

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2019

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

XXVIII. FIDE-Kongress
vom 23. Mai bis 26. Mai 2018
in Estoril

Die deutschen Landesberichte:

Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft

Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen

Die externe Dimension der EU-Politiken



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2019

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

**XXVIII. FIDE-Kongress
vom 23. Mai bis 26. Mai 2018
in Estoril**

Die deutschen Landesberichte:
Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft
Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen
Die externe Dimension der EU-Politiken



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5848-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9981-5 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Dieses Beiheft der Zeitschrift Europarecht vereint die deutschen Landesberichte und die dazu gehörigen Fragen der Generalberichterstatter zu den Themen des XXVIII. Kongresses der Internationalen Föderation für Europarecht (FIDE), der vom 23. Mai bis 26. Mai 2018 in Estoril stattfand. Die Berichte behandeln im Einklang mit der traditionellen FIDE-Methode innerhalb des vom jeweiligen Generalberichterstatter vorgegebenen unionsrechtlichen Fragenrahmens die drei Themengruppen „Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft“, „Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen“ und „Die externe Dimension der EU-Politiken“.

Heidelberg/Hamburg, im Dezember 2018

Peter-Christian Müller-Graff

Armin Hatje

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
 <i>Prof. Dr. Wolfgang Kilian</i>	
Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft Deutscher Landesbericht zu Themen 1, 3 und 4	7
 <i>Prof. Dr. Benjamin Raue</i>	
Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft Deutscher Landesbericht zu Thema 2	27
 Fragebogen	
Generalthema 1: Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft	35
 <i>Prof. Dr. Rainer Wernsmann/Paul Wagner</i>	
Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen Deutscher Landesbericht	47
 Fragebogen	
Generalthema 2: Steuern, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen ..	75
 <i>Dr. Till Müller-Ibold</i>	
Die externe Dimension der EU-Politiken Deutscher Landesbericht	79
 Fragebogen	
Generalthema 3: Die externe Dimension der EU Politik. Eine Aktualisierung bzgl. der Rollen der EU-Organe und der Mitgliedstaaten. Eine Einschätzung der aktuellen Herausforderungen bzgl. des Handels, des Investitionsschutzes und des Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts.	181

Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft

Deutscher Landesbericht zu Themen 1, 3 und 4

Wolfgang Kilian¹

1. Binnenmarkt und digitale Wirtschaft

In der Europäischen Union sind mit der kommerziellen Nutzung des Internets und der Bereitstellung von Funkfrequenzen elektronische Märkte entstanden. Ihre Vorteile liegen darin, dass Verträge über Waren und Dienstleistungen elektronisch grenzüberschreitend geschlossen und Dienstleistungen grenzüberschreitend elektronisch erbracht werden können. Im Monti-Bericht aus dem Jahre 2010², in dem die Bezeichnung „digitaler Binnenmarkt“ erstmals auftaucht, werden TK-Dienste, TK-Infrastrukturen, ein gesamteuropäisches Lizenzierungssystem, der elektronische Handel sowie Online-Inhalte als Beispiele genannt.

Wegen der grenzüberschreitenden Effekte besitzt die Union die primäre Gesetzgebungskompetenz.³ Diese wird durch EU-Rahmenregelungen für die Marktstruktur sowie für das Marktverhalten der Kommunikationsbeteiligten wahrgenommen. Inhaltlich richten sich die Rahmenregelungen überwiegend nach dem Prinzip der „funktionalen Äquivalenz“ zu klassischen Marktregelungen, soweit nicht wegen der Besonderheiten der elektronischen Kommunikation neue Instrumente und Verfahren geschaffen werden müssen (etwa: elektronische Signaturen; Datenschutz; Datensicherheit; europäische Clouds).

Unverständlich ist, dass die Europäische Union die bisher einzige internationale Konvention, nämlich die UN-Konvention über den Abschluss elektronischer Verträge, nicht ratifiziert hat, obwohl die Union an der Ausarbeitung beteiligt war und diese Konvention eine Ergänzung zum Internationalen Kaufrecht (CISG) darstellt.⁴

1.1. E-Kommerz und Verantwortlichkeit der Vermittlungsdiensteanbieter

Die E-Commerce-Richtlinie⁵ hat in Deutschland zur Änderung von fast einem Dutzend Gesetzen geführt, darunter insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

1 Prof. em. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kilian, Gottfried Wilhelm Leibniz-Universität Hannover.

2 Monti, Eine neue Strategie für den Binnenmarkt, S. 54-57 (ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti-report_final_10_05_2010_de.pdf), aufgesucht am 6.9.2017.

3 Padoa-Schioppa, Efficiency, Stability and Equity. A Strategy for the Evolution of the Economic System of the European Community, Oxford 1987; Kilian/Wendt, Europäisches Wirtschaftsrecht, 6.A. 2017, S. 157 ff; 370 ff.

4 Boss/Kilian, The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. An In-Depth Guide and Sourcebook, Alphen aan den Rijn 2008.

5 Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

des Telemediengesetzes und des Unterlassungsklagegesetzes. Das Verbraucherschutzrecht ist in Deutschland nicht (wie etwa in Österreich oder Polen) in einem Spezialgesetz geregelt. Das hat in der deutschen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis zu zahlreichen Problemen geführt.

Die meisten Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie wurden aufgrund des „Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG)“⁶ zunächst in das Teledienstegesetz (TDG) und in das Telekommunikationsgesetz (TKG), dann 2007 in das heutige Telemediengesetz (TMG) übernommen. Bei dem TKG steht die Transportleistung (Übertragung von Signalen), bei dem TMG der Inhalt der Informationen im Vordergrund.

Im TMG wurden die Verantwortlichkeiten der Diensteanbieter für eigene sowie für fremde gespeicherte, zwischengespeicherte („Caching“), durchgeleitete („Hosting“) Informationen präzisiert, Anbieterkennzeichnungen eingeführt und das Herkunftslandprinzip mit dem deutschen IPR in Einklang gebracht.

1.1.1.

In Deutschland war lange streitig, welche Dienstleister in den Genuss der Haftungsprivilegierungen der Art. 12-15 E-Commerce-Richtlinie kommen, auf die sich die §§ 7-10 TMG beziehen. Inzwischen besteht durch Hunderte von Gerichtsentscheidungen⁷ und durch ausdrückliche gesetzliche Regelungen mehr Klarheit.

Durch Einfügung eines neuen 3. Absatzes in § 10 TMG wurde im Juni 2016 klargestellt, dass eine zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche Haftung von WLAN-Betreibern für Rechtsverletzungen ihrer Nutzer als sogenannte „Störer“ (also als mittelbar Verantwortliche) nicht in Betracht kommt, soweit diese bestimmte Sorgfaltspflichten erfüllen. Gleichzeitig wurde geregelt, dass sich Host-Provider, deren Geschäftsmodell im Wesentlichen auf der Verletzung von Urheberrechten aufbaut, nicht auf das Haftungsprivileg berufen können.⁸

In Deutschland dürfte sich nach der Neuregelung die Haftungsprivilegierung der Access-Provider nach § 8 TMG nunmehr auch auf Unterlassungsansprüche erstrecken.⁹ Dies hatte der Bundesgerichtshof bisher in ständiger Rechtsprechung verneint¹⁰. Der EuGH lässt Unterlassungsansprüche im Hinblick auf die Art. 12-15 der E-Commerce Richtlinie, die auf den §§ 8-10 TMG beruhen, dann zu, wenn gerichtliche Anordnungen vorliegen, die sich auf immaterialgüterrechtliche Ansprüche stützen.¹¹

6 BGBl. 2001, S. 3721.

7 Die Datenbank <https://dejure.org/gesetze/TMG> weist zu § 8 TMG 131 Gerichtsentscheidungen nach, zu § 10 TMG insgesamt 224.

8 BT-Drs. 18/6745 vom 1.6.2016.

9 BT-Drs. 18/8645 vom 1.6.2016.

10 BGH MMR 2007, 518; BGH MMR 2012, 124.

11 EuGH vom 12.7.2011, C-324/09, L'Oréal SA, ECLI:EU:C:2011:474; EuGH vom 15.9.2016, C-484/14, McFadden, ECLI:EU:C:2016:689.

Umstritten ist noch, ob sich Betreiber von Suchmaschinen, Internet-Plattformen Videoportalen oder die Setzer von Hyperlinks auf die Privilegierung der §§ 8-10 TMG berufen können.¹² Als nicht ausdrücklich geregelt sieht der Deutsche Bundestag¹³ auch die Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen an, obwohl Art. 82 DSGVO und § 83 BDSG 2017 generell eine modifizierte Gefährdungshaftung des „Verantwortlichen“ vorschreiben. Im Übrigen meint der Deutsche Bundestag: „Ein einheitliches Haftungsregime für Rechtsverletzungen im Internet zu kodifizieren ist vorrangig eine europäische Aufgabe“.¹⁴

1.1.2.

Die Untersuchung des EuGH im Fall L'Oréal SA¹⁵ zu Verantwortlichkeiten eines Internet-Plattformbetreibers sind gründlich und nachvollziehbar. Heute sollte man allerdings überlegen, ob nach dem Stand der Technik der Einsatz von Filter- und Erkennungssoftware als Obliegenheit zumutbar ist, um rechtswidrige Angebote zu reduzieren.

1.1.3.

Das System „notice-and-take-down“ eignet sich nicht, um allen Fällen von Beanstandungen gerecht zu werden, weil Beanstandungen auch unberechtigt sein können oder Abwägungsprozesse erfordern. In krassen Fällen ist ein sofortiges „Take-down“ allerdings angemessen. Sinnvoll wäre es, im Hinblick auf Beanstandungen einen Maßnahmenkatalog zu entwickeln und bei den beanstandeten gespeicherten Inhalten jeweils darauf zu verweisen.

In Deutschland ist ein „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“¹⁶ in Kraft getreten. Danach müssen große soziale Netzwerke – wie Facebook, Twitter oder YouTube – künftig Inhalte, die gegen 21 ausdrücklich aufgeführte Straftatbestände verstoßen, innerhalb von 24 Stunden löschen sowie nicht offensichtliche Verstöße innerhalb von sieben Tagen klären (§ 1). Das Prüfungsverfahren muss transparent und wirksam sein (§ 3). Bei systematischer Vernachlässigung dieser Verpflichtungen droht dem Netzwerkbetreiber ein Bußgeld von bis zu 5 Mio. Euro (§ 4 (2)).

Nach der gleichzeitig erfolgten Änderung des Telemediengesetzes darf der Diensteanbieter dem Verletzten nach gerichtlicher Anordnung Auskunft über vorhandene Bestandsdaten zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche geben (§ 14 Abs. 3 und 4 TMG).

12 Bejahend: OLG Köln, ZD 2017, 96; KG, MMR 2010, 495; ablehnend: Spindler/Schuster/Hoffmann, *Recht der elektronischen Medien*, 3. A. München 2015, § 8 TMG Rdnr. 24; LG Frankfurt, ZD 2017, 391.

13 BT-Drs. 18/8645 vom 1.6.2016, 6.

14 BT-Drs. 18/8645 vom 1.6.2016, S. 11.

15 Urteil vom 12.7.2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

16 *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)* vom 1.9.2017, BGBl. I S. 3352.

Soweit es um den Missbrauch personenbezogener Daten geht, ist unionsweit künftig auch das Widerspruchsrecht nach Art. 21 (5) DSGVO zu beachten.

1.1.4.

Bisher ist die Verwendung von Filtersystemen durch Internet-Dienstleister zur Abwehr urheberrechtlicher Verstöße unionsrechtlich nicht vorgeschrieben. Filtersysteme werden aber vom EuGH nicht verboten und sind von der Kommission geplant.¹⁷

Während einige Untergerichte in Deutschland Filtersysteme generell ablehnen¹⁸, verlangt der Bundesgerichtshof „zumutbare Anstrengungen“¹⁹ des Dienstleisters sowie Nachforschungen des Rechteinhabers, die zu gerichtlich angeordneten Sperrmaßnahmen gegen bestimmte Kunden führen können. Bei allen Maßnahmen sind verschiedene Grundrechte (Telekommunikationsgeheimnis; Datenschutz; Eigentumsgarantie; Meinungsäußerungsfreiheit; Urheberrecht) gegeneinander abzuwägen. Die Beweislast dafür, dass zumutbare Maßnahmen getroffen wurden, trägt der Internet-Dienstleister.²⁰

1.2. Verbraucherschutz in Bezug auf das Internet und den E-Kommerz

Der Verbraucherschutz (B2C-Verträge) spielt bei elektronischen Verträgen deshalb eine große Rolle, weil bei elektronischen Verträgen auf der gleichen Stufe (B2B; C2C) grundsätzlich von gleichem Informationsstand und gleicher Verhandlungsmacht der Beteiligten ausgegangen werden kann. Eine Informationsassymetrie²¹ wird hypothetisch nur bei B2C-Verträgen im Internet angenommen.

1.2.1.

Die zwingenden Vorschriften der Verbrauchsgüterrichtlinie mussten mit dem grundsätzlich dispositiven Zivilrecht innerhalb des BGB in Einklang gebracht werden. Das Grundmodell des Vertrages (Angebot und Annahme) ist weiterhin gültig, jedoch mussten viele Modalitäten des Vertragsabschlusses (Authentizität; Identifizierung; Liste der Informationspflichten; Webseite als Antrag oder invitatio ad offerendum; E-Mail-Vertragsschluss; Internet-Versteigerungen; Widerrufsvoraussetzungen) geklärt und in das Rechtssystem integriert werden.

17 Art. 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über das Urheberrecht im Binnenmarkt, COM (2016) 593 final.

18 OLG Hamburg, 21.11.2013, 5 U 68/10.

19 BGH GRUR 2008, 702.

20 BGH openJur 2016, 235.

21 Fleischer, Informationsassymetrie und Vertragsrecht, München 2001.

1.2.2.

Hindernisse im Online-Handel sind durch die von der Kommission veranlassten empirische Untersuchungen der Kommission gut belegt.²² Erheblich vernachlässigt wird allerdings die Tatsache der Sprachbarrieren.

Für den Versuch, personenbezogene Daten als „Gegenleistung anders als Geld“ zu klassifizieren, fehlt die rechtsdogmatische Fundierung. Implizit wird der „Geldwert“ personenbezogener Daten als eigentumsähnliches Recht anerkannt.

Die Abgrenzung zwischen „aktiver“ und „passiver“ Zurverfügungstellung von personenbezogenen Daten ist undurchführbar, weil beispielsweise die Möglichkeit nachträglicher profitabler Sekundärauswertungen der „Gegenleistung“ nicht reflektiert wird. Wie hoch ist der Wert der „Gegenleistung“?

1.2.3.

Die Richtlinienvorschläge 634 und 635 sollten zusammengefasst werden. Die Differenzierung zwischen Online- und Offline-Verkäufen ist bei Sachgütern nicht überzeugend. Beide Verfahren unterscheiden sich nur durch das Verfahren des Vertragsabschlusses, nicht aber durch die Vertragsabwicklung (physische Übergabe; Nachprüfungsmöglichkeiten).

1.2.4.

Eine „Vollharmonisierung“ kann allenfalls langfristig durch die Auslegung des EuGH gelingen.

1.2.5.

Die bestehenden Richtlinien sind grundsätzlich ausreichend und bedürfen lediglich punktueller Ergänzungen.

1.2.6.

Es gibt zahlreiche Verfahren gegen Vertragsklauseln von Online-Diensteanbietern in Deutschland.²³ In jüngerer Zeit haben deutsche Verbraucherschutzverbände

²² COM (2015) 635 final, Fußnote 31.

²³ BGH K&R 2006, 460: Verlinkte AGB müssen einsehbar und ausdrückbar sein; LG Berlin, K&R 2014, 544: Messenger-Dienst „WhatsApp“ muss AGB in deutscher Sprache anbieten; BGH MDR 2010, 677: Klauseln über unterschiedliche Gebühren bei Flugbuchungen sind unzulässig; OLG Dresden K&R 2015, 262: Es muss mindestens eine gängige unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit angeboten werden; BGH K&R 2016, 505: Eine Kontaktaufnahme nur gegen Entgelt ist unzulässig; OLG Frankfurt CR 2006, 195: Eine Klausel, dass die Lieferung nur unter Vorbehalt erfolge, ist unzulässig; LG Berlin K&R 2012, 300: Kontaktaufnahme ohne vorherige Einwilligung ist unzulässig.

mehrere Verfahren gegen Vertragsklauseln von Facebook eingeleitet²⁴, weil deren AGB dem deutschen (und europäischen) Datenschutzrecht teilweise widersprechen. Facebook bietet neuerdings besondere AGB für Nutzer in Deutschland an, die sich von ihren AGB in anderen Staaten unterscheiden.

1.2.7.

Eine Ausweitung der geplanten Vorschriften für den Online-Handel zwischen Unternehmen (B2B) wäre systemwidrig. Zwischen Unternehmen wird der gleiche Informationsstand und die gleiche Verhandlungsmacht unterstellt, so dass keine Schutzbedürftigkeit angenommen werden kann.

1.3. Geoblocking

„Geoblocking“ wird in dem Vorschlag COM (2016) 289 verkürzt unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung gesehen. Unterschiedliche Geschäftsbedingungen sind aber aus Wettbewerbsgründen nach primärem Unionsrecht nur dann unzulässig, wenn der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) vorliegt. Wenn funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, bestehen für einen Verbraucher Auswahlmöglichkeiten, solange Transparenz über die Angebote herrscht.

Das Wohnortprinzip als Anknüpfung für Klagen des Verbrauchers oder gegen den Verbraucher nach der Verordnung 1215/2012²⁵ wird in COM (2016) 289 beibehalten.²⁶ Der Hinweis in Erwägungsgrund 10 (2. Satz) der geplanten Verordnung ist überflüssig, scheint aber die Notwendigkeit der Anknüpfungsgesichtspunkte der geplanten Verordnung legitimieren zu sollen.

1.4. Fragen in Bezug auf die kollaborative Wirtschaft

Die Agenda COM (2016) 356 unterscheidet leider nicht konsequent zwischen der Organisation einer elektronischen Plattform, deren Betreiber sowie der Plattformnutzung durch Dritte.

²⁴ Anhängige Verfahren: Beim LG Berlin 16 O 341/15 (Irreführung durch Aussage „Facebook ist und bleibt kostenlos“); beim BGH I ZR 65/14 (unzulässige Anwendung des kalifornischen Rechts statt des deutschen (und europäischen) Datenschutzrechts).

²⁵ Eine Verordnung 1215/2015 (Fragebogen S. 8, 1. Zeile) gibt es nicht.

²⁶ Erwägungsgrund 10.

1.4.1.

Der Bundesgerichtshof hat dem EuGH im Hinblick auf den Fahrdienst-Vermittler „Uber“ die Frage vorgelegt, ob Uber Mietwagen mit Fahrer per Smartphone-App direkt vermitteln darf, ohne auf feste Tarife wie bei Taxis verpflichtet zu sein.²⁷ Die Stadt Freiburg darf von einem Online-Buchungsportal, über das private Zimmer- und Wohnungen angemietet werden können, Auskünfte zum Zweck der Berechnung der örtlichen Übernachtungssteuer verlangen.²⁸ Ein Online-Lieferdienst haftet für Wettbewerbsverstöße als Täter.²⁹

1.4.2.

Wettbewerbsprobleme bestehen dann, wenn gewerblich über elektronische Plattformen betriebene Peer-to-Peer Tätigkeiten nicht denselben Bedingungen (z.B. Versicherungspflichten; Haftung) wie traditionelle Dienstleister unterliegen. Diskrepanzen könnten durch Anwendung der Richtlinie 2013/55/EU³⁰ gewerbliche Anbieter beseitigt werden.

1.4.3.

Genehmigungen sind nur im Bereich der regulierten Berufe erforderlich. Sie hängen von beruflichen Qualifikationsvoraussetzungen ab, die im öffentlichen Interesse erlassen worden sind.

1.4.4.

Für Verbraucher wurde die Möglichkeit eröffnet, Schiedsvereinbarungen elektronisch abzuschließen (§ 1031 Abs. 5 S. 2 ZPO).

1.4.5.

Die Klassifikation als „gewerblicher“ Diensteanbieter hängt von der Häufigkeit und dem Umfang der Transaktionen ab. Das wird durch Handels- und Steuerrecht geklärt.

27 Beschluss vom 18.5.2017, Az. I ZR 3/16.

28 Urteil vom 5.4.2017 (www.vgfreiburg.de/pb/Lde/4609571/?LISTPAGE=1215608), besucht am 11.9.2017).

29 KG vom 21.6.2017, % U 185/16 (www.online-und-recht.de), besucht am 11.9.2017).

30 ABl. L 345 vom 28.12.2013, S. 132.

1.4.6.

Gütezeichen einer anerkannten neutralen Organisation sind ein gutes Mittel zur Schaffung von Transparenz. Im Übrigen sind Verbandsklagen zur Kontrolle der AGB von Plattformbetreibern sinnvoll.

2. Digitale Media (s. *Raue*, S. 27 ff.)

3. Digitale Infrastrukturen

Die digitalen Infrastrukturen legen die technischen Voraussetzungen für die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation fest. In einer Erklärung der EU-Kommission, die der Richtlinie 2009/40/EG³¹ beigefügt war, wurde die Wahrung der „Netzneutralität“ zum politischen Ziel erhoben. Die ursprüngliche Idee der Netzneutralität bestand darin, für alle Nutzer eine gleichberechtigte „end-to-end“-Verbindung im Internet zu garantieren.³² Dieses Konzept wurde jedoch nicht verwirklicht. Das Wort „Netzneutralität“ taucht in der Verordnung (EU) 2015/2120 auch nicht mehr auf. Stattdessen geht es um den diskriminierungsfreien Zugang zum Internet, um Wettbewerb, Technologieneutralität, Verbraucherschutz und Datenschutz. Unter den Stichwörtern „Qualität der Dienste“, „spezielle Verkehrskategorien“ und „Verkehrsmanagement“ verbirgt sich die Möglichkeit, auf der Grundlage von Breitbandnetzen und des neuen Internetprotokolls IPv 6 bestimmte Nutzer gegen Extrazahlungen (z.B. Übermittlung von Bankdaten) zu bevorzugen. Garantiert wird lediglich ein leistungsmäßig nicht näher definierter Internetzugang für alle.

3.1. Netzneutralität vor 2015 in Deutschland

In Deutschland wurde im Jahre 2012 ein § 41a in das TKG zur Netzneutralität in Form einer Verordnungsermächtigung für die Regierung und für Anordnungen der Bundesnetzagentur eingeführt. Eine Regierungsverordnung wurde nicht verabschiedet. Die Bundesnetzagentur ging gegen die Deutsche Telekom wegen Verletzung der Netzneutralität (Volumenbegrenzung; „managed services“) vor und hielt das „zero rating“ für eine Verletzung der Netzneutralität.³³ Inhaltliche Konkretisierungen der Netzneutralität blieben aber strittig.

Der 41a TKG wurde aufgrund der Verordnung 2015/2120 für überholt angesehen und deshalb im Jahre 2017 gestrichen.³⁴ Die EU-Verordnung lässt nun Geschäfts-

31 ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 37.

32 Van Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, M.I.T Press 2010.

33 Bericht der Bundesnetzagentur vom 14.6.2013 zur Tarifänderung der Deutschen Telekom AG für Internetzugänge (www.bundesnetzagentur.de/netzneutralitaet, besucht am 10.9.2017).

34 3. TKG-Änderungsgesetz vom 27.6.2017, BGBl. I S. 1963.

modelle auf der Grundlage verschiedener Datenvolumina, Geschwindigkeiten und Qualitätsmerkmale unter bestimmten Bedingungen zu.

Die Bundesnetzagentur hat mehrere Verfahren wegen Zero-Rating Angebote durchgeführt und 2016/2017 zwei Angebote der Deutschen Telekom kritisch geprüft. Daraufhin hat die Deutsche Telekom eines der Angebote für Neukunden eingestellt. Ihr anderes Angebot „Stream On“ ist seit dem 19.4.2017 auf dem Markt und steht noch unter Beobachtung der Bundesnetzagentur.³⁵

3.2. Telekommunikative Netzwerkdienste

Ein europaweites Lizenzierungssystem erscheint überflüssig, wenn Wettbewerb in der Breitbandkommunikation herrscht. Dafür ist aber der Ausbau der Breitbandnetze Voraussetzung. Deutschland lag im 1. Quartal 2017 mit durchschnittlich 15,3 Mbit/s Internetzugangsgeschwindigkeit weltweit an 25. Stelle (Schweden 23,5 Mbit/s an 3. Stelle). Die Bundesregierung wollte ursprünglich mit einem Technologiemix bis 2018 für alle Haushalte 50 Mbit/s im Downstream erreichen, während die Bundesländer stets die vollständige Umstellung auf Glasfaser bevorzugten.³⁶ Inzwischen unterstützt die Bundesregierung marktgetrieben („Industrie 4.0“) und wohl auch aufgrund von Bedenken der EU-Kommission gegen einen Technologiemix die Umstellung auf Glasfaser. Sie will bis 2023 dafür 100 Mrd. Euro für Glasfasernetze zur Verfügung stellen.³⁷ Es wurden Förderrichtlinien und Verwaltungsvorschriften erlassen und bereits erhebliche staatliche Zuwendungen auf dieser Grundlage gewährt.

3.3. Spektrummanagement

Es bestehen wettbewerbsrechtliche Probleme im Hinblick auf das Verfahren VDSL2-Vectoring, das die Deutsche Telekom als früherer Monopolist für ihre veralteten Kupferleitungen anwendet, um Datenübertragungsraten von bis zu 100 Mbit/s im Downstream zu erzielen. Konkurrenten möchten die Deutsche Telekom zur teuren Umstellung auf Glasfaser zwingen, um über die Anmietung dieser Leitungen Zugang zu Endkunden zu gewinnen (Kampf um „die letzte Meile“). In einigen deutschen Städten gibt es Glasfasernetze, die von kleineren Konkurrenten der Deutschen Telekom betrieben werden.

Bei der Bundesnetzagentur ist zahlreichen Beschwerden (Preisgestaltung; Volumenbeschränkungen; Zeitbegrenzungen) nachgegangen und hat große Internetdienstleister überprüft, Geschwindigkeitsparameter konkretisiert und einen Quali-

35 Netzneutralität in Deutschland. Jahresbericht 2016/2017 der Bundesnetzagentur, S. 9 (<https://www.bundesnetzagentur.de>), besucht am 22.9.2017.

36 Beckert, Ausbaustrategien für Breitbandnetze für Europa, Gütersloh (Bertelsmann-Stiftung) 2017, S.63 (https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_final.pdf).

37 Handelsblatt vom 28.6.2017.

tätsüberwachungsmechanismus entwickelt.³⁸ In Deutschland ist am 1.6.2017 eine Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt³⁹ in Kraft getreten, die im Vergleich zur VO (EU) 2015/2110 zusätzliche Anforderungen enthält (etwa über: Inhalte von Produktinformationsblättern; minimale und maximale Übertragungsraten; effektive Kostenkontrolle).

3.4. Unabhängigkeit nationaler Regulierungsbehörden

Die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur), die als selbständige Bundesoberbehörde organisiert ist,⁴⁰ wurde nie bestritten.

4. Daten in der digitalen Wirtschaft

Durch die digitale Erfassung von Sprache, Musik, Bildern, Verhaltensweisen, Zuständen, Abläufen oder Relationen entstehen Hierarchien von Daten, die unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung grundsätzlich für viele Zwecke genutzt werden können. Wenn diese Daten durch Programme gespeichert, selektiert, kombiniert und zweckbezogen ausgewertet werden, können daraus wirtschaftlich verwertbare Informationen und neue Geschäftsmodelle entstehen. Da die Nutzungsmöglichkeiten für Daten nicht voraussehbar sind, ist in Deutschland eine heftige Auseinandersetzung darüber entbrannt, ob Daten grundsätzlich frei zugänglich sein sollten, um innovative Lösungen zu erleichtern, oder ob proprietäre Rechte daran bestehen oder ob solche Rechte neu geschaffen werden sollten.

Diese Diskussion wird in Deutschland sowohl unter Ökonomen⁴¹ als auch unter Juristen⁴² geführt. Dabei wird allerdings oft der informationstheoretische Unterschied zwischen "Daten" als bloße Nachrichten und "Informationen" als zweckbezogene Nachrichten vernachlässigt. Eine Differenzierung könnte aber interessante Ansatzpunkte für juristische Lösungen bieten. Deutsche Juristen neigen dazu, die Bezeichnungen "Daten" und "Informationen" synonym zu verwenden. Gleiches gilt für den deutschen und den europäischen Gesetzgeber. Beim "Datenschutz" geht es beispielsweise in erster Linie um den Schutz personenbezogener Informationen.

38 Netzneutralität in Deutschland. Jahresbericht 2016/2017 der Bundesnetzagentur (<https://bundesnetzagentur.de>), besucht am 28.8.2017.

39 TKTransparenzV vom 19.12.2016 BGBl. I S. 2977.

40 Bundesnetzagenturgesetz (BNetzAG) vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970.

41 Kerber, Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection, GRUR Int. 2016, 639 (<https://papers.ssrn.com>).

42 Dörner, Big Data und "Dateneigentum". Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617; Kilian, Vom Recht auf eigene Daten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.7.2014, S. 20; Strukturwandel der Privatheit, in: Garstka/Coy (Hrsg.), Steinmüller-Gedächtnisschrift, Berlin 2014, S. 195 (<https://edoc.hu-berlin.de/handle/18452/18547>).

Aus ökonomischer Sicht können Informationen/Daten entweder als öffentliche Güter (public goods) angesehen werden, die frei zugänglich sind, oder als private Güter, an denen eigentumsähnliche Rechte (property rights) bestehen. Als Abrenzungskriterium dient der Aspekt, ob es möglich ist, Dritte von der Nutzung auszuschließen. Davon hängt die Vermarktbarkeit eines Gutes ab, denn niemand wäre bereit, ein Gut zu erwerben, das auch kostenlos genutzt werden kann.

Juristisch hängt die Ausschließungsmöglichkeit Dritter an der Nutzung eines Guts von der Zuerkennung von Eigentum oder eines eigentumsähnlichen Rechts an dem Gut ab. Die Möglichkeit, "Eigentum" an Daten erlangen zu können, wird zutreffend fast einhellig mit der Begründung abgelehnt, dass sich "Eigentum" in der Tradition des Römischen Rechts nur auf körperliche Gegenstände (tangible goods) beziehen kann.

In Frage kommt aber die Anerkennung einer eigentumsähnlichen Position an einem Immaterialgut. Juristen gehen allerdings überwiegend vom Bestehen eines *numerus clausus* der Immaterialgüter aus und erkennen nur die bereits gesetzlich geregelten Fälle (etwa: Werk/Urheberrecht; Erfindung/Patentrecht; Geheimnis/Know How-Schutz; Geschäftsgeheimnis) als proprietäre Rechte an. Ein eigentumsähnliches Recht an "Daten" wird in Deutschland deshalb bisher nicht anerkannt. Das *sui generis* - Recht an Datenbanken bezieht sich auf die Organisationsleistung, nicht auf die in der Datenbank gespeicherten Daten.

Deshalb wird überwiegend für "big data"- Sammlungen ein freier Zugang und eine freie Nutzung gefordert, also ökonomisch gesehen die Anerkennung der Daten als öffentliche Güter. Dadurch werden die Umstände der Entstehung und der Zuordnung von Informationen ausgeklammert. Es wird auf den faktischen Besitz abgestellt und das Nutzungsrecht an Informationen auf das kartellrechtliche Problem des Zugangs reduziert.⁴³ Die Gegenmeinung, die eigentumsähnliche Rechte anerkennen möchte, beruft sich auf Funktionalitäten, Geschäftszwecke, Investitionen oder eingesetzte technische Mittel, für die es aber außerhalb des *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte bisher keinen Schutz gibt. Allerdings wäre die Schaffung eines neuen eigentumsähnlichen Rechts an marktfähigen Informationen denkbar, etwa in Anlehnung an das Urheberrecht oder an den Know How-Schutz, und zwar einschließlich deren inhärenten Schranken.

Vernachlässigt wird bisher sowohl von Ökonomen als auch Juristen die Tatsache, dass für die Teilmenge der personenbezogenen Daten (richtig eigentlich: "personenbezogene Informationen") bereits ein rechtliches Sonderregime in der Europäischen Union besteht, das zwingendes öffentliches Recht darstellt: Nach der Datenschutzgrundverordnung⁴⁴ hat der Betroffene ein Bündel von unabdingbaren Rechten gegen den Verantwortlichen für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten. Dieses Bündel an Rechten (Einwilligung; Auskunft; Änderung; Anonymisierung; Pseudonymisierung; Löschung; Portabilität) erzeugt eine Rechts-

43 Drexler, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? NZKart 8/2017, 415.

44 Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.