucher gegenüber den größten und mächtigsten Unternehmen der Welt effektiv geschützt werden können und wie sichergestellt werden kann, dass (unsere) Grundrechte auch im Digitalen, auf von Privaten betriebenen Plattformen, Geltung erfahren. Das Thema ist, wie Verbraucher- und Grundrechtsschutz – im Analogen und Digitalen – zusammengedacht werden können.

In Kapitel 1 wird das Konzept entwickelt, dass private Marktteilnehmer Verbraucher und Bürger zugleich sind (*Consumer Citizens*). Im digitalen Umfeld hat dieses eine besondere Bedeutung, da die Rollen des Verbrauchers und des Bürgers bei der privaten Plattformnutzung besonders häufig zusammenfallen. In Kapitel 2 werden auf Grundlage des Konzepts Verbraucherinteressen und Grundrechte herausgearbeitet, die im digitalen Umfeld besondere Bedeutung haben. Hierdurch zeigt sich der Rahmen, den das Primärrecht zum Schutz der Verbraucher und Grundrechtsträger zieht. Dieser wird in den darauffolgenden Kapiteln auf die europäische Digitalregulierung mit Blick darauf angewendet, welche Rolle Verbraucherschutz und Grundrechte für die Regulierung digitaler Plattformen spielen und wie sichergestellt werden kann, dass grundlegende Wertungen des europäischen Rechts auch im Digitalen gelten.

¹ Vgl. den Satz „If you are not paying for it, you are the product.“ Dieser wurde mit Blick auf digitale Geschäftsmodelle populär als Kommentar in einem Online-Forum und geht auf eine Dokumentation von *Serra*, *Television Delivers People*, 1973, zurück, vgl. <https://quoteinvestigator.com/2017/07/16/product/>.

² Verbrauchern wird die Rolle als Schiedsrichter des Wettbewerbs zugeschrieben, s. Wirtschaftsausschuss, Stellungnahme zum Thema „Verbraucher und Binnenmarkt“, ABl. C 19 v. 25.01.1993, S. 22 (22 f.); s. u., S. 10.

³ Vgl. BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 (186 ff. Rn. 79 ff.) – *Recht auf Vergessen I*.

A. Problemaufriss

Die Digitalisierung bringt enorme Vorteile für Verbraucher und Bürger mit sich: Sie ermöglicht innovative Produkte, eine größere, personalisierte Auswahl an Waren und Dienstleistungen, erschließt neue Wohlstandsquellen, macht Märkte effizienter, erleichtert den Zugang zu Informationen und schafft neue Plattformen für den Meinungsaustausch.

Das Digitale ist aus dem Alltag nicht wegzudenken. Täglich werden Messenger-Dienste wie *WhatsApp*, soziale Netzwerke wie *Facebook* oder *TikTok*, Webbrowser wie *Chrome* oder *Safari* und Suchmaschinen wie *Google* genutzt. Beim Navigieren hilft *Google Maps*, beim Online-Shopping *Amazon Marketplace*, beim Preisvergleich *Google Shopping* und bei der Urlaubsplanung *Booking.com*. Die Dienste sind innovativ, sie befriedigen Bedürfnisse und erleichtern den Alltag – und an ihnen führt kein Weg vorbei: weder für Unternehmer, die über einen App-Store eine App anbieten, auf einem sozialen Netzwerk Werbung schalten oder über eine Suchmaschine gefunden werden wollen, noch für Verbraucher, weil sich das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zunehmend im Digitalen abspielt.

Das Bundesverfassungsgericht fasst zusammen:

„In allen Lebensbereichen werden zunehmend für die Allgemeinheit grundlegende Dienstleistungen auf der Grundlage umfänglicher personenbezogener Datensammlungen [...] von privaten, oftmals marktmächtigen Unternehmen erbracht, die maßgeblich über die öffentliche Meinungsbildung, die Zuteilung und Versagung von Chancen, die Teilhabe am sozialen Leben oder auch elementare Verrichtungen des täglichen Lebens entscheiden.“⁴

Die Digitalwirtschaft ist von international operierenden, marktübergreifend und konglomeratisch tätigen Unternehmen geprägt: Alle genannten Dienste werden von denselben sieben Unternehmen angeboten.

Wenn wenige Unternehmen Dienste anbieten, an denen im Alltag der Verbraucher kein Weg vorbeiführt, diese Unternehmen über eine herausgehobene ökonomische Machtstellung verfügen – „superdominant“ sind⁵ – und maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft haben, wirft dies die Frage auf, ob die etablierten Mechanismen, die die Rechte des Einzelnen im Wirtschaftsleben wahren sollen, im Digitalen noch wie im Analogen funktionieren.

1. Verbraucher in der Plattformwirtschaft

Bislang erfolgt Verbraucherschutz im europäischen Recht einerseits mittelbar durch die Gewährleistung von Wettbewerb.⁶ Wettbewerbsgeprägte Märkte sind Garant für

⁴ BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 (189 Rn. 85) – *Recht auf Vergessen I*.

⁵ EuG, 10.11.2021, Rs. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 182 – *Google Shopping*.

⁶ BKartA, Hintergrundpapier: Wettbewerb und Verbraucherverhalten, 2016, S. 4; *Drexler* in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 905 (954); *Möller*,

Auswahl, Qualität und Innovation: Der Wettbewerb wird durch das Kartellrecht gesichert, das (maßgeblich) auf die Wohlfahrt der Verbraucher ausgerichtet ist (*consumer welfare standard*).⁷ Andererseits werden Verbraucher unmittelbar durch Rechtsakte geschützt, die das Übergewicht unternehmerischer Marktteilnehmer ausgleichen sollen: Die Klausel-Richtlinie⁸ sieht etwa eine Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, die UGP-Richtlinie⁹ soll unlautere Geschäftspraktiken unterbinden.

Beide Wege bedürfen im digitalen Umfeld eines „Updates“: Erstens leiden digitale Märkte an Marktversagenstatbeständen, die den Wettbewerb deutlich beschränken und damit seine verbraucherschützende Funktion signifikant herabsetzen (1.). Zum Zweiten wirken sich die ökonomischen Besonderheiten der Plattformökonomie auch unmittelbar zulasten der Verbraucher aus (2.). Drittens treten im digitalen Umfeld neue, nicht nur wirtschaftliche Interessen und Rechtspositionen privater Marktteilnehmer in den Vordergrund (3.).

1. Ökonomische Besonderheiten der Plattformwirtschaft

Der Erfolg der großen Digitalunternehmen beruht – neben ihrer hohen Innovationskraft – maßgeblich auf den ökonomischen Besonderheiten der Plattformwirtschaft, die Monopolisierung oder Oligopolisierung begünstigen.¹⁰ Plattformen bringen Marktseiten zusammen. Dabei reduzieren sie Transaktions- und Suchkosten, z. B. finden Verbraucher viele Websites erst durch eine Suchmaschine oder Apps über einen App-Store. Vor allem Netzwerkeffekte, der Einsatz von Daten, geringe Grenzkosten und marktübergreifende Ökosysteme begünstigen die Konzentration wirtschaftlicher Macht.

Netzwerkeffekte liegen vor, wenn die Nutzung eines Dienstes attraktiver wird, wenn er von anderen Nutzern der eigenen Marktseite (direkte) oder der Marktgegen-

Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, 2008, S. 226; vgl. *Averitt/Lande*, 10 (1) *Loyola Consumer Law Review* 1998, 44 (45).

⁷ *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978/1993, S. 51; Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 v. 27.04.2004, S. 97 (Rn. 13, 33). Krit. mit Blick auf Art. 102 AEUV: *Rohner*, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 101 ff., 220 ff.

⁸ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 v. 21.04.1993, S. 29 ff., zul. geänd. durch Art. 1 Richtlinie (EU) 2019/2161, ABl. L 328 v. 27.11.2019, S. 7 ff. [Klausel-Richtlinie].

⁹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149 v. 11.06.2005, S. 22 ff. [UGP-Richtlinie].

¹⁰ Diese wurden in mehreren grundlegenden Studien beschrieben: *Schweitzer et al.*, *Moderernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018; *BMWi*, *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, 2019; *Furman et al.*, *Unlocking digital competition*, 2019; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, *Competition policy for the digital era*, 2019; *Podszun*, *Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag*, 2020.

seite (indirekte Netzwerkeffekte) genutzt wird.¹¹ Zum Beispiel ist die Wahl eines Messenger-Dienstes maßgeblich davon abhängig, welche Kontakte darüber erreichbar sind (direkte Netzwerkeffekte); genauso ist es attraktiver, auf einem Online-Marktplatz einzukaufen, auf dem es viele Angebote gibt (indirekte Netzwerkeffekte).

Die Plattformbetreiber führen die unterschiedlichen Marktseiten durch den Einsatz von Daten zusammen:¹² Über je mehr und genauere Daten ein Plattformdienst verfügt, desto passgenauer sind die Angebote, die Verbraucher angezeigt bekommen, und desto gezielter kann Werbung adressiert werden. Je besser die Plattform wiederum ist, desto mehr wird ein Dienst genutzt, was zu neuen Möglichkeiten der Datensammlung führt. Verbraucher müssen bei einem Plattformwechsel gegebenenfalls auf Verbesserungen durch Personalisierung verzichten; Wettbewerber müssen den Datenvorsprung der Platzhirsche aufholen.¹³

Digitalunternehmen profitieren von Größenvorteilen (*economics of scale*): Während enorme Investitionen notwendig sind, um eine Plattform aufzubauen, verursachen hinzutretende neue Nutzer kaum weitere Kosten.¹⁴ Neue Wettbewerber tun sich daher schwer.

Viele Digitalunternehmen bauen ganze Ökosysteme auf, die aus vertikal integrierten oder horizontal komplementären Diensten bestehen.¹⁵ Innerhalb des Ökosystems werden Nutzer zum nächsten Dienst gelenkt: *Google* betreibt etwa das Betriebssystem *Android*, den App-Store *Google Play*, den Browser *Chrome*, die Suchmaschine und weitere Dienste. Einzelne Plattformen bieten nicht nur ein Produkt an, sondern befriedigen ganze Bedürfnisse (z. B. das nach Mobilität durch eine App, die Navigation, Car-Sharing, ÖPNV und weitere Angebote versammelt).

Diese ökonomischen Besonderheiten der Plattformwirtschaft begünstigen, dass Märkte zugunsten weniger Platzhirsche „kippen“ (*tipping*).¹⁶ Der Wettbewerb um den Markt, also zwischen verschiedenen Plattformbetreibern, findet dann kaum

¹¹ *Rochet/Tirole*, 37 (3) *RAND Journal of Economics* 2006, 645; *Rochet/Tirole*, 1 (4) *Journal of the European Economic Association* 2003, 990; *Caillaud/Jullien*, 34 (2) *The RAND Journal of Economics* 2003, 309 (309 f.); *Katz/Shapiro*, 75 (3) *American Economic Review* 1985, 424; *Engert*, *AcP* 213 (2013), 304 (323 ff.).

¹² *Krämer* in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2023, Grdl. DMA Rn. 56 ff.; *Schweitzer et al.*, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018, S. 17; *Hoffmann-Riem*, *AöR* 142 (2017), 1 (4, 13); *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 83, 94; *OECD, Data-driven Innovation*, 2015, S. 20 ff.

¹³ *Cabral et al.*, *The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts*, 2021, S. 20.

¹⁴ *König* in: *Steinrötter* (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 2023, § 11 Rn. 8; *Schweitzer et al.*, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018, S. 93.

¹⁵ *CMA*, *Mobile ecosystems market study*, 2021, S. 11 ff., 255 ff.; *Göhsel*, *Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft*, 2023, S. 94 ff.; *Kühling/Weck*, *ZWeR* 2021, 487 (490 f.); *Bourreau/de Streel*, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, SSRN 2019, S. 9 f.

¹⁶ *Furman et al.*, *Unlocking digital competition*, 2019, S. 4; *Krämer* in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2023, Grdl. DMA Rn. 72 ff.; *Podszun/Bongartz/Langenstein*, *EuCML* 2021, 60 (60 f.); *Katz/Shapiro*, 8 (2) *The Journal of Economic Perspectives* 1994, 93 (105 ff.); differenzierend:

statt. Damit bestehen weniger Alternativen für Verbraucher. Haben Verbraucher Wechslemöglichkeiten, befeuert das Wettbewerb zwischen Unternehmen, die sich um deren Gunst bemühen. Mangelnder Wettbewerbsdruck kann hingegen dazu führen, dass geringere Anreize zur Innovation und Investition bestehen¹⁷ oder dass das Angebot Verbraucherpräferenzen nicht abbildet,¹⁸ z.B. fehlt eine datensparsame *Facebook-Alternative*.¹⁹ Das Phänomen „Verbraucherschutz durch Wettbewerb“ ist in der Plattformökonomie deutlich herabgesetzt.

2. Gefahren für Verbraucher in der Plattformwirtschaft

Die Marktversagenstatbestände in der Plattformökonomie wirken sich nicht nur mittelbar durch eine Schwächung des Wettbewerbs, sondern auch unmittelbar zulasten von Verbrauchern aus.

Direkte Netzwerkeffekte, also das Phänomen, dass die Wahl einer Plattform davon abhängt, ob noch andere Verbraucher diese nutzen, verengen die Auswahlmöglichkeiten von Verbrauchern: Ein soziales Netzwerk oder ein Messenger-Dienst ist nur sinnvoll, wenn dort viele andere Nutzer sind. Die Wahl der Plattform wird somit aufgrund von Netzwerkeffekten von der eigenen Marktseite oder – weniger relevant – von der Marktgegenseite abhängig.²⁰ Netzwerkeffekte erhöhen Wechselkosten, wodurch Verbraucher eher bereit sind, Abstriche bei der Qualität oder nachteilige Bedingungen in Kauf zu nehmen. Wer sehen will, was seine Freunde auf einem sozialen Netzwerk posten, kann nicht einfach von *Instagram* auf *TikTok* umschwenken, wenn ihm dort die Benutzeroberfläche, der Algorithmus oder die Datenschutzeinstellungen mehr zusagen.

Bindet ein Plattformbetreiber Verbraucher durch (bewusst erhöhte) Wechselkosten (*lock in*), wird die freie Auswahl der Plattform behindert. Wird die Löschung eines Accounts etwa von „Klick-Organen“ abhängig gemacht, hängt ein Plattformwechsel nicht mehr nur davon ab, ob ein Nutzer von der Qualität überzeugt ist.²¹ Eine Plattform oder ein Ökosystem kann für Verbraucher ein „walled garden“ sein, innerhalb dessen eine Pfadabhängigkeit besteht.²² Der Plattformbetreiber kann den Entschei-

Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 12 f., 40, 50 f.

¹⁷ CMA, Mobile ecosystems market study, 2021, S. 255; *Ezrachi/Stucke*, WuW 2023, 382.

¹⁸ Im Kartellrecht wird Marktmacht so verstanden, dass sich ein Unternehmen in nennenswerter Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Abnehmern verhalten kann, vgl. EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 4 – *Hoffmann-La Roche*.

¹⁹ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, BGHZ 226, 67 (97 ff. Rn. 85 ff.) – *Facebook I*.

²⁰ *Crémer et al.* (Digital Regulation Project), Fairness and Contestability in the DMA, 2021, S. 8 f.

²¹ Vgl. *Bueren/Weck* in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2023, Art. 6 DMA Rn. 292; *Bongartz/Kirk* in: Podszun, DMA, 2023, Art. 6 Rn. 342 ff.

²² *Frieden*, The Internet of Platforms and Walled Gardens: Implications for Openness and Neutrality, SSRN 2016; *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F18; *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 15 f.

dungskorridor verengen oder vorprägen, beispielsweise sind mit der Wahl des Betriebssystemes weitere Entscheidungen wie die des App-Stores angelegt.

Von den Plattformbetreibern zusammengestellte Rankings beeinflussen die Entscheidungen der Verbraucher erheblich.²³ Hier befinden sich die Plattformbetreiber zudem in einem doppelten Prinzipal-Agenten-Konflikt, da Transaktionen zwischen zwei Marktseiten vermittelt und dabei Eigeninteressen verfolgt werden.²⁴ Die Tätigkeit als Vermittler kann ein Plattformbetreiber zulasten von Verbrauchern ausüben, wenn er die eigenen Interessen oder die der (zahlenden) gewerblichen Nutzer priorisiert.²⁵ Es besteht eine erhebliche Informationsasymmetrie zwischen Nutzern und Digitalunternehmen.²⁶ Entscheidungen von Endnutzern können in eine bestimmte Richtung gelenkt werden, indem Fehleinschätzungen der Nutzer gefördert und ausgenutzt werden (*dark patterns*).²⁷ Die Entwickler der *Google*-Suchmaschine, *Sergey Brin* und *Lawrence Page*, führten in dem Aufsatz, in dem der Prototyp vorgestellt wurde, aus:

„We expect that advertising funded search engines will be inherently biased towards the advertisers and away from the needs of the consumers.“²⁸

Zuletzt sind Verbraucher der Regelungshoheit der Plattformbetreiber unterworfen.²⁹ Ihnen bleiben nur die Optionen, die für den Zugang zu einer Plattform etwa erforderlichen Einwilligungen in Datenverarbeitung zu akzeptieren oder keinen Zugang zu erhalten (*take it or leave it*).³⁰ Dabei können sie sich nicht als Gruppe koordinieren, um ihre Verhandlungsposition zu stärken.³¹

Die ökonomischen Besonderheiten der Plattformökonomie wirken sich somit auch unmittelbar zulasten der Verbraucher aus und erfordern einen speziellen Schutz.

²³ *Busch* in: *Busch*, P2B-VO, 2022, Art. 5 Rn. 2, 22; vgl. Europäische Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 457 – *Google Shopping*; s. u., S. 188 ff.

²⁴ *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F50 ff.

²⁵ *Peitz* (CERRE), The prohibition of self-preferencing in the DMA, 2022, S. 25; *Fletcher et al.* (Digital Regulation Project), Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms, SSRN 2021, S. 18.

²⁶ *Cabral et al.*, The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, S. 15 f.; *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 52.

²⁷ *Kerber/Specht-Riemenschneider*, Synergies Between Data Protection Law and Competition Law, 2021, S. 88 ff.; *Egberts*, Manipulation through Design, SSRN 2022. Digitalunternehmen

²⁸ *Brin/Page*, The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine, 1998, Appendix A.

²⁹ *Wielsch*, ZUM 2023, 153 (158); *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (4); *Kettemann/Schulz*, Setting Rules for 2.7 Billion, 2020, S. 31.

³⁰ *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 8 f., 66; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 662.

³¹ *Crémer et al.* (Digital Regulation Project), Fairness and Contestability in the DMA, 2021, S. 9.

3. Verbraucher- und Grundrechtsschutz im Digitalen

Neben den Veränderungen im Marktumfeld und Wettbewerb rücken im Digitalen neue Interessen und Rechtsgüter der Verbraucher in den Vordergrund. Es geht etwa nicht länger darum, ob ein unsicheres Produkt die Gesundheit oder das Eigentum des Verbrauchers in Mitleidenschaft ziehen kann, sondern darum, die Selbstbestimmung der Verbraucher angesichts algorithmisch zusammengestellter Rankings zu wahren oder den Datenschutz mit Blick auf umfangreiche Nutzerprofile sicherzustellen.

Die neuen Verbraucherinteressen sind nicht nur wirtschaftlich. Sie spiegeln vielmehr wider, dass die digitalen Plattformen von erheblicher Bedeutung für das private und gesellschaftliche Leben und die Wahrnehmung von Grundrechten sind.³²

Grundrechtsträger sind im digitalen Umfeld erstens häufig darauf angewiesen, die von Privaten angebotenen Dienste als Verbraucher zu nutzen, um grundrechtliche Freiheiten wahrzunehmen.³³ So ist der Zugang zum sozialen Netzwerk notwendig, um darüber die Meinung zu äußern (vgl. Art. 11 GRC) und an der Gesellschaft teilzuhaben. Zweitens können digitale Dienste durch ihre Präsenz im Alltag der Verbraucher deren Entscheidungen als Marktteilnehmer und Bürger entscheidend prägen: Beispielsweise bestimmt die Darstellung von Informationen durch Suchmaschinen mit, wie wirtschaftliche und demokratische Entscheidungen getroffen werden.³⁴ Nutzer nehmen drittens bei ihrer digitalen Marktteilnahme die Verkürzung grundrechtlicher Schutzzräume durch Private hin: Wer mit Daten zahlt, macht eine grundrechtlich besonders geschützte Sphäre (vgl. Art. 7, 8 GRC) zum Wirtschaftsgut. Torwächter erstellen aufgrund von vertraglichen Einwilligungen umfangreiche Profile, die tief in die Privatheit der Verbraucher eingreifen.³⁵

Hier zeigt sich die eingangs beschriebene Entgrenzung, die sich nicht nur, aber besonders im Digitalen auswirkt: Die Rollen als Marktteilnehmer und Bürger fallen zusammen. Private Nutzer digitaler Plattformen sind wirtschaftliche Akteure und Grundrechtsträger zugleich. Sie sind Verbraucher und Bürger. Sie verfolgen private ökonomische Interessen und nehmen bürgerliche Freiheiten sowie demokratisch-politische Aufgaben wahr.

Neben die individuelle Dimension, die die Rolle des Einzelnen als Verbraucher und Bürger betrachtet und die in dieser Arbeit im Vordergrund steht, tritt eine institutionelle, bei der es um die Machtstellung digitaler Plattformen und ihren Einfluss auf grundrechtlich-gesellschaftliche Prozesse geht. Die Macht digitaler Plattformen

³² Vgl. *Busch et al.* (Platform Observatory), *Uncovering blindspots in the policy debate on platform power*, 2021, S. 11 f.; vgl. *Wielsch*, ZUM 2023, 153 (158).

³³ BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 (189 Rn. 85) – *Recht auf Vergessen I*; s. u., S. 84 ff.

³⁴ *Stucke/Ezrachi*, 32 Berkeley Technology Law Journal 2017, 1240 (1271 ff.).

³⁵ Vgl. BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 (190 Rn. 85) – *Recht auf Vergessen I*; *Busch et al.* (Platform Observatory), *Uncovering blindspots in the policy debate on platform power*, 2021, S. 17 f.; *Helberger et al.* (BEUC), *Structural asymmetries in digital consumer markets*, 2021, S. 95; *Deuring*, *Datenmacht*, 2021, S. 330; *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (21).

gegenüber ihren privaten Nutzern lässt sich nur adäquat erfassen, wenn sowohl ihr Einfluss auf die wirtschaftliche Betätigung als auch ihr Hineinragen in die bürgerlich-grundrechtliche Sphäre berücksichtigt wird.³⁶ *Facebook* und *X* können den Ausgang von Wahlen beeinflussen.³⁷ Digitale Macht ist also mehr als digitale Marktmacht.³⁸ Sie zeigt sich nicht nur darin, dass sich ein Unternehmen in nennenswertem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Abnehmern verhalten kann – so die im Kartellrecht gebräuchliche Definition³⁹ – sondern zusätzlich darin, dass Digitalunternehmen unmittelbar Einfluss auf die Steuerung von Informationen⁴⁰ und damit auf gesellschaftliche und politische Prozesse sowie auf außerwirtschaftliche (Grund)Rechte der Nutzer nehmen können.⁴¹

Weil der Einfluss digitaler Plattformen über das Wirtschaftliche hinaus geht und unmittelbar besonders grundrechtssensible Bereiche betrifft, wirken die Marktversagenstatbestände, die der Plattformökonomie anhaften, auch über das Ökonomische hinaus. Wettbewerb dient nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern hilft, Freiheit und Grundrechte zu schützen.⁴² Die Wettbewerbskommissarin *Vestager* betonte entsprechend bei der Vorstellung des DMA: „A fair marketplace is part of every democracy“.⁴³ Ist der Wettbewerb in der Plattformwirtschaft geschwächt, schlägt dies auf die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbs durch. Genauso, wie im digitalen Umfeld ein spezieller Verbraucherschutz notwendig ist, um Wettbewerbsdefizite zu kompensieren, ist auch ein besonderer Freiheits- und Grundrechtsschutz erforderlich.

Der Ansatz dieser Arbeit ist, Verbraucherschutz und Grundrechtsschutz in Verbindung zu setzen und gemeinsam zu verfolgen – im analogen und besonders im

³⁶ Vgl. *Gerbrandy*, Conceptualizing Big Tech As ‚Modern Bigness‘, SSRN 2018, S. 2 f.

³⁷ *Cohen*, Between Truth and Power, 2019, S. 88 f.; *Kapczynski*, 129 (5) Yale Law Journal 2020, 1460 (1462 f.).

³⁸ Zu letzterer: *Volmar*, Digitale Marktmacht, 2019, S. 224 ff.

³⁹ EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 4 – *Hoffmann-La Roche*.

⁴⁰ Vgl. *Cohen*, Between Truth and Power, 2019; *Kapczynski*, 129 (5) Yale Law Journal 2020, 1460; *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, 2019, S. 132 f.

⁴¹ Vgl. United Nations Human Rights Council, Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, U.N. Doc. A/HRC/41/41, 2019, Rn. 4; *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858); *Gerbrandy*, Conceptualizing Big Tech As ‚Modern Bigness‘, SSRN 2018, S. 1 f.; Europäische Kommission, Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms, Final Report, 2018, S. 58.

⁴² *Böhm* in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt a.M. (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, S. 1 (22); *Wörsdörfer*, The Digital Markets Act and E.U. Competition Policy: A Critical Ordoliberal Evaluation, SSRN 2022, S. 9; vgl. *Nothdurft* in: Bunte, Kartellrecht, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB Rn. 198; *Drexler* in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 905 (954); *Blaschczok*, Freiheit und Fairness, 2023, S. 246 ff.; s. u., S. 34 f.

⁴³ Pressekonferenz v. 25.03.2022, abrufbar unter: <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-222440?lg=INT> (Min.: 16:11); vgl. *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F102 f.; *Gerbrandy*, Conceptualizing Big Tech As ‚Modern Bigness‘, SSRN 2018, S. 2 f.

digitalen Umfeld. Hierfür wird im ersten Kapitel das Konzept der *Consumer Citizens* entwickelt.⁴⁴

II. Verbraucherschutz und Grundrechte in der europäischen Plattformregulierung

Die Disruptionen durch die Digitalisierung und die Besonderheiten der Plattformökonomie haben neue Regulierungsansätze herausgefordert, die Anlass und Gegenstand dieser Untersuchung sind: Die Europäische Union nimmt sich der Aufgabe an, der digitalen Wirtschaft einen eigenen Rechtsrahmen zu setzen, der die digitale Zukunft gestaltet.⁴⁵ Im Zentrum der Regulierungsbestrebungen steht der Digital Markets Act (DMA),⁴⁶ welcher die wirtschaftlichen Auswirkungen einhegen soll, die große Digitalunternehmen haben. Der DMA ist Eckstück eines regulatorischen Puzzles, das insbesondere durch den Digital Services Act (DSA)⁴⁷ ergänzt wird.

I. Der Digital Markets Act

Der DMA reagiert auf die dargestellten Besonderheiten und Marktversagenstatbestände der Plattformökonomie, die dazu führen, dass „die Marktprozesse im Bereich der zentralen Plattformdienste oft keine fairen wirtschaftlichen Ergebnisse gewährleisten“ können.⁴⁸ Er soll digitale Märkte fair(er) und bestreitbar(er) machen (Art. 1 Abs. 1). Unternehmen, Verbraucher und Wettbewerber sollen der wirtschaftlichen Macht der „Big Tech“-Unternehmen etwas entgegensetzen können.

Die Verordnung funktioniert wie folgt.⁴⁹ Wirtschaftlich besonders mächtige Unternehmen werden von der Europäischen Kommission als sogenannte „Torwächter“ (*gatekeepers*) benannt. Hierfür müssen kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein: Das Unternehmen muss eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben oder absehbar erreichen, einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt haben und einen sogenannten zentralen Plattformdienst betreiben, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient (Art. 3 Abs. 1 DMA). In einem ersten Schritt wurden sechs Unternehmen als Torwächter benannt: *Alphabet*, *Amazon*,

⁴⁴ S. u., S. 21 ff.

⁴⁵ Europäische Kommission, Gestaltung der digitalen Zukunft Europas, COM(2020) 67 final [Europäische Kommission, Gestaltung der digitalen Zukunft, 2020].

⁴⁶ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.10.2022, S. 1 ff. [Digital Markets Act, DMA].

⁴⁷ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 v. 27.10.2022, S. 1 ff. [Digital Services Act, DSA].

⁴⁸ ErWG 5 S. 1 DMA, s. insb. ErWG 2–5, 13.

⁴⁹ Für einen Überblick *Podszun/Bongartz/Kirk*, NJW 2022, 3249; s. u., S. 125 ff.

Apple, ByteDance (Betreiber von *TikTok*), *Meta* und *Microsoft*.⁵⁰ Im Nachgang folgte *Booking.com*.⁵¹ (Nur) für diese Unternehmen gilt der DMA.⁵²

Die Verordnung sieht in Bezug auf von Torwächtern betriebene zentrale Plattformdienste, d. h. besonders wichtige digitale Dienste wie Messenger-Dienste, soziale Netzwerke oder Suchmaschinen,⁵³ bestimmte Verhaltenspflichten vor (Art. 5–7, 14, 15). Beispielsweise dürfen die Torwächter personenbezogene Daten von verschiedenen Plattformdiensten nicht ohne ausdrückliche Einwilligung zusammenführen, also *Meta* die Daten von *WhatsApp*, *Instagram* und *Facebook* nicht kombinieren (Art. 5 Abs. 2). Überwacht wird die Einhaltung der Verpflichtungen von der Europäischen Kommission, die u. a. Nichteinhaltungsentscheidungen und empfindliche Geldbußen sowie strukturelle Abhilfemaßnahmen verhängen kann (Art. 20 ff.).

2. Verbraucher in der Plattformregulierung

Verbraucher sind, wie gezeigt, von den tatsächlichen Veränderungen durch die Digitalisierung unmittelbar betroffen. Sie sind wesentliche Akteure digitaler Märkte. Verbraucher haben entscheidende Bedeutung für das Funktionieren von Märkten und Einfluss auf Wettbewerb und Marktergebnisse. Sie sollen als Schiedsrichter über den Erfolg von Unternehmen entscheiden.⁵⁴ Genauso fallen Verbraucher unter die Plattformregulierung: Wenn der DMA digitale Märkte „gestaltet“,⁵⁵ verändert er auch die Rolle der Verbraucher in diesen und justiert ihre Beziehung zu den Torwächtern und anderen Nutzern neu. Verbraucher werden die Auswirkungen der Verordnung im täglichen Umgang mit den Torwächter-Diensten spüren – etwa, wenn Nachrichten in Zukunft von einem Messenger-Dienst zum anderen gesendet werden können (Art. 7 DMA).

Allerdings: Auf den ersten Blick geht der DMA nur rudimentär auf die Herausforderungen der Plattformökonomie für Verbraucher ein: Verbraucher werden nur an vier Stellen nennenswert erwähnt,⁵⁶ nur eine Verpflichtung (Art. 15) stellt auf Verbraucher ab. Auch die Relevanz, die große digitale Plattformen für die Grundrechtsverwirklichung und gesellschaftliche Teilhabe haben, wird nur angedeutet (vgl. ErwG 35).

⁵⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 06.09.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_4328.

⁵¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 13.05.2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_2561.

⁵² Die aktuelle Liste der Torwächter sowie die „Designation Decisions“ sind hier abrufbar: <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/gatekeepers>.

⁵³ Die zentralen Plattformdienste sind abschließend in Art. 2 Nr. 2 DMA aufgeführt. Hierzu: *Bongartz/Kirk* in: Podszun, DMA, 2023, Art. 2 Rn. 4 ff.

⁵⁴ Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme zum Thema „Verbraucher und Binnenmarkt“, ABl. C 19 v. 25.01.1993, S. 22 (22 f.); *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 233 ff.

⁵⁵ So der Anspruch der Europäischen Kommission, vgl. Europäische Kommission, *Gestaltung der digitalen Zukunft*, 2020.

⁵⁶ Art. 8 Abs. 1 S. 3, Art. 9 Abs. 4 S. 1, Art. 15, Art. 42 DMA.

Stellenregister

AEUV

- Art. 12 107 f.
- Art. 114 96 ff.
- Art. 169 58 ff.

AGB-Kontrolle 213 ff., 218 ff., 232 f.

Aktualisierung der Verpflichtungen 137 ff., 228 f.

Auslegung 15 ff., 158 ff., 183 ff.

Auswahlmöglichkeiten 3 ff., 143 ff., 156 f.

Bestreitbarkeit 149 f., 186 f., 209 f., 237 f.

Binnenmarkt 103 ff.

Brüssel-Effekt 246 ff.

By Design 249 ff.

Compliance 203 ff., 241 f., 249 ff.

Consumer Citizens 23 ff., 45 ff.

Crawling s. Ranking

Datenschutz 77 ff., 219 ff., 235 ff.

Digitaler Konstitutionalismus 246 ff.

DMA 9 f., 125 ff.

– Art. 1 149 ff., 167 ff., 177 ff.

– Art. 5 Abs. 6 186 ff.

– Art. 5 Abs. 12 u. 13 208 ff.

– Art. 12 137 ff., 228 f.

– Art. 15 234 ff.

– Art. 42 92 ff., 134 ff.

– Durchsetzung s. Compliance

– Fairness 166 ff., 177 ff., 249 ff.

– Gesetzgebungsverfahren 152 f.

Drittwirkung 32 ff., 41 f.

DSA 130 f., 231, 249

DSGVO 77 ff., 89 f., 163 f., 219 ff., 238 ff., 244, 249

Durchsetzung s. Compliance

Einwilligung 77 ff., 219 ff., 235 ff.

Endnutzer

– Begriff 127 ff.

– Leitbild 142 ff.

– Verhältnis zum Verbraucherbegriff 129 ff.

Entscheidungsarchitektur 195 ff., 249 ff.

Fairness

– by Design 249 ff.

– Endnutzer 149 ff.

– im DMA 166 ff., 177 ff.

– im europäischen Recht 161 ff.

– Rankings 192 ff.

– Zugangsbedingungen 171 ff., 217 ff.

FRAND 193 ff., 217 ff.

Gewerbliche Nutzer 127 ff., 147

Gleichbehandlung 83 ff.

Grundfreiheiten 70, 104 f.

Grundrechte

– Drittwirkung 32 ff., 41 f.

– Marktteilnahme 30 f.

– Schutzdimension 37 ff.

– und Verbraucherschutz 23 ff., 30 ff., 40 ff.

– Verpflichtete s. Drittwirkung

Grundrechte-Charta

– Art. 8 77 ff.

– Art. 20 u. 21 82 ff.

– Art. 38 109 ff.

– Art. 47 93 f.

– Art. 51 32 ff.

Hohes Verbraucherschutzniveau 99 ff., 109 ff.

Indexing s. Ranking

Inhaltskontrolle s. AGB-Kontrolle

Gatekeeper s. Torwächter

- Konstitutionalisierung 246 ff.
 Kopplungsverbot 219 ff.
- Lock-In-Effekte 3 ff., 156 f.
- Mindeststandards 89 ff.
- Netzwerkeffekte 3 ff., 156 f.
 Nutzer s. Endnutzer u. gewerbliche Nutzer
- Optimierungsgebot 101 f.
- P2B-Verordnung 152 ff., 219 ff., 191 f., 210
 Pfadabhängigkeit 3 ff., 156 f.
 Plattformbedingungen 171 ff., 213 ff., 230 ff.
 Plattformökonomie 3 ff.
 Primärrechtskonforme Auslegung 18,
 158 ff.
 Profiling 234 ff., 242 ff.
- Rankings 173 f., 186 ff.
- Self-executing 249 ff.
 Schutzniveaulausel 97 ff.
 Selbstständigkeitspostulat 68 f.
 Selbstbestimmung 63 ff., 188 f., 195 ff.
 Selbstbevorzugung 187, 195
- Torwächter 9 f., 125 f.
- Verbandsklage 92 ff., 134 ff.
 Verbraucher
 – Begriff 24 ff.
 – im DMA 125 ff., 150 ff., 240
 – Leitbild 139 ff.
 – Plattformregulierung 129 ff.
 – Verhältnis zum Endnutzerbegriff 129 ff.,
 150 ff.
 Verbraucherinteressen 41 ff., 60 ff., 75 ff.
 – Datenbezogene 77 ff.
 – Durchsetzung 92 ff.
 – Gesundheit 61 f.
 – Gleichbehandlung 82 ff.
 – Mindeststandards 89 ff.
 – Selbstbestimmung 63 ff.
 – Sicherheit 61 f.
 – wirtschaftliche 63 ff.
 Verbraucherschutz 7 ff., 24 f., 35 f., 40 ff.,
 58 ff.
 – und Grundrechte 23 ff., 30 ff., 40 ff.
 Verbraucherschutz-Grundsatz
 – Art. 38 GRC 109 ff.
 – Bündelung der Verbraucherrechte 53 f.,
 71 ff., 121 f.
 – Rechtsprechung 111 ff., 293 ff.
- Zugangsanspruch 223 f.
 Zugangsbedingungen 87 f., 213 ff., 223 f.,
 229 ff.