

1. Kapitel: Einleitung

I. Das digitale Zeitalter

Die zunehmende Digitalisierung unserer Umwelt erfasst mittlerweile jeden Lebensbereich und stellt die Gesellschaft und das Recht vor neue Herausforderungen. Die technischen Möglichkeiten führen die Menschen in eine digitale Welt, der sich praktisch niemand entziehen kann. Man spricht von einer digitalen Revolution, deren Bedeutung die industrielle Revolution wahrscheinlich bei weitem übersteigen wird. Ihre ökonomischen, sozialen, kulturellen, politischen und rechtlichen Implikationen sind offensichtlich und vermehrt Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen.

In rechtlicher Hinsicht wurde lange Zeit das Hauptaugenmerk auf das Datenschutz- und das Urheberrecht gelegt¹, wobei sich allerdings schon in diesen Rechtsgebieten der Zwischenbefund ergibt, dass die auftretenden Fragen immer beide Materien – und weitere, darüber hinausgehende Rechtsgebiete – erfassen. So lässt sich beispielsweise die Frage eines möglichen „Eigentums“ an personenbezogenen Daten nicht nur datenschutz- oder nur urheberrechtlich diskutieren, sondern es müssen beide Rechtsgebiete gleichermaßen berücksichtigt und auch das allgemeine Zivilrecht einbezogen werden.

Ein weiteres Hauptaugenmerk der Diskussion rund um die Rechtsfolgen der Digitalisierung lag auf der Frage der Substituierbarkeit juristischen Arbeitens durch Maschinen, eine Frage, die auch in letzter Zeit wieder heftig diskutiert wird („Legal Tech“)².

Zunehmend verbreitet sich aber die die Rechtsinformatik als Wissenschaftsdisziplin seit den 70-er Jahren des 20. Jahrhunderts begleitende Erkenntnis, dass die Digitalisierung alle Rechtsbereiche erfasst, damit fachübergreifend diskutiert werden muss und auch das klassische Privatrecht betrifft und dort neue Fragen aufwirft.

Dieser Befund wird durch die Beobachtung der rechtspolitischen Entwicklungen bestätigt: Überall entstehen Digitalisierungsstrategien, Digitalräte, Digitalisierungsiniciativen, Digitalisierungsministerien, deren Themen quer zu klassischen juristischen Kategorien laufen. Diese Entwicklung hat inzwischen (erhebliche) Auswirkungen auch auf die Rechtspolitik: So hat die Europäische Kommission den Digitalen Binnenmarkt als eine ihrer Top-Prioritäten auf der Agenda³, fasst darunter jedoch Initiativen zu (rechtlich) so verschiedenen Themen wie Regeln zu audiovisuellen Mediendiensten („Fernsehen“)⁴, Informati-

¹ Dazu unten S 79 und S 75.

² Vgl dazu zB *Veith ua*, www.bucerus-education.de/fileadmin/content/pdf/studies_publications/Legal_Tech_Report_2016.pdf.

³ https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_de.

⁴ Vgl zB COM(2016) 287 final.

onssicherheit⁵, Urheberrecht⁶, Durchsetzung von Verbraucherrechten⁷ und Datenschutz⁸ zusammen. Das Regierungsprogramm 2017-2022⁹ der österreichischen Bundesregierung nennt „Digitalisierung“ dutzende Male und sieht damit so heterogene Ziele verknüpft wie die „Schließung von Sicherheitslücken digitaler Netze in Österreich und Schutz der Bürger vor neuen Bedrohungen durch die Digitalisierung“, „[e]ffektivere Universitätsgovernance und Digitalisierung der Hochschulen“, die „Schaffung umfassender Rechtssicherheit für die Chancen der Digitalisierung und den Einsatz neuer Systeme“ sowie „innovative, neue Geschäftsmodelle und Technologien im Sinne der gesellschaftlichen Entwicklung [zu] ermöglichen und gleichzeitig die Datenautonomie/-hoheit des Bürgers und Konsumenten sicher[zu]stellen.“

II. Empirische Ausgangsbedingungen

Es ist inzwischen zu einem Gemeinplatz geworden, dass Daten das Öl des 21. Jahrhunderts sind. Entsprechend mannigfach und ausdifferenziert begegnen uns Rechtsgeschäfte, in denen Daten Gegenstand sind. Im Folgenden wird deshalb nicht versucht, ein vollständiges Panorama möglicher vertraglicher Beziehungen zu entwickeln, sondern es wird stattdessen der Versuch unternommen, typologische Gemeinsamkeiten zu identifizieren, aus denen privatrechtliche Folgen zu erwarten sind. Diese sind insbesondere die Folgenden:

A. „Unentgeltlichkeit“

In zahlreichen digitalen Beziehungen wird die Leistung der einen Seite insoweit unentgeltlich erbracht, als für diese keine monetäre Gegenleistung erwartet und erbracht wird. Stattdessen sieht das Erlösmodell des Leistungserbringers einen Mittelfluss vor, der über Dritte – insbesondere Werbende – verläuft und der umso ertragreicher ist, je ausdifferenzierter die Informationen sind, die über den Leistungsnachfrager bekannt sind. Möglich wird dies häufig, weil die Vertriebskosten gering sind¹⁰, die variablen Kosten niedrig und Netzwerkeffekte auftreten, die die Attraktivität des Angebots steigen lassen, wenn die Nutzerzahl steigt.

Voraussetzung des Geschäftsmodells ist damit, dass der Leistungsnachfrager bereit ist, über sich Informationen preiszugeben. Es entsteht damit ein dem Geschäftsmodell inhärenter Anreiz, möglichst viele und möglichst detaillierte

⁵ NIS-RL 2016/1148/EU.

⁶ COM(2016) 594 final; COM(2016) 593 final.

⁷ COM(2016) 283 final.

⁸ COM(2017) 10 final.

⁹ www.bundeskanzleramt.gv.at/at.gv.bka.liferay-app/documents/131008/569203/Regierungsprogramm_2017%E2%80%932022.pdf/b2fe3f65-5a04-47b6-913d-2fe512ff4ce6.

¹⁰ COM(2017) 229 final 7.

Daten über den Nutzer zu erheben und zu speichern, was im Gegensatz zu datenschutzrechtlichen Grundprinzipien wie dem der Datensparsamkeit und der Datenvermeidung steht. Jedoch interessiert den Unternehmer nicht „der Nutzer“ im Sinne einer konkreten, individuellen natürlichen Person („Herr Maier; Frau Müller“). Vielmehr interessiert ihn eine möglichst exakte Kategorisierung von Personen („Personen, die zwischen 30 und 35 Jahre alt sind, in der Innenstadt leben, viel fliegen, kein Auto und keine Kinder haben“).

Auch entsteht eine datenschutzrechtlich herausfordernde Situation aus dem Umstand, dass die Erbringung der Leistung nicht selten an die freiwillige Preisgabe personenbezogener Daten gekoppelt ist, die für die Erbringung der Dienstleistung selbst nicht erforderlich sind. Deswegen entstehen hier Fragen der Freiwilligkeit der Einwilligung einerseits, des Verhältnisses informierter Einwilligung zum datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand und schließlich des Bestehens oder Nichtbestehens eines datenschutzrechtlichen Kopplungsverbots andererseits.

Beispiele für dieses Geschäftsmodell lassen sich insbesondere im Bereich der so genannten Sozialen Netzwerke (Facebook, Instagram, WhatsApp, Snapchat) etc finden, zeigen sich aber beispielsweise auch beim Anbieten von Kommunikationsdienstleistungen (Skype), bei Cloud-Diensten (Google Drive, Dropbox) und neuerdings bei Apps, die auf Mobiltelefonen Verwendung finden. Für so gut wie jedes denkbare Bedürfnis – von der Wettervorhersage, über Partnervermittlung bis zum Betrieb einer Taschenlampe, einer Stoppuhr oder eines GPS-Trackers – lassen sich Modelle finden, in denen die Dienstleistung werbefinanziert aus Nutzersicht (vordergründig) unentgeltlich erbracht wird. Verkomplizierend kommt bei Apps häufig hinzu, dass diese in einer Basisversion unentgeltlich, in einer Premiumversion entgeltlich vertrieben werden und/oder durch Entgelte finanziert werden, die durch das Abschließen weiterer Verträge bei Nutzung der App („In-App-Käufe“) fällig werden.

Da die Unentgeltlichkeit des Dienstes für viele Nutzerinnen und Nutzer attraktiv ist, entstehen wettbewerbs- und kartellrechtlich relevante Folgefragen insbesondere dann, wenn etablierte Anbieter eines derartigen unentgeltlichen Geschäftsmodells disruptiv in Märkte vordringen, die bisher traditionell entgeltbasiert funktionierten. In beachtlicher Geschwindigkeit können traditionelle Anbieter durch unentgeltlich operierende Neueinsteiger verdrängt werden. Beispiel hierfür kann etwa der Geoinformationsmarkt sein, der durch Dienste wie Google Maps nachhaltig und wohl irreversibel verändert wurde. Auch die Geschäftsmodelle im Musikvertrieb haben sich innerhalb weniger Jahre gewandelt, vergleichbare Entwicklungen zeigen sich im Film- und Fernsehmarkt.

B. Plattformabhängigkeit

Zahlreiche der oben beschriebenen unentgeltlichen Verträge werden nicht im Rahmen traditioneller zweipersonaler Beziehungen, sondern über Plattformen geschlossen, die von beiden Seiten benötigt werden, um in eine vertragsrechtliche Beziehung überhaupt eintreten zu können. Dabei sind die die Platt-

form ermöglichenden Geschäftsmodelle divers, sie sehen aber häufig vor, dass im Falle des Zustandekommens des Vertrages mindestens eine Seite ein Entgelt an den Plattformbetreiber zu leisten hat und sind so gut wie immer datengetrieben – der Plattformbetreiber monetarisiert die auf der Plattform anfallenden Daten.

Anders als bei klassischen Geschäftsmodellen wird von einer Plattform nicht mehr ein Produkt hergestellt oder eine Dienstleistung an einen Kunden erbracht; vielmehr besteht die Dienstleistung der Plattform darin, die beteiligten Partner zu vermitteln und diesen einen (virtuellen) Raum für (rechtliche) Beziehungen zu ermöglichen. Eine Plattform ist daher regelmäßig umso attraktiver, je größer sie ist, weil es auf einer großen Plattform wahrscheinlicher und einfacher ist, (Vertrags-)Partner zu finden.

Die Plattformen „ersetzen dabei die unsichtbare Hand des Marktes“¹¹, was wiederum zu erheblichen Gewinnen zugunsten der Plattformbetreiber und zu Lasten der Anbieter der Ware oder Dienstleistung führen kann.

Gleichzeitig kann der Plattformbetreiber jederzeit und ohne Vorwarnung entscheiden, nicht nur die Bedingungen auf der Plattform zu ändern, sondern sich selbst auf dieser als Geschäftspartner zu betätigen oder als solcher zurückzuziehen. Die strategischen Entscheidungen des Plattformbetreibers sind für die beteiligten Partner kaum erkenn- oder gar nachvollziehbar, haben aber erhebliche Auswirkungen für das eigene Agieren auf der Plattform. Ein gutes Beispiel mag hier Amazon sein, das sich von einem Buchhändler binnen weniger Jahre zu einer universellen Handelsplattform entwickelt hat, auf welcher das Unternehmen andere Händler unterstützt, gleichzeitig aber auch in Konkurrenz zu diesen auftritt und beide Anbieter für den Verbraucher nur „einen Klick entfernt“ sind. Amazon entwickelte sich auch zu einem weltweit führenden Cloud-serviceprovider, mit dessen Diensten ua die eigene Handelsplattform betrieben und unterstützt wird.

Das Geschäftsmodell ist im Internet vergleichsweise alt und geht bis in die 90-er Jahre des 20. Jahrhunderts zurück, hat aber in den letzten Jahren weiter erheblich an Dynamik gewonnen und erfasst inzwischen zahlreiche Branchen, die – auf den ersten Blick – von Digitalisierung wenig betroffen schienen. Beispiele wären etwa eBay, Uber, airbnb, Foodora und Tinder.

Die Europäische Kommission identifiziert als wichtige Merkmale von Online-Plattformen¹²:

- Möglichkeit zur Schaffung und Gestaltung neuer und Übernahme klassischer Märkte sowie Schaffung neuer Beteiligungs- und Geschäftsformen durch Sammlung, Verarbeitung und Aufbereitung großer Datenmengen;

¹¹ www.linkedin.com/pulse/digitale-gesch%C3%A4ftsmodelle-und-plattform%C3%B6konomie-kurt-brand/?trackingId=W2EHlOdEWhSz0Aevwql2xg%3D%3D.

¹² COM(2016) 288 final 2 f.

- Vielseitigkeit der Märkte mit unterschiedlichen Möglichkeiten zur Kontrolle der direkten Interaktion zwischen Nutzergruppen;
- Nutzung von „Netzwerkeffekten“ in Fällen, in denen der Wert eines Dienstes mit wachsender Nutzerzahl steigt;
- Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien für den direkten und einfachen Zugang zu Nutzern;
- Schlüsselrolle bei der digitalen Wertschöpfung durch Erfassung großer Datenmengen, Erleichterung neuer Unternehmungen und Schaffung strategischer Abhängigkeiten.

Da in diesem Segment erhebliche Marktkonzentrationen auftreten und zahllose entgeltliche Verträge geschlossen werden, sind hier Unternehmen, die früh in den Markt eingestiegen sind, regelmäßig und schnell erfolgreich. Es entwickeln sich rasch weltweit agierende Anbieter mit nicht selten monopolartiger Marktmacht (Google, Facebook, Amazon, Uber, Airbnb, LinkedIn, Tinder usw).

In der Lehre hat die Entwicklung ua zu Vorschlägen für einen Richtlinienentwurf geführt¹³. Deren Hauptgegenstand liegt in der Formulierung von (weiteren) Informationspflichten für Plattformbetreiber, sie enthalten aber auch Regelungen zur Haftung¹⁴.

C. Ablösung von Ziel- durch Dauerschuldverhältnisse

Möglicherweise in einigen Bereichen auch durch rechtliche Vorgaben (insbesondere den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz) mit ausgelöst, in seinen Ausgangsbedingungen jedoch zumeist vor allem ökonomisch motiviert, zeigt sich ein deutlicher Trend, klassische Zielschuldverhältnisse, die mit dem Austausch der Leistungen regelmäßig erlöschen, durch Dauerschuldverhältnisse zu ersetzen, in denen die nachgefragte Leistung im Rahmen eines Abonnementmodells immer wieder aufs Neue befristet erbracht wird, bis das Abonnement gekündigt wird, was eine (sofortige) Beendigung der Erbringung der Dienstleistung zur Folge hat.

Zu nennen sind hier Verträge über die Bereitstellung von Software (Office365), von Cloud-Diensten (Dropbox, Amazon), von sonstigen digitalen Inhalten (Spotify, Amazon Prime, Netflix) oder von „Premium-Funktionalitäten“ sozialer Netzwerke (Strava).

Aber auch im Rahmen verbleibender Zielschuldverhältnisse zeigt sich zunehmend eine Tendenz, die Rechtsbeziehung zum Warengläubiger mit der Leistung nicht enden zu lassen, sondern diesen durch weitere mögliche Dienstleistungen und darüber abzuschließende Verträge „bei der Stange“ zu halten. Beispielhaft seien hier insbesondere Funktionalitäten genannt, die in „Smart

¹³ Vgl *Busch ua*, MMR 2016, 787.

¹⁴ Dazu unten S 291.

Cars“ freigeschaltet werden können¹⁵. Amazon bietet schon lange nicht nur die Abwicklung reiner Zielschuldverhältnisse, sondern versucht aus der jahrzehntealten Kundenbeziehung neue Services zu entwickeln und weitere Gewinnmöglichkeiten zu erschließen. Zu erwähnen sind etwa die persönlichen Empfehlungen aufgrund des bisherigen Kaufverhaltens oder „Amazon Prime“ – eine Art Abonnement mit Vergünstigungen bei der Lieferung, aber auch mit pauschal abgegoltenem Zugang zu digitalen Inhalten.

Besonders relevant ist die Entwicklung auch im Bereich der Mobiltelefonie, weil sich ein modernes Smartphone ohne Konto bei Google oder Apple aus Sicht vieler nicht sinnvoll benutzen lässt. Bei Android beginnt mit der Erfüllung des Zielschuldverhältnisses Handykauf von einem Dritthersteller¹⁶ ein jahrelanges, manchmal inzwischen jahrzehntelanges, Verhältnis zum Plattformbetreiber Google. Bei Apple sichert sich der Hardwarehersteller nach Lieferung des Geräts durch Verknüpfung mit dem Konto das jahrelange Fortlaufen der Kundenbeziehung. Da sowohl Apple wie auch Google rund um das Mobiltelefon Produktwelten etabliert haben (von Google Now bzw Siri über Chrome bzw Safari bis zu Chromebook bzw iMac) stehen Kunden einem Duopol gegenüber, bei dem es zunehmend schwieriger wird, von der einen Seite auf die andere zu wechseln. Dadurch wiederum entstehen Anreize, auch das nächste Gerät aus derselben Produktfamilie zu erwerben und damit immer noch mehr (personenbezogene) Daten aus unterschiedlichsten Nutzungszusammenhängen zu übermitteln.

D. Grenzüberschreitung und Globalisierung

Im digitalen Zeitalter ist vor allem der Umstand zu berücksichtigen, dass mit der Digitalisierung zwangsläufig eine Art Dislozierung der rechtlichen Akteure verbunden ist. Das Internet macht eben die gleichzeitige physische Anwesenheit, ja überhaupt eine gewisse örtliche Nähe der Interakteure, gänz-

¹⁵ Wohin die Entwicklung schon bald führen kann, zeigt vielleicht das Beispiel des Fahrzeugherstellers Tesla, der anlässlich einer Hurrikan-Katastrophe die Reichweite einiger Modelle erhöhte, ohne dass der Halter irgendetwas tun musste oder konnte, um diesem die Flucht zu erleichtern. Möglich war dies, weil die Reichweite (allein) softwaregesteuert festgelegt war und das Programm per Fernwartung modifiziert wurde. Vgl <https://electrek.co/2017/09/09/tesla-extends-range-vehicles-for-free-in-florida-escape-hurricane-irma/>.

¹⁶ Google tritt (auch) hier als Plattformbetreiber und gleichzeitig als Wettbewerber im Handymarkt auf, dazu oben S 65, vgl https://store.google.com/product/pixel_2. Das Beispiel zeigt auch gleich Facetten der Geo-Blocking-Problematik, weil das Produkt in Österreich nicht vertrieben wird, weshalb ein (potentieller) Käufer mit einer österreichischen IP-Adresse das Produkt gar nicht angefordert bekommt.

lich entbehrlich. Es müssen häufig zur Vertragserfüllung keine physischen Güter geliefert oder Dienstleistungen vor Ort erbracht werden und es müssen keine Entfernungen überwunden werden, um eine Vertragsanbahnung zu versuchen. Eine ganz entscheidende Rolle spielen hier die digitalen Güter (zB Software, digitale Informationen), die sich von klassischen materiellen Produkten vor allem dadurch unterscheiden, dass sie beliebig oft benutzt oder kopiert werden können, ohne sich dabei zu verbrauchen, und die sich vor allem über das Internet kostengünstig verteilen und an Kunden veräußern lassen. Ob der Anbieter einer Musikdatei, welche über einen Download aus dem Internet erhältlich ist, seinen Sitz in Österreich, Europa oder anderswo hat, hat für den Erwerber, sofern er keine Prüfung rechtlicher Risiken vornimmt, keinerlei Bedeutung. Auch die Übermittlungskosten und die Zeit, die für die Lieferung benötigt wird, sind bei digitalen Inhalten in der Regel vernachlässigbar. Gleichzeitig entfallen für den Lieferanten/Hersteller Probleme des Lagerwesens, so dass die Ware/Dienstleistung in Echtzeit und mit so gut wie entfallenden variablen Kosten hergestellt und überall hin geliefert werden kann. Aus diesem Grund wird die Digitalisierung auch als wesentlicher Motor der Globalisierung gesehen.

Da die meisten der oben beschriebenen Leistungen zeit- und ortsunabhängig erbracht und nachgefragt werden können, sind Unternehmen in der Wahl ihrer Niederlassung und des Orts der Leistungserbringung weitgehend frei. Das ist seit den 90-er Jahren des 20. Jahrhunderts bekannt und führt seither regelmäßig zu Kontroversen, wie im Wettbewerb der zur Wahl stehenden Rechtsordnungen ein „race to the bottom“ bei der Wahl der Niederlassung vermieden werden könnte. Neuer als dieses rund um die Einführung des Herkunftslandprinzips in der E-Commerce-RL 2000/31/EG bereits erörterte Problem ist allerdings das Phänomen, dass die geschuldete Leistung selbst heute häufig an mehreren Orten erbracht werden kann und das leistende Unternehmen selbst nicht antizipieren kann, wo dies geschieht, und schon gar nicht bewusst den Leistungsort steuern kann. Cloud-Storage Lösungen (Google Drive etc) funktionieren heute derart, dass Dateielemente nach allein technischen Kriterien auf mehrere Data-Center verteilt werden, die auf unterschiedlichen Kontinenten liegen können und es ist auch für das Unternehmen nicht bekannt oder nur mit großem Aufwand feststellbar, wo die Daten liegen (werden). Dienstleistungen, die über Plattformen „ausgeschrieben“ werden¹⁷, werden irgendwo vom Billigstbieter erbracht – und niemand weiß im Vorfeld, wer das wo sein wird.

Zu beobachten sind jedenfalls Versuche des europäischen Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des nationalen Rechts auf außerhalb der EU stattfindende Sachverhalte zu erweitern (zB Art 3 Abs 2 DSGVO) oder sogenannte „virtuelle Betriebsstätten“ (vor allem in steuerrechtlicher Hinsicht) zu erfassen.

¹⁷ Vgl zB www.mturk.com/ mit dem Motto „*Human intelligence through an API. Access a global, on-demand, 24x7 workforce*“; www.my-hammer.at/.

sen¹⁸. Umgekehrt sind Bestrebungen zu beobachten, Expansionstendenzen anderer Rechtsordnungen entgegenzutreten¹⁹.

E. Geoblocking und Portabilität

Trotz der technischen Einfachheit einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Aktivität, sind Nachfrager nicht selten damit konfrontiert, dass der Anbieter ein grenzüberschreitendes Rechtsgeschäft verweigert, etwa, weil Einzelhändler sich weigern, an ausländische Kunden zu verkaufen oder zu liefern oder gar den Zugang zur Website blockieren/umleiten²⁰. Das Phänomen tritt bei digitalen Inhalten besonders häufig auf²¹ und hat seine Ursache darin, dass unternehmerische Entscheidungen zur Präsenz oder Absenz auf einem Markt ohne signifikante technische Mehrkosten jederzeit getroffen und revidiert werden können, sodass sie ausschließlich aufgrund ökonomischer Bewertungen, die auch rechtliche Risiken zur Grundlage haben können, getroffen werden.

F. Datenzusammenführung, Verschneidung

Wegen der ökonomischen Ausgangsbedingungen disruptiver Markteintritte sind in vielen Bereichen der Nutzung digitaler Inhalte dienstübergreifende Anbieter tätig, die unterschiedliche Bedürfnisse des einzelnen Nutzers umso besser bedienen können, je besser sie Informationen zwischen diesen Diensten

¹⁸ www.eu2017.ee/news/press-releases/eu-finance-ministers-agreed-develop-new-digital-taxation-rules; [www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ECOFIN_discusses_development_of_new_digital_taxation_rules/\\$FILE/2017G_05322-171Gbl_ECOFIN%20discusses%20development%20of%20new%20digital%20taxation%20rules.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ECOFIN_discusses_development_of_new_digital_taxation_rules/$FILE/2017G_05322-171Gbl_ECOFIN%20discusses%20development%20of%20new%20digital%20taxation%20rules.pdf); vgl aber auch <https://deutsche-wirtschaftsnachrichten.de/2017/11/23/widerstand-gegen-eu-weite-digital-steuer-waechst/>.

¹⁹ Vgl etwa *European Commission*, http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-17-5164_en.htm: „*The European Commission has decided today to submit, on behalf of the European Union, an amicus brief to the United States Supreme Court in Case No. 17-2, United States v. Microsoft Cooperation. This case raises the question whether, under the US Stored Communications Act, US courts can require a US-based service provider to produce the contents of a customer’s email account stored on a server located outside the United States, in this case Ireland*“; vgl auch Statement of the *Article 29 Working Party*, http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48801, 9.

²⁰ Die Kommission spricht in derartigen Fällen (wenig trennscharf) von „Geoblocking“; vgl COM(2017) 229 final 13 f.

²¹ COM(2017) 229 final 27. Dazu unten S 84.

austauschen können und die mit diesem Datenschatz genug Kapital anhäufen, um jederzeit in neue Märkte ausbrechen zu können.

Diese Verschneidung unterschiedlicher Informationen führt damit beim Nutzer zu einer besseren Nutzererfahrung, beim Anbieter zu einer besseren Bedienung des Geschäftsmodells und insgesamt zu einer digitalen Erfahrung, die von Welten dominiert ist, in denen ein Plattformanbieter marktübergreifend einheitliche Nutzerwelten generiert. Beispielfhaft zu nennen seien hier Dienste wie Google (Search, Youtube, Maps, Drive, etc), Facebook (Instagram, WhatsApp, Facebook), Apple (iCloud, iPhone) und Amazon (Prime, Music etc). Es entstehen umfangreiche Datensammlungen, die wiederum für die Entwicklung neuer Märkte genutzt werden, in welche durch Plattformanbieter jederzeit eingetreten werden kann²², und die von den Nutzern regelmäßig als intransparent wahrgenommen werden. Vom Cloudservice (Amazon Web Services oder Google Drive oder iCloud) über den digitalen Assistenten (Alexa oder Google Assistant oder Siri) bis zum Musikhören (Amazon Prime oder Google Play oder Apple Music) kommt, wenn der Nutzer will, alles aus einer Hand und wird umso passgenauer, je mehr die Plattform über den Nutzer bereits weiß.

G. Netzwerkeffekte, Trend zum Monopol

Insbesondere für Plattformbetreiber treten damit erhebliche Netzwerkeffekte auf, weil der Anteil variabler Kosten sehr gering ist und erhebliche Ska-

²² So verdichteten sich beispielsweise im November 2017 die Gerüchte, Amazon würde in den Versicherungsmarkt einsteigen, vgl www.internetworld.de/e-commerce/amazon/amazon-greift-versicherungsbranche-an-1434645.html; www.pfefferminzia.de/versandriese-sucht-versicherungsprofis-wird-amazon-das-amazon-der-versicherungsbranche/; www.procontra-online.de/artikel/date/2017/11/amazon-der-angriff-kommt-durch-die-hintertuer/. Amazon hätte wegen der zur Verfügung stehenden Daten zu Millionen von Nutzern, der aufrechten, dauernden Kundenbeziehung zu diesen und der permanenten Visibilität des Dienstes schon jetzt erhebliche Vorteile im Vergleich zu traditionellen Anbietern, die zwar hohe Branchenexpertise aber geringe Datenmengen haben. Diese Datenvorteile werden noch erheblich wachsen, wenn es Amazon (oder einem anderen großen Plattformanbieter, der gleichartige Dienste entwickelt) gelingt, signifikante Kundenanteile von Alexa/Echo oder ähnlichen sprachgesteuerten Diensten im Wohnzimmer zu überzeugen, weil damit (wenigstens im Grundsatz) buchstäblich jede Regung in jedem Zimmer für das Unternehmen bekannt sein kann.

lenvorteile entstehen. Sie aggregieren Produkte/Dienstleistungen Dritter, ohne hierfür nennenswerte Kosten auf sich nehmen zu müssen²³.

H. Informationsasymmetrien

Plattformanbieter verfügen schon heute über unvorstellbar große Mengen personenbezogener Daten. Hingegen ist es für die ihnen gegenüber stehenden Kunden häufig ausgeschlossen oder wenigstens sehr schwierig nachzuvollziehen, wer auf welcher Rechtsgrundlage und zu welchem Zweck welche Daten erhoben, verarbeitet und übermittelt hat. Erst recht ist den Kunden unbekannt, zu welchen – uU auch vom Unternehmen selbst ursprünglich nicht geplanten – Zwecken diese Daten verwendet werden (könnten)²⁴.

I. „Entbetrieblichung“, Scheinselbständigkeit, Arbeitsrecht

Digitalisierung erleichtert die Entgrenzung und Informalisierung traditioneller Bedingungen der Produktion. Neue Selbständigkeit, Co-Working, Home-Office und Sharedspace sind Schlagworte, die einen auch privatrechtlich relevanten Trend beschreiben: den der Verlagerung traditionell arbeitsrechtlich geprägter Dienstverhältnisse zurück ins allgemeine Zivilrecht²⁵. Das gilt nicht nur für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch für die Selbstorganisation des Arbeitgebers selbst, etwa im Konzern. *„Damit schwindet gleichermaßen die Wirkmächtigkeit des arbeitsrechtlichen Schutzinstrumentariums, das insofern lediglich auf Unternehmen, allenfalls auf einen Konzern, nicht aber auf Verbände außerhalb gesellschaftsrechtlicher Verflechtungen bezogen ist.“*²⁶

J. Durchsetzungsschwierigkeiten

Insbesondere bei grenzüberschreitenden Verbrauchergeschäften haben Verbraucher Schwierigkeiten, (vermeintliche) Rechtsansprüche gerichtlich durchzusetzen. Auf diesen Umstand reagiert insbesondere die Kommission und

²³ Vgl nur zB *Thompson*, <https://stratechery.com/2017/defining-aggregators/>.

²⁴ So bietet, beispielsweise, der Anbieter „Frag-einen-Anwalt.de“ Freiberuflern anwaltliche Rechtsberatung zum Pauschalpreis von 80 € monatlich an, vgl www.frag-einen-anwalt.de/flatrate.asp. Möglich ist dies, weil dem Unternehmen ein Fundus von hunderttausenden Fragen und anwaltlichen Antworten zur Verfügung steht, die elektronisch ausgewertet und verwendet werden können, was ein völlig neues Geschäftsfeld für einen Plattformanbieter darstellt, dessen ursprüngliche Idee es „nur“ war, Kunden kostengünstig anwaltliche Beratung zu ermöglichen und Anwälten die Profilierung, Mandatsacquire und ein Zusatzeinkommen.

²⁵ *Hanau*, NJW 2016, 2614.

²⁶ *Hanau*, NJW 2016, 2614.