

# Recht im digitalen Zeitalter

## **Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen**

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Abteilung  
der Universität St. Gallen von

Lukas Gschwend  
Peter Hettich  
Markus Müller-Chen  
Benjamin Schindler  
Isabelle Wildhaber



Das Kunstwerk auf dem Umschlagbild stammt von Felice Varini «Dix disques évidés plus neuf moitiés et deux quarts», 2014, Acryl und Folien. Es befindet sich im Bibliotheksgebäude der Universität St. Gallen.

Abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Künstlers. Das Copyright liegt bei Felice Varini und der Universität St. Gallen (HSG).

Fotografie: Hannes Thalmann

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

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

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015  
ISBN 978-3-03751-708-6

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

# Regulierung von Internetplattformen

## Anwendbarkeit und Grenzen heutiger Regulierungsansätze

FIONA SAVARY

### Inhaltsübersicht

|      |                                             |     |
|------|---------------------------------------------|-----|
| I.   | Problemstellung                             | 273 |
| 1.   | Einführung                                  | 273 |
| 2.   | Amazon und Google – zwei Beispiele          | 274 |
| a)   | Amazon im Streit mit Verlagen               | 274 |
| b)   | Google im Fokus der Europäischen Kommission | 275 |
| c)   | Zwischenfazit                               | 278 |
| 3.   | Ökonomische Hintergründe                    | 279 |
| II.  | Bestehende Regulierungsansätze              | 281 |
| 1.   | Kartellrecht                                | 281 |
| 2.   | Boycott-Rechtsprechung                      | 285 |
| 3.   | Selbstregulierung                           | 288 |
| III. | Schlussbemerkungen                          | 292 |

## I. Problemstellung

### 1. Einführung

In den kommerziellen Bereichen des Internets kommt es immer wieder zu Konflikten, wenn Nutzer oder Geschäftspartner sich den für sie ungünstigen Geschäftspraktiken eines scheinbar übermächtigen Anbieters von Internetdienstleistungen ausgeliefert sehen. Sei es der Streit zwischen Amazon und diversen Verlagshäusern oder die Benachteiligung anderer Anbieter im Vergleich zu Google-eigenen Diensten bei dessen Suchergebnissen – das Schema gleicht sich stets: Einem starken Anbieter stehen vergleichsweise schwache Geschäftspartner gegenüber und es gibt scheinbar kaum valable Ausweichmöglichkeiten.

In der Tat weisen viele Internetmärkte Tendenzen hin zu einer Marktkonzentration auf, während sie gleichzeitig von grosser Dynamik geprägt sind. Herkömmliche Monopoltheorien und die entsprechende (Kartell-)Gesetzgebung greifen daher oftmals zu kurz, weil diese auf stabilere, langfristige Monopolsituationen ausgerichtet sind. Neuere ökonomische Theorien sprechen in diesem Zusammenhang auch von temporären, ambivalent zu beurteilenden Oligopolen bzw. Monopolen. Führen diese temporären Monopole zu gesellschaftlich unerwünschten Marktergebnissen wie Benach-

teilung einzelner Marktteilnehmer, so stellt sich die Frage, wie diesen regulatorisch begegnet werden könnte. Auch die Europäische Kommission hat die Bedeutung von Internetplattformen erkannt und widmet ihnen im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt vom Mai 2015<sup>1</sup> eine eigene Initiative. Mit dieser Initiative möchte die EU-Kommission insbesondere die Rolle von Internetplattformen sowie verschiedene Probleme im Zusammenhang mit Transparenz, Datennutzung, illegalen Inhalten sowie Beziehungen zwischen Internetplattformen und deren Lieferanten untersuchen.<sup>2</sup>

## **2. Amazon und Google – zwei Beispiele**

### **a) Amazon im Streit mit Verlagen**

Die Internetplattform Amazon ist in kurzer Zeit zum weltweit grössten Online-Detailhändler aufgestiegen,<sup>3</sup> ihre Ursprünge liegen jedoch im Buchhandel.<sup>4</sup> Genau dieser Bereich war in den letzten Jahren Schauplatz medienwirksamer Machtkämpfe zwischen Amazon und verschiedenen Verlagshäusern, vornehmlich in den USA und in Deutschland, dem für Amazon zweitwichtigsten Markt.<sup>5</sup> Trotz rasant wachsenden Umsatzzahlen schrumpften die Gewinne und 2012 fuhr Amazon gar einen Verlust ein,<sup>6</sup> weshalb das Unternehmen unter zunehmendem Druck der Anleger stand.<sup>7</sup> Angesichts dieser Situation war Amazon zu einer Reaktion gezwungen, da sich das

---

<sup>1</sup> Europäische Kommission, A Digital Single Market Strategy for Europe, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brüssel 6.5.2015, abgerufen unter <[http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_en.pdf)>, besucht am 19.5.2015.

<sup>2</sup> Europäische Kommission (Fn. 1), S. 11 f.

<sup>3</sup> O'CONNER CLARE, Wal-Mart Vs. Amazon, 23.4.2013, abgerufen unter <<http://www.forbes.com/sites/clareoconnor/2013/04/23/wal-mart-vs-amazon-worlds-biggest-e-commerce-battle-could-boil-down-to-vegetables/>>, besucht am 4.2.2015.

<sup>4</sup> TIMMERS PAUL, Electronic Commerce – Strategies and Models for Business-to-Business Trading, Chichester 2000, S. 17.

<sup>5</sup> BRANDT JAN, Amazon-Streit – Die Diktatur des drohenden Monopolisten, in: Spiegel Online vom 17.8.2014, abgerufen unter <<http://www.spiegel.de/kultur/literatur/amazon-im-buchkrieg-mit-den-verlagen-jan-brandt-ueber-den-monopolisten-a-986096.html>>, besucht am 7.11.2014.

<sup>6</sup> Vgl. CLARK MEAGAN/YOUNG ANGELO, Amazon: Nearly 20 Years In Business And It Still Doesn't Make Money, But Investors Don't Seem To Care, in: International Business Times vom 18.12.2013, abgerufen unter <<http://www.ibtimes.com/amazon-nearly-20-years-business-it-still-doesnt-make-money-investors-dont-seem-care-1513368>>, besucht am 17.3.2015.

<sup>7</sup> ROESLER-GRAICHEN MICHAEL/WEISE TAMARA, Hart am Limit – Der Streit zwischen Amazon und Verlagen eskaliert, in: Börsenblatt 27/2014, 3.7.2014, abgerufen unter <<http://www.boersenblatt.net/805420/>>, besucht am 7.11.2014.

bisherige Geschäftsmodell bis anhin als wenig bis gar nicht profitabel erwies.<sup>8</sup> Um die eigene Rendite zu steigern, forderte Amazon daher von den Verlagen, dass der bisherige Händlerrabatt für E-Books in Höhe von ca. 30 % auf den für gedruckte Bücher üblichen Satz von 40–50 % angehoben werden solle.<sup>9</sup> Verweigerte sich ein Verlag diesen Konditionen, «bestrafte» Amazon diese Haltung unter anderem damit, dass Bücher aus der Backlist<sup>10</sup> nur mit Lieferverzögerung ausgeliefert wurden – also statt innerhalb von wenigen Tagen erst in ein bis zwei Wochen.<sup>11</sup> Amazon betitelte den Anteil am Verkaufserlös, den Verlage bis anhin beim Verkauf von E-Books erhielten, schlicht als zu hoch.<sup>12</sup> Amazon argumentierte, dass ein neues Preissystem sowie ein angepasster Verteilschlüssel den Verkauf von Büchern ankurbeln und die Preise senken würden, wovon die ganze Buchbranche profitieren würde.<sup>13</sup>

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels hat aufgrund dieser Vorgehensweise im Sommer 2014 beim Deutschen Bundeskartellamt Beschwerde gegen Amazon eingelegt, mit der Begründung, Amazon missbrauche seine Marktmacht und verstosse damit gegen das Kartellrecht.<sup>14</sup>

## **b) Google im Fokus der Europäischen Kommission**

Google ist nicht nur weltweit – und mit grossem Abstand – führend im Bereich von Onlinesuchdiensten, sondern auch die meistbesuchte Website überhaupt.<sup>15</sup> Ende 2010 eröffnete die Europäische Kommission aufgrund des Verdachts auf Kartellrechtsverstösse eine Untersuchung gegen Google, um Vorwürfen des Missbrauchs einer Vormacht-

<sup>8</sup> ROESLER-GRAICHEN/WEISE (Fn. 7).

<sup>9</sup> ROESLER-GRAICHEN/WEISE (Fn. 7).

<sup>10</sup> Eine Backlist ist ein «Verzeichnis von Büchern, die nicht in neuester Zeit erschienen sind, aber weiterhin im Programm eines Verlags geführt werden», vgl. <<http://www.duden.de/rechtschreibung/Backlist>>, besucht am 17.3.2015.

<sup>11</sup> ROESLER-GRAICHEN/WEISE (Fn. 7).

<sup>12</sup> STREITFELD DAVID, Amazon and Hachette Resolve Dispute, in: The New York Times vom 13.11.2014, abgerufen unter <<http://www.nytimes.com/2014/11/14/technology/amazon-hachette-ebook-dispute.html>>, besucht am 17.3.2015.

<sup>13</sup> TSUKAYAMA HAYLEY, Amazon's new attack on Hachette touts the benefits of cheaper e-books, in: The Washington Post vom 30.7.2014, abgerufen unter <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/07/30/amazons-new-attack-on-hachette-touts-the-benefits-of-cheaper-e-books/>>, besucht am 17.3.2015.

<sup>14</sup> DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR, Amazon – Börsenverein legt Beschwerde beim Kartellamt ein, in: Spiegel Online vom 24.6.2014, abgerufen unter <<http://www.spiegel.de/kultur/literatur/boersenverein-legt-beschwerde-beim-bundeskartellamt-ein-a-977153.html>>, besucht am 7.11.2014.

<sup>15</sup> Vgl. <[www.alexa.com](http://www.alexa.com)>, besucht am 4.2.2015; BBC, Yahoo to replace Google for search on Firefox, 20.11.2014, abgerufen unter <<http://www.bbc.com/news/business-30125077>>, besucht am 20.11.2014.

stellung bei Onlinesuchen nachzugehen.<sup>16</sup> Vorgeworfen wurden die Benachteiligung konkurrierender Onlinesuchanbieter sowie die Bevorzugung eigener Dienstleistungen durch Google bei den nicht bezahlten und bezahlten Suchergebnissen bei Google.<sup>17</sup> Im März 2013 kam die EU-Kommission zum vorläufigen Schluss, dass vier verschiedene Verhaltensweisen von Google EU-Kartellrecht<sup>18</sup> verletzen könnten, welches den Missbrauch einer dominanten Marktstellung untersagt.<sup>19</sup> Dazu zählte erstens die Bevorzugung von Links, welche auf Google-Dienste verweisen, im Vergleich zu Links, welche auf Konkurrenzdienste verweisen.<sup>20</sup> Als Zweites nannte die EU-Kommission die Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Material Dritter ohne deren Zustimmung.<sup>21</sup> Sodann führte sie drittens Verträge auf, die Dritte dazu verpflichteten, alle oder fast alle Onlinesuchanzeigen von Google zu übernehmen sowie, viertens, die vertragliche Einschränkung der Übertragbarkeit von Werbekampagnen auf andere Onlinesuchplattformen.<sup>22</sup>

Diese vier Verhaltensweisen würden, so die EU-Kommission, die Wahlfreiheit der Nutzer einschränken sowie Innovationen im Bereich spezialisierter Suchdienste und Onlinewerbung behindern.<sup>23</sup> Google stritt eine Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vehement ab und legte der EU-Kommission, entsprechend ohne Schuldanerkennung, einige Verpflichtungen<sup>24</sup> vor, um eine rasche Beilegung der Untersuchung zu bewirken.<sup>25</sup> Google bot unter anderem an, Links zu eigenen vertikalen Suchdiensten besonders zu kennzeichnen, wenn sie bei den Suchergebnissen bevorzugt platziert werden und sie nötigenfalls von den anderen Suchergebnissen optisch abzusetzen.<sup>26</sup> Zudem sollten keine Exklusivitätsklauseln mehr in Verträge mit Dritten aufge-

<sup>16</sup> Europäische Kommission, Antitrust – Commission probes allegations of antitrust violations by Google, Pressemitteilung IP/10/1624, 30.11.2010, S. 1.

<sup>17</sup> Europäische Kommission (Fn. 16), S. 1.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 102 AEUV.

<sup>19</sup> Europäische Kommission, Antitrust – Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns, Pressemitteilung IP/13/371, 25.04.2013, S. 1.

<sup>20</sup> Europäische Kommission (Fn. 19), S. 1.

<sup>21</sup> Europäische Kommission (Fn. 19), S. 1.

<sup>22</sup> Europäische Kommission (Fn. 19), S. 1.

<sup>23</sup> Europäische Kommission (Fn. 19), S. 1.

<sup>24</sup> Seit 2004 hat die EU-Kommission die Möglichkeit, solche Verpflichtungen für verbindlich zu erklären und so eine Untersuchung von möglichen Kartellrechtsverletzungen frühzeitig zu beenden; vgl. Europäische Kommission, Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers, MEMO/13/383, 25.4.2013; Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

<sup>25</sup> GOOGLE, Commitments in Case COMP/C-3/39.740 – Foundem and others – For Market Test, 3.4.2013, abgerufen unter <ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\_docs/39740/39740\_8608\_5.pdf>, besucht am 20.11.2014.

<sup>26</sup> Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission nach Artikel 27 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in der Sache AT.39740 – Google – Text von Bedeutung für den EWR, 2013/C 120/09, 26.04.2013, C 120/23, Rz. 6–7.

nommen werden, welche diese dazu zwingen, ihre ganze Suchmaschinenwerbung über Google abzuwickeln.<sup>27</sup> Zunächst beabsichtigte die EU-Kommission, die von Google vorgeschlagenen Verpflichtungen für verbindlich zu erklären,<sup>28</sup> lehnte sie jedoch später ab, nachdem die Stellungnahmen betroffener Dritter äusserst negativ ausgefallen waren.<sup>29</sup> Daraufhin reichte Google im Oktober 2013 einen revidierten Vorschlag für Verpflichtungen ein, der jedoch wiederum abgelehnt wurde, da die EU-Kommission aufgrund der Stellungnahmen erneut grossen Verbesserungsbedarf feststellte.<sup>30</sup> Im September 2014 lehnte die EU-Kommission die von Google angepassten Verpflichtungsvorschläge ein drittes Mal ab, nachdem die angepeilte Einigung erneut auf heftige Kritik gestossen war.<sup>31</sup>

Lange mündeten die Untersuchungen der EU-Kommission in keine konkreten Massnahmen; in einer Weiterentwicklung des europäischen Konflikts rund um Google forderte das Europäische Parlament die EU-Kommission daher dazu auf, sich mit der Marktmacht von Suchmaschinenbetreibern zu beschäftigen,<sup>32</sup> wobei ganz offensichtlich Google damit gemeint sein dürfte.<sup>33</sup> Darin wird als *ultima ratio* vorgeschlagen, Suchmaschinen von anderen Geschäftsbereichen zu trennen, um deren Marktmacht zu brechen.<sup>34</sup> Dadurch erhöhte sich der politische Druck auf die EU-Kommission, die kartellrechtliche Untersuchung gegen Google voranzutreiben wie auch neue Gesetze zu entwerfen.<sup>35</sup> Im April 2015 übermittelt die EU-Kommission schliesslich Google eine formelle Beschwerde, in der dem Unternehmen vorgeworfen wird, «seine beherrschende Stellung auf den Märkten für allgemeine Internet-Suchdienste im Europäischen Wirtschaftsraum zu missbrauchen, indem es seinen eigenen Preisvergleichs-

<sup>27</sup> Europäische Kommission (Fn. 24), Rz. 13.

<sup>28</sup> Vgl. Europäische Kommission (Fn. 24), Rz. 17.

<sup>29</sup> Europäische Kommission, Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals – Frequently asked questions, MEMO/14/87, 05.02.2014, S. 3.

<sup>30</sup> Europäische Kommission (Fn. 26), S. 3.

<sup>31</sup> ARTHUR CHARLES, European commission reopens Google antitrust investigation, in: The Guardian vom 8.9.2014, abgerufen unter <<http://www.theguardian.com/technology/2014/sep/08/european-commission-reopens-google-antitrust-investigation-after-political-storm-over-proposed-settlement>>, besucht am 21.11.2014.

<sup>32</sup> Zuerst wurde darüber am 21.11.2014 in The Financial Times berichtet, vgl. MANCE HENRY/BARKER ALEX/AHMED MURAD, Google break-up plan emerges from Brussels, in: The Financial Times vom 21.11.2014, abgerufen unter <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/617568ea-71a1-11e4-9048-00144feabdc0.html#axzz3K5P3muPp>>, besucht am 25.11.2014.

<sup>33</sup> HANFELD MICHAEL, Grenzen für Google, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.11.2014, abgerufen unter <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/das-europaeisches-parlament-will-die-marktmacht-von-google-begrenzen-13284078.html>>, besucht am 25.11.2014.

<sup>34</sup> HANFELD (Fn. 33).

<sup>35</sup> MANCE/BARKER/AHMED (Fn. 32).

dienst auf seinen allgemeinen Suchergebnissen systematisch bevorzugt»<sup>36</sup>. Somit behindere Google nach vorläufiger Auffassung der EU-Kommission den Wettbewerb zum Nachteil von Verbrauchern und verstosse damit gegen EU-Kartellrecht.<sup>37</sup> Es scheint so, als würde die neu eingesetzte EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager eine härtere Linie fahren als ihr Vorgänger, welcher nach einer einvernehmlichen Streitbeilegung strebte.

Stark kritisiert wurde Google zudem an prominenter Stelle, als Mathias Döpfner, Vorstandsvorsitzender des Medienkonzerns Axel Springer, in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung einen offenen Brief an Eric Schmidt, CEO von Google, veröffentlichte.<sup>38</sup> Darin erklärt DÖPFNER, dass aufgrund der Omnipräsenz und Marktstellung von Google keine valablen Alternativen bestünden, sei es in Bezug auf die Suchmaschine oder als Werbeplattform. Er sei ein grosser Bewunderer des kometenhaften Aufstiegs Googles und zufrieden mit den Leistungen und der Zusammenarbeit, aber er fügt pointiert hinzu «Google doesn't need us. But we need Google»<sup>39</sup>.

### **c) Zwischenfazit**

Beide Beispiele zeigen eine gewisse Unsicherheit und Ratlosigkeit der Behörden im Umgang mit den geschilderten Situationen. Dies manifestiert sich einerseits in einem hilflos anmutenden Untätigbleiben und anderseits in Extremforderungen wie dem Ruf nach einer Aufspaltung Googles. Offen ist auch der Ausgang der nun offiziell eingeleiteten Untersuchung von möglichen Verstössen Googles gegen das EU-Kartellrecht durch die EU-Kommission. Fragwürdige Verhaltensweisen von Internetportalen wie die bevorzugte Behandlung vor- oder nachgelagerter Dienste, die Diskriminierung von Konkurrenten oder die Ausbeutung von Geschäftspartnern und Nutzern u.Ä. finden sich jedoch immer wieder und verlangen nach adäquaten und tauglichen Lösungen.

---

<sup>36</sup> Europäische Kommission, Kommission leitet Untersuchung gegen Google wegen unfairem Wettbewerb ein, Pressemitteilung vom 15.4.2015, abgerufen unter <[http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr\\_releases/13234\\_de.htm](http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/13234_de.htm)>, besucht am 19.5.2015.

<sup>37</sup> Europäische Kommission (Fn. 36).

<sup>38</sup> DÖPFNER MATHIAS, Why we fear Google – An open letter to Eric Schmidt, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17.4.2014, abgerufen unter <[http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/mathias-doepfner-s-open-letter-to-eric-schmidt-12900860.html?printPagedArticle=true#pageIndex\\_2](http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/mathias-doepfner-s-open-letter-to-eric-schmidt-12900860.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2)>, besucht am 21.11.2014.

<sup>39</sup> DÖPFNER (Fn. 38).

### 3. Ökonomische Hintergründe

Im Folgenden soll überblicksartig auf ökonomische Eigenheiten von Internetgeschäftsmodellen eingegangen werden, welche mitunter dazu führen, dass der Wettbewerb in diesen Märkten oftmals nicht vollständig spielen kann. Einige ökonomische Besonderheiten der Internetgeschäftsmodelle führen häufig zu einer oligopolistischen Wettbewerbsstruktur, welche sich negativ auf das Funktionieren des Wettbewerbs auswirken kann.<sup>40</sup>

Bei der Nutzung einer Website – einem Informationsgut – besteht keine Rivalitätsbeziehung zwischen verschiedenen Nutzern, da der Konsum eines Nutzers sich grundsätzlich nicht auf denjenigen anderer Nutzer auswirkt, d.h. diesen insbesondere nicht ausschliesst, ausser es kommt beispielsweise zu einer Serverüberlastung.<sup>41</sup> Nichtsdestotrotz werden diese Güter durch den Konsum nicht abgenutzt.<sup>42</sup> Dem Anbieter entstehen ausserdem pro zusätzlichem Nutzer kaum weitere Kosten, da die variablen Kosten im Vergleich zu den Fixkosten vernachlässigbar klein sind und die Anbieter so von ausgeprägten Skaleneffekten profitieren können.<sup>43</sup> Entscheidend zum Entstehen von Oligopol- oder Monopolsituationen trägt auch bei, dass kaum Kapazitätsbeschränkungen bestehen, wodurch ein einzelner Anbieter potentiell die ganze Nachfrage alleine abdecken kann und so überdies noch die tiefsten Kosten pro Nutzer erreicht.<sup>44</sup> Jeder zusätzliche Nutzer führt zu einem Mehrwert der Gemeinschaft für alle Teilnehmer; ein Phänomen, das auch als Netzwerkeffekt bezeichnet wird.<sup>45</sup> Dieser Effekt ist ein typisches Merkmal sogenannter zweiseitiger Märkte, in welchen sich Google und Amazon bewegen.<sup>46</sup> Dies ist daran ersichtlich, dass Google zum einen als Werbeplattform für diverse Unternehmen und Private dient, und sich, zum andern, auf der anderen Marktgegensseite die Suchmaschinennutzer und potenziellen Kunden dieser Unternehmen befinden. Auch Amazon stellt zum einen eine Vertriebsplattform für Unternehmen wie bspw. Verlage dar, und ist gleichzeitig eine Onlinekaufplattform für die einzelnen Kunden.

<sup>40</sup> STÄHLER PATRICK, Geschäftsmodelle in der digitalen Ökonomie – Merkmale, Strategien und Auswirkungen, Diss. Universität St. Gallen, 2. Aufl. Köln 2002, S. 252.

<sup>41</sup> Vgl. STÄHLER (Fn. 40), S. 184; WITTIG-CHRIST DÖRTE, Der digitale Content-Markt – eine ökonomische Analyse, Diss. Universität St. Gallen, Gottmadingen 2006, S. 51.

<sup>42</sup> STÄHLER (Fn. 40), S. 184; WITTIG-CHRIST (Fn. 41), S. 39.

<sup>43</sup> SHAPIRO CARL/VARIAN HAL R., Information rules – a strategic guide to the network economy, Boston 1999, S. 3.

<sup>44</sup> STÄHLER (Fn. 40), S. 189 und 204.

<sup>45</sup> SHAPIRO/VARIAN (Fn. 43), S. 183; TIMMERS (Fn. 4), S. 17.

<sup>46</sup> Vgl. den Beschluss des Bundeskartellamts vom 20.12.2013, B 9 – 66/10 (HRS Bestpreisklausel), S. 31 Rz. 81.

Diese Kombination aus Skaleneffekten und Netzwerkeffekt führt zu einem sich selbst verstärkenden Wachstumskreislauf, der ab einer gewissen kritischen Masse an Nutzern in Erscheinung tritt.<sup>47</sup> In der Praxis lässt sich diese Konzentration beispielsweise für den Markt für Suchmaschinen (Google<sup>48</sup>) sowie für den Bereich von Verkaufsportalen (Amazon) feststellen.<sup>49</sup> Diese durch Netzwerkeffekte begünstigte Marktkonzentration hat auch die EU-Kommission im Rahmen ihrer Untersuchung gegen Google bezüglich Kartellrechtsverletzungen als Argument aufgeführt.<sup>50</sup> Die starke Anziehungskraft von Amazon und Google besteht gerade in dieser Grösse, da so einem umfassenden Angebot ein ebenso umfangreicher Kreis von Nutzern gegenübersteht. Als zweiseitige Plattformen gewinnen Google und Amazon für jede Marktseite (z.B. werbende Unternehmen, Verlage) an Attraktivität mit der steigenden Anzahl Teilnehmer auf der anderen Marktseite (z.B. potenzielle Kunden).<sup>51</sup> Es bestehen daher durch die Interaktion beider Marktseiten verursachte, positive Externalitäten, welche auch als indirekte Netzwerkeffekte oder cross-side network effects bezeichnet werden.<sup>52</sup> Dies hebt ihre Dienstleistungen klar von denjenigen der wirtschaftlich verhältnismässig unbedeutenden, da wesentlich kleineren Konkurrenten ab und macht sie für Nutzer attraktiver.

Weitere Umstände führen dazu, dass etablierte Anbieter – trotz geringer Eintrittsbarrieren – nicht ohne Weiteres von ihrer Position verdrängt werden können: Ein Wechsel auf einen Anbieter kommt für die Nutzer in der Regel nur in Frage, wenn sie dort auf eine genügende Zahl anderer Nutzer treffen, da diese in entscheidender Weise die Attraktivität einer Plattform bestimmen.<sup>53</sup> Dieser sog. Locked-In-Effekt wird noch verstärkt, wenn die Nutzer sich an eine bestimmte Plattform gewöhnen, also Konsumwissen erwerben, sowie mit dieser Plattform verbundene Komplementärinvestitionen tätigen.<sup>54</sup> Auf Google gefunden zu werden ist für Unternehmen wie Private äusserst wichtig, weil dort weltweit am meisten nach Informationen aller Art gesucht wird. Findet sich etwas nicht auf der Suchergebnisliste Googles, ist dessen Auffind-

---

<sup>47</sup> STÄHLER (Fn. 40), S. 240; TIMMERS (Fn. 4), S. 17.

<sup>48</sup> In Europa besitzt Google einen Marktanteil von über 90 %, ebenso auf dem weltweiten Onlinesuchmarkt; vgl. BBC, Yahoo to replace Google for search on Firefox, 20.11.2014, abgerufen unter <<http://www.bbc.com/news/business-30125077>>, besucht am 20.11.2014.

<sup>49</sup> STÄHLER (Fn. 40), S. 245.

<sup>50</sup> Europäische Kommission, Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers, MEMO/13/383, 25.4.2013, S. 1.

<sup>51</sup> BELLEFLAMME PAUL/TOULEMONDE ERIC, Negative intra-group externalities in two-sided markets, in: International Economic Review, Vol. 50 Nr. 1 2009, S. 245 ff., S. 245.

<sup>52</sup> ARMSTRONG MARK, Competition in two-sided markets, in: RAND Journal of Economics, Vol. 37 Nr. 3 2006, S. 668 ff., S. 668.

<sup>53</sup> SHAPIRO/VARIAN (Fn. 43), S. 184.

<sup>54</sup> STÄHLER (Fn. 40), S. 250 f.

barkeit im Internet deutlich eingeschränkt. Ähnliches gilt für Bücher, welche nicht über Amazon erhältlich sind. Ausserdem kennen viele Nutzer die Suchmaschine Googles respektive die Website Amazons und sind mit deren Funktionsweise vertraut sowie besitzen überdies eigene Nutzerkonten, welche ihnen die Handhabung zusätzlich erleichtern und beispielsweise den Kaufprozess bei Amazon vereinfachen und beschleunigen. Bei einem Wechsel zu einer anderen Plattform sind diese Kenntnisse nicht unmittelbar anwendbar und die Vorteile gingen entsprechend verloren.

Diese ökonomischen Umstände begünstigen einerseits das Entstehen und teilweise auch das Weiterbestehen von Oligopolen oder Monopolen, ermöglichen andererseits aber auch ein explosionsartiges, virales Wachstum neuer Plattformen, was zu einer gewissen Volatilität und dem Phänomen temporärer Oligopole und Monopole führt.<sup>55</sup> Einem Unternehmen, welches neu in den Markt eintritt, stehen ebenfalls Skaleneffekte und – ab einer bestimmten Anzahl Nutzer – auch der Netzwerkeffekt zur Verfügung, so dass es potentiell sehr schnell wachsen und ein bestehendes Unternehmen verdrängen kann. Aufgrund dieser ökonomischen Begebenheiten werden viele Internetmärkte von oligopolistischen oder monopolistischen Unternehmen dominiert, welche ihrerseits theoretisch relativ rasch durch ein neues dominantes Unternehmen abgelöst werden könnten. Die Schwierigkeit besteht hier darin, festzustellen, inwieweit ein dominantes Unternehmen durch die Möglichkeit eines Neueintritts in Schach gehalten wird, d.h. inwieweit der potentielle Wettbewerb dessen starke Markstellung relativiert. Die Ungenauigkeit diesbezüglicher Hypothesen liegt auf der Hand.

## **II. Bestehende Regulierungsansätze**

In diesem Abschnitt wird auf einige bestehende schweizerische Regulierungskonzepte aus verschiedenen Rechtsgebieten eingegangen, welche auf die zuvor beschriebenen Geschäftspraktiken anwendbar sein könnten.

### **1. Kartellrecht**

Auf der Suche nach möglicherweise geeigneten Rechtsnormen stösst man wohl schnell auf das Kartellrecht, welches die Rahmenbedingungen für einen wirksamen

---

<sup>55</sup> Zum Begriff des temporären Oligopols bzw. Monopols, s. SHAPIRO/VARIAN (Fn. 43), S. 173 und STÄHLER (Fn. 40), S. 252.

Wettbewerb schaffen soll.<sup>56</sup> Im Hinblick auf die oben beschriebenen Geschäftspraktiken der dominanten Internetriesen Google und Amazon liegt eine Prüfung von Art. 7 KG<sup>57</sup> nahe, welcher unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen normiert. Neben den allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen des KG<sup>58</sup> sind für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung das Vorliegen von Marktbeherrschung, das Bestehen mindestens einer unzulässigen Verhaltensweise sowie deren Missbräuchlichkeit zu prüfen.<sup>59</sup>

Erste Schwierigkeiten entstehen bereits bei der zweistufigen Untersuchung des Kriteriums «Marktbeherrschung», für welche in einem ersten Schritt der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt werden muss, bevor der Grad der Marktbeherrschung eines bestimmten Unternehmens beurteilt werden kann.<sup>60</sup> Die Marktabgrenzung ist insofern zentral – aber auch problematisch – als dass sie oftmals zugleich auch über den Grad der Marktbeherrschung entscheidet: Wird der relevante Markt zu weit definiert, können Verhaltensweisen nicht auf ihre Missbräuchlichkeit hin überprüft werden; wird der Markt hingegen zu eng gefasst, wird eine Marktbeherrschung sehr schnell angenommen und das Missbrauchsverbot greift womöglich zu weit.<sup>61</sup> Daher argumentieren die betroffenen Unternehmen oftmals für möglichst grosse relevante Märkte, um ihren Marktanteil entsprechend relativ zu verkleinern.<sup>62</sup>

Bei der Festlegung des relevanten Marktes ist das tatsächliche oder potentielle Alternativangebot ausschlaggebend, welches den Geschäftspartnern des betreffenden

<sup>56</sup> Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., S. 472.

<sup>57</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

<sup>58</sup> Diese werden hier als gegeben vorausgesetzt.

<sup>59</sup> Vgl. statt vieler BORER JÜRGEN, Wettbewerbsrecht I – Kommentar – Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl. Zürich 2011, Art. 7 Rz. 5; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, Rz. 527.

<sup>60</sup> Dieses zweistufige Verfahren ist mehrheitlich unbestritten, siehe TSCHUDIN MICHAEL, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, in: Marcel Alexander Niggli/Marc Amstutz/Marc Bors (Hrsg.), Grundlegendes Recht 15, Diss. Universität Freiburg i.Üe., Basel 2011, Rz. 225. Zur Kritik an diesem Verfahren, siehe REINERT MANI/BLOCH BENJAMIN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 4 Abs. 2 KG Rz. 7 ff.

<sup>61</sup> HEIZMANN RETO ANDREAS, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 180.

<sup>62</sup> BABEY FABIO, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Diss. Universität Zürich, Zürich 2010, S. 48.

Unternehmens bezüglich dessen Waren oder Dienstleistungen zur Verfügung steht.<sup>63</sup> Im Wesentlichen geht es hier folglich um das Gegengewicht sowie die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite.<sup>64</sup> Durch dieses Alternativangebot lassen sich sodann die tatsächlichen und potentiellen Wettbewerber sowie die Marktgegenseite eruieren, welche für den zweiten Schritt, die Feststellung des Grads der Macht eines Unternehmens auf diesem Markt, ausschlaggebend sind.<sup>65</sup> So zumindest die Theorie – die praktischen Probleme bei dieser Prüfung werden im Folgenden punktuell dargestellt.

Der zeitlich relevante Markt ist in Bezug auf die hier besprochenen Güter und Dienstleistungen irrelevant bzw. ganzjährig, da diese keinen saisonalen Schwankungen unterliegen.

In räumlicher Hinsicht ist eine Einengung des Marktes schwierig, da über das Internet Anbieter aus der ganzen Welt Güter und Dienstleistungen vertreiben können, wodurch wohl grundsätzlich von einem globalen Markt auszugehen ist.

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts von Google als Suchmaschine beispielsweise steht man vor dem Problem, dass Google als «Multi-Sided Platform» für verschiedene unabhängige Parteien unterschiedliche Bedürfnisse erfüllt und entsprechend im Grunde genommen mehrere Märkte bedient (vgl. oben Abschnitt I.3.).<sup>66</sup> Dabei gestaltet sich nur schon die vor der Marktabgrenzung vorzunehmende Bestimmung der Marktgegenseite<sup>67</sup> äusserst schwierig. So stellt Google für Werbetreibende eine zusätzliche Möglichkeit zur Platzierung von Werbeanzeigen neben Zeitschrifteninseraten, Plakaten etc. dar – zählt man daher Werbetreibende zur Marktgegenseite, beschränkt sich der sachlich relevante Markt dann auf den Online-Werbemarkt oder umfasst er zusätzlich andere Werbemärkte?<sup>68</sup> Daneben bilden auch die Internetnutzer, welche Suchdienste in Anspruch nehmen sowie Websitebetreiber, die ihrerseits von Suchmaschinen indexiert werden, einen möglichen Teil der Marktgegenseite.<sup>69</sup> Der sachlich relevante Markt könnte in diesem Fall daher einerseits sehr weit gefasst werden, indem neben dem Markt für Onlinesuchen auch diverse Werbemärkte von Zeitschrifteninseraten über TV-Werbung miteinbezogen werden. Andererseits erscheint auch eine übermässig enge Definition des sachlich relevanten Marktes, wel-

<sup>63</sup> ZÄCH (Fn. 59), Rz. 572.

<sup>64</sup> ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS RUDOLF, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 4 Rz. 9.

<sup>65</sup> ZÄCH (Fn. 59), Rz. 572.

<sup>66</sup> BABEY (Fn. 62), S. 48 f.

<sup>67</sup> HEIZMANN (Fn. 61), Rz. 189.

<sup>68</sup> BABEY (Fn. 62), S. 49.

<sup>69</sup> BABEY (Fn. 62), S. 50.

che sich nur auf Onlinesuchen bezieht, problematisch, da sie den für Google insbesondere finanziell bedeutenden Werbeaspekt ausklammert.

Auch bei der Marktabgrenzung im Fall Amazon stellt sich die Frage, ob bei der Definition des sachlich relevanten Marktes neben den Onlinehändlern der physische Detailhandel bzw. der physische Buchhandel miteinbezogen werden sollen. Bei der Marktabgrenzung steht nicht zuletzt die Substituierbarkeit der entsprechenden Produkte und Dienstleistungen im Vordergrund, mittels welcher die Konkurrenten des zu untersuchenden Unternehmens eruiert werden können.<sup>70</sup> Schliesslich kann diese Problematik auf die Spitze getrieben werden, indem man Google und Amazon in einem einzigen Markt zusammenfasst. So abwegig, wie diese Überlegung auf den ersten Blick scheinen mag: Google CEO Eric Schmidt höchstpersönlich war es, der diese Verbindung vorschlug, als er Amazon als grössten Konkurrenten Googles in Bezug auf Onlinesuchen bezeichnete.<sup>71</sup> Diese Argumentation ist allerdings unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, dass Google ein Interesse an einer möglichst umfassenden Marktdefinition besitzt, da eine solche dessen Marktanteil – und somit auch dessen Grad an Marktbeherrschung – geringer erscheinen lässt.

Diese Schwierigkeiten alleine schon bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes zeigen die Grenzen der Tauglichkeit eines solchen Kriteriums auf. Zum einen ist der Begriff sehr schwammig und der betreffende Markt kann je nach Interpretation äusserst eng oder weit gefasst werden – mit den entsprechenden Folgen für die weitere Anwendbarkeit von Art. 7 KG. Zum anderen verhält sich der entsprechende Markt sehr dynamisch und eine statische Betrachtungsweise, wie sie für eine solche Marktabgrenzung notwendig ist, wird der Realität nicht gerecht. Wer hätte noch vor kurzer Zeit gedacht, dass die Suchfunktion des damaligen Onlinebuchhändlers Amazon wenig später in direkter Konkurrenz zu Googles Suchmaschine stehen könnte? Diese beiden Schwächen des Prüfschritts der Marktabgrenzung führen zu einer Rechtsunsicherheit – die Offenheit des Marktbegriffs kann nämlich theoretisch jedes (politisch gewünschte) Resultat ermöglichen. Eine Verneinung der Marktbeherrschung führt direkt zur Unanwendbarkeit von Art. 7 KG; das Kartellrecht zeigt auch hier Schwächen in der Erfassung solcher Sachverhalte.

---

<sup>70</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4).

<sup>71</sup> VASAGAR JEEVAN/BARKER ALEX, Amazon is our biggest search rival, says Google's Eric Schmidt, in: The Financial Times vom 13.10.2014, abgerufen unter <<http://www.ft.com/cms/s/0/748bff70-52f2-11e4-b917-00144feab7de.html#axzz3JbWlor2K>>, besucht am 20.11.2014.

## 2. Boykott-Rechtsprechung

Ein weiterer Ansatz, den sich beispielsweise die betroffenen Verlage oder Autoren gegenüber Amazon bezüglich der Lieferverzögerungen womöglich hätten zunutze machen können, ist die sogenannte Boykott-Rechtsprechung<sup>72</sup> des Bundesgerichts. Da Amazons Verhalten einem Boykott in diesem Sinne entsprechen könnte, wird zur Illustrierung dieses Ansatzes der oben geschilderte Sachverhalt auf die Anwendbarkeit dieser Boykott-Rechtsprechung geprüft. Nachdem die möglicherweise regulierungsbedürftigen Verhaltensweisen Googles hingegen nicht primär auf die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung abzielen, wird an dieser Stelle auf eine gesonderte Prüfung der speziellen Boykott-Rechtsprechung verzichtet.

Diese Rechtsprechung sieht eine Kontrahierungspflicht des Boykottierenden vor, welche das Bundesgericht auf allgemeine privatrechtliche Grundsätze wie das Verbot sittenwidrigen Verhaltens sowie den Schutz der Persönlichkeit, insbesondere der persönlichen Wirtschaftsfreiheit nach Art. 28 ZGB, abstützt.<sup>73</sup> Für die Annahme einer solchen Kontrahierungspflicht sieht das Bundesgericht folgende vier Voraussetzungen<sup>74</sup> vor:

- Allgemeines und öffentliches Angebot der fraglichen Waren oder Dienstleistungen;
- es handelt sich dabei um Güter und Dienstleistungen aus dem Normalbedarf (d.h. Güter und Dienstleistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden – nicht nur lebenswichtige Güter);
- dem Interessenten fehlen aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs (d.h. entweder ist nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar oder alle in Frage kommenden Anbieter verhalten sich gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend); und
- fehlende Angabe sachlich gerechtfertigter Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses.

Einer aus allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen abgeleiteten Kontrahierungspflicht ohne konkrete gesetzliche oder vertragliche Grundlage stehen Teile der Lehre sehr kritisch gegenüber. Für BUCHER beispielsweise ist eine solche Kontrahierungspflicht nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen, nämlich in Fällen, in welchen

<sup>72</sup> Vgl. auch den bekannten und viel diskutierten Fall des Filmkritikers Seelig, dessen Anspruch auf Kontrahierungspflicht eines Kinos allerdings vom Bundesgericht abgelehnt wurde, BGE 80 II 26.

<sup>73</sup> BGE 129 III 35, 42 E. 6.2.1.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 129 III 35, 45 f. E. 6.3.

eine ernste persönliche Beeinträchtigung seitens des Verletzten sowie ein Organisieren einer Sperre durch alle Anbieter oder die Ausnützung einer Monopolstellung vorliegen.<sup>75</sup> Stattdessen schlägt er für die Regulierung von Boykottsituationen die Statuierung einer Kontrahierungspflicht durch öffentlich-rechtliche Sondervorschriften vor, analog zu jenen für Transportanstalten und öffentliche Dienste.<sup>76</sup> Das Bundesgericht und einige Autoren stellen – im Gegensatz zu BUCHER<sup>77</sup> – hingegen in jüngster Zeit eine «Tendenz zur Ausweitung von Kontrahierungspflichten»<sup>78</sup> fest. Aber auch das Bundesgericht betont in diesem Zusammenhang die grundsätzliche Bedeutung der Vertragsfreiheit und insbesondere der Vertragsabschlussfreiheit.<sup>79</sup> Offen blieb in dieser Bundesgerichtsentscheid die Frage, welche möglichen Ansprüche aus der Verletzung einer solchen Kontrahierungspflicht erwachsen, weil das Klagebegehren nur auf Feststellung der Verletzung der Kontrahierungspflicht lautete.<sup>80</sup>

Versucht man die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien auf das Verhalten Amazons anzuwenden, muss zunächst die verweigerte Dienstleistung benannt werden. Zum einen verzögerte Amazon die Auslieferung der Bücher der betroffenen Verlage, zum anderen stoppte Amazon die Werbung für diese Bücher. Dies führte angeblich zu teils dramatischen Einbrüchen in den Verkaufszahlen der entsprechenden Bücher.<sup>81</sup> Bezüglich der ersten Voraussetzung ist festzustellen, dass sich Amazon allgemein und

<sup>75</sup> BUCHER EUGEN, «Drittwirkung der Grundrechte»? – Überlegungen zu «Streikrecht» und «Drittwirkung» i.S. von BGE 111 II 245–259, in: SJZ 83 (1987), S. 37 ff., S. 42.

<sup>76</sup> BUCHER (Fn. 75), S. 42. Dies entspräche in etwa dem US-amerikanischen «Common Carrier»-Konzept, vgl. statt vieler GRIEVE WILLIE A./LEVIN STANFORD L., Common Carriers, Public Utilities and Competition, in: Industrial and Corporate Change, Bd. 5 Nr. 4, S. 993 ff., S. 995.

<sup>77</sup> BUCHER EUGEN, Nicht «Kontrahierungspflicht» – Schon eher Schutz vor Boykott – BGE 129 III 35 ff. (7. Mai 2002; 4C.297/2001), in: recht 2003, S. 101 ff., S. 105 Fn. 8.

<sup>78</sup> So ausdrücklich BGE 129 III 35, 45 E. 6.3. Vgl. auch GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 10. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 1114, welche in jüngster Zeit eine Auflockerung der Voraussetzungen für eine Kontrahierungspflicht aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens feststellen, da nun eine starke Marktstellung des Unternehmens genüge, ein Monopol also nicht mehr erforderlich sei und weil der Begriff der zur Diskussion stehenden Güter und Dienstleistungen von «lebenswichtig» zu «gesellschaftlich unabdingbarem Normalbedarf» erweitert worden sei.

<sup>79</sup> BGE 129 III 35, 47 E. 6.5.

<sup>80</sup> Vgl. HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 152.

<sup>81</sup> Der bei der Verlagsgruppe Hachette unter Vertrag stehende Bestsellerautor Douglas Preston etwa verzeichnete in Folge der Massnahmen Amazons einen Rückgang der Verkaufszahlen für seine Bücher um 60 %; vgl. STREITFELD DAVID, Plot Thickens as 900 Writers Battle Amazon, in: The New York Times vom 7.8.2014, abgerufen unter <[http://www.nytimes.com/2014/08/08/business/media/plot-thickens-as-900-writers-battle-amazon.html?action&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/08/08/business/media/plot-thickens-as-900-writers-battle-amazon.html?action&_r=0)>, besucht am 7.11.2014.

öffentlich als Vertriebsplattform anbietet, sowohl für Private als auch für Unternehmen, welche ihre Dienstleistungen oder Waren über Amazon verkaufen wollen.<sup>82</sup>

Nun stellt sich die Frage, ob das Erbringen des Vertriebs eine Dienstleistung aus dem Normalbedarf darstellt. In der Tat steht es heute jeder Person, welche über einen Internetanschluss verfügt, offen, über diverse Internetplattformen wie Amazon, eBay etc. Güter oder Dienstleistungen zu vertreiben. Ob dies allerdings ausreicht, um den Vertrieb über das Internet zum unabdingbaren Normalbedarf zu zählen, ist fraglich. Es gibt jedoch andererseits kaum noch ein Unternehmen, das seine Güter und Dienstleistungen nicht auch über das Internet anbietet und eine generelle Internetpräsenz kann wohl als unabdingbar bezeichnet werden – diese hat aber nicht zwangsläufig über Amazon als Vertriebsplattform zu erfolgen. Dass ein Gericht den Vertrieb über Amazon zum unabdingbaren Normalbedarf zählen würde, erscheint daher – wenn auch nicht gänzlich auszuschliessen – doch als eher unwahrscheinlich.

Hinsichtlich des dritten Erfordernisses ist zu untersuchen, ob den Verlagen zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung standen. Da Amazon im Alleingang handelte, scheidet die zweite Voraussetzungsvariante, dass sich alle in Frage kommenden Anbieter zu einem Boykott zusammenschliessen, grundsätzlich aus. Betrachtet man die starke Marktstellung, über welche Amazon auf dem Buchmarkt, insbesondere im Bereich des Onlinebuchhandels, verfügt, stellt sich die Frage, ob es Ausweichmöglichkeiten gibt, welche tatsächlich eine zumutbare Alternative zu Amazon darstellen. Sowohl bei gedruckten Büchern als auch bei E-Books verfügt Amazon jeweils über einen Marktanteil von über 60 % des Onlinehandels.<sup>83</sup> Verlage möchten ihre Bücher dort verkaufen, wo sie am meisten Kunden erreichen – fehlt ihnen der Zugang zur grössten Buchhandelsplattform, sind sie in ihrer persönlichen Wirtschaftsfreiheit entsprechend eingeschränkt. Selbst wenn es zahlreiche weitere Onlinevertriebsplattformen für Bücher gibt, verfügen diese nicht annähernd über einen Marktanteil wie Amazon und sind daher für die Verlage weitaus weniger attraktiv. Neben Amazon als weltweit grösstem Onlinebuchhändler stehen den Verlagen jedoch weitere Onlinebuchhändler sowie unzählige physische Buchhändler zur Verfügung; überdies ist auch ein direkter Vertrieb, beispielsweise über eine eigene Verlagswebsite denkbar. Auch wenn Lieferverzögerungen kombiniert mit einem Werbestopp für einzelne Autoren, allenfalls auch für einzelne Verlage einen schmerzhaften Eingriff in ihre wirtschaftliche Tätigkeit und somit auch in den wirtschaftlichen Aspekt ihrer Persönlichkeitsrechte

<sup>82</sup> Vgl. die Option «Sell on Amazon», welche sich auch auf der Startseite Amazons befindet, <[http://services.amazon.com/content/sell-on-amazon.htm/ref=footer\\_soa?ld=AZFSSOA](http://services.amazon.com/content/sell-on-amazon.htm/ref=footer_soa?ld=AZFSSOA)>, besucht am 12.2.2015.

<sup>83</sup> MOSENDZ POLLY, Amazon Has Basically No Competition Among Online Booksellers, in: The Wire vom 30.5.2014, abgerufen unter <<http://www.thewire.com/business/2014/05/amazon-has-basically-no-competition-among-online-booksellers/371917/>>, besucht am 14.2.2015.

bedeuteten, so kann dennoch argumentiert werden, dass gewisse Ausweichmöglichkeiten bestünden. Der Vertrieb über Amazon ist für die Verlage aufgrund dessen Marktstellung zwar äusserst wichtig, trotzdem bestehen zumutbare Ausweichmöglichkeiten in Form eines dichten Netzes von physischen Buchhändlern sowie diversen anderen Onlinevertriebsplattformen für Bücher. Somit ist auch dieses dritte Erfordernis der Boykott-Rechtsprechung zu verneinen.

Die Anwendung der Boykott-Kriterien scheitert jedoch spätestens bei der vierten Voraussetzung, da Amazon sehr wohl einen sachlichen Grund für sein Verhalten angibt: Steigerung des Anteils Amazons am Verkaufserlös der Bücher. Der Gewinnmaximierung als betriebswirtschaftlichem Kernziel wird Sachlichkeit kaum abzusprechen sein, insbesondere, da Amazon in dieser Hinsicht alle Vertragspartner gleich zu behandeln scheint, also keine unsachlichen Bevorzugungen oder Benachteiligungen erkennbar sind. Das Verhalten Amazons ist somit nicht als willkürlich einzustufen. Meiner Meinung nach wäre dieses vierte Merkmal selbst dann nicht erfüllt, wenn die Preise in missbräuchlicher Weise überhöht wären. Der auf allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen beruhende Kontrahierungszwang im Sinne der als Ausnahme gedachten Boykottrechtsprechung sollte nur in Fällen zum Zug kommen, in denen die Gründe für die Verweigerung schlicht unhaltbar sind und deswegen zu einem sittenwidrigen Resultat führen. Die von Amazon angeführten Gründe erscheinen jedoch zumindest aus betriebswirtschaftlicher Sicht nachvollziehbar, weswegen keine fehlende Angabe sachlicher Gründe vorliegt.

Selbst wenn man daher den Vertrieb über Amazon zum unabdingbaren Normalbedarf zählte, läge dennoch kein Boykott im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, weil für die Verlage zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen und das Verhalten Amazons nicht als unsachlich eingestuft werden kann.

### **3. Selbstregulierung**

Einige Internetplattformen verfügen über interne Anlaufstellen für Beschwerden von Nutzern und teilweise über detailliert strukturierte Beschwerdeprozesse. Diese internen Beschwerdeinstanzen geben Nutzern einerseits eine klare Anlaufstelle bei gewissen Problemen und helfen so dabei, gemäss Nutzungsbestimmungen ungerechte Behandlungen zu erkennen und im besten Fall diese (gefühlten) Ungerechtigkeiten aus der Welt zu schaffen oder zumindest die Vorgehensweise zu erklären. Dadurch kann das Unternehmen andererseits etliche Konflikte in einem frühen Stadium beilegen, ohne dass diese vor Gericht ausgetragen werden, was zum Teil mit negativer Publicity und nicht zuletzt auch mit finanziellen Unsicherheiten verbunden wäre. Auch für die Nutzer als klagende Parteien wäre ein Gang vor Gericht mit erheblichen finan-

ziellen Unsicherheiten verbunden und berge gerade für (gerichts-)unerfahrene Parteien eine gewisse Hemmschwelle, welche bei einem auch für Laien einfachen, klar geregelten internen Verfahren deutlich tiefer liegt. Weil so viele Konflikte rund um Nutzungsbestimmungen intern ausgetragen werden, gelangen nur sehr spärliche Informationen darüber an die Öffentlichkeit, was wiederum die Handhabung der Nutzungsbestimmungen für andere Nutzer intransparent und weniger vorhersehbar macht.

Amazon und Google stellen ihren Nutzern beide eine allgemeine Anlaufstelle via Website zur Verfügung, an die sich die Nutzer bei Fragen oder Problemen im Zusammenhang mit ihren Dienstleistungen und Produkten wenden können.<sup>84</sup> An dieser Stelle wird jedoch nicht weiter auf diese eingegangen, da eine solche Beschwerde in den oben geschilderten Situationen wohl wenig gebracht hätte – schliesslich haben sich Amazon respektive Google bewusst für ihre jeweilige Vorgehensweise entschieden und diese auch verteidigt. Ausserdem war nicht die Marktseite der Nutzer betroffen, an welche sich diese Anlaufstellen primär richten, sondern die Marktseite der Unternehmen im Sinne von Geschäftspartnern. Stattdessen wird nachfolgend ein Fall von Selbstregulierung geschildert, in dem eine Internetplattform eine interne Schlichtungsstelle für Konflikte zwischen zwei verschiedenen Marktgegensätzen in ihrem mehrseitigen Markt vorsieht.

Häufig besitzen Internetunternehmen zum Beispiel eine interne Beschwerdestelle für Meldungen über potentielle Immaterialgüterrecht-Verletzungen, insbesondere von Urheber- und Markenrechten.<sup>85</sup> Ein mehrstufiges Verfahren kennt beispielsweise die Videoplattform YouTube, welche 2006 von Google gekauft wurde. Um sich vor Urheberrechtsklagen zu schützen, führte YouTube auf Druck der Unterhaltungsindustrie<sup>86</sup> ein automatisches Kontrollsystem ein: Content ID.<sup>87</sup> Dabei gleicht das System

<sup>84</sup> Vgl. für Amazon <[https://www.amazon.de/gp/help/customer/contact-us?skip=true&initialIssue=cu\\_clouddrive&ref\\_=cd\\_home\\_ftcu](https://www.amazon.de/gp/help/customer/contact-us?skip=true&initialIssue=cu_clouddrive&ref_=cd_home_ftcu)> und für Google <<https://www.google.ch/intl/de/contact/>>.

<sup>85</sup> Amazon bietet seinen Nutzern ein Onlineformular, um potentielle Verstösse gegen Immaterialgüterrechte zu melden, vgl. <<https://www.amazon.com/gp/help/reports/infringement>>, besucht am 21.2.2015. Google verfügt in Bezug auf die Suchmaschine über keine entsprechende Möglichkeit.

<sup>86</sup> LEE TIMOTHY B., How YouTube lets content companies «claim» NASA Mars videos – Five media-companies go after NASA's Mars lander footage in indie video, 8.8.2012, abgerufen unter <[http://arstechnica.com/tech-policy/2012/08/how-youtube-lets-content-companies-claim-nasa-mars-videos/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed:+arstechnica/index+%28Ars+Technica+-+All+content%29&utm\\_content=Google+Reader](http://arstechnica.com/tech-policy/2012/08/how-youtube-lets-content-companies-claim-nasa-mars-videos/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed:+arstechnica/index+%28Ars+Technica+-+All+content%29&utm_content=Google+Reader)>, besucht am 18.11.2014.

<sup>87</sup> GOOGLE, How Content ID works, 2014, abgerufen unter <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370>>, besucht am 18.11.2014.

automatisch Video- und Audiodaten mit von Urheberrechtsinhabern eingereichten Vergleichsdaten ab.<sup>88</sup> Stellt Content ID die Verwendung von hinterlegtem, urheberrechtlich geschütztem Video- oder Audiomaterial fest, stehen dem Urheberrechtsinhaber die folgenden vier Möglichkeiten zur Verfügung: die betroffene Audiospur verstummen lassen, das ganze Video blockieren, das Video mittels Werbeanzeigen monetisieren oder Einsicht in die Zuschauerstatistiken nehmen.<sup>89</sup> Die Mehrheit der registrierten Urheberrechtsinhaber, sogenannter «Content Managers», entscheidet sich dabei für die Monetisierung des Videos.<sup>90</sup> In einem solchen Fall erhält der Nutzer, welcher das betroffene Video hochgeladen hat, einen sogenannten «Content ID claim» und verliert sofort (zumindest vorübergehend) den Anspruch auf allfällige Werbeeinnahmen, da diese nun an diejenigen gehen, der das Urheberrecht an diesen Inhalten beansprucht.<sup>91</sup> Der Nutzer kann in der Folge die Behauptung einer Urheberrechtsverletzung anerkennen, die betroffene Musik aus seinem Video entfernen oder austauschen. Überdies kann er, wenn er die Verletzung von Urheberrecht beispielsweise aufgrund des Vorliegens einer erlaubten Nutzung bestreitet, den Content ID claim anfechten.<sup>92</sup> Bestreitet ein Nutzer das Bestehen einer Urheberrechtsverletzung, hat der Content Manager 30 Tage Zeit, Stellung zu nehmen.<sup>93</sup>

Bedenkt man, dass in dieser Zeit die Werbeeinnahmen vom Nutzer automatisch an den Content Manager umgeleitet werden, ist die Missbrauchsgefahr durch (vermeintliche) Ansprüche von Content Managern nicht unerheblich, was von Nutzerseite auch immer wieder kritisiert wird.<sup>94</sup> Diesem Umstand trägt YouTube mittlerweile insofern Rechnung, als dass Content Managern der Zugriff auf Content ID entzogen werden kann, falls sie wiederholt fälschlicherweise Verletzungen von Urheberrecht beanstandeten.<sup>95</sup> Nimmt der Content Manager nach der Anfechtung seines Content ID claim nicht innert 30 Tagen Stellung, verfällt der Anspruch und das Video kann wieder vom Nutzer monetisiert werden.<sup>96</sup> Dem Content Manager stehen drei Reaktionsoptionen

---

<sup>88</sup> GOOGLE (Fn. 87).

<sup>89</sup> GOOGLE (Fn. 87).

<sup>90</sup> McARTHUR STEPHEN, How to Beat a YouTube ContentID Copyright Claim – What every Gamer and MCN Should Know, 24.6.2014, abgerufen unter <[http://gamasutra.com/blogs/StephenMcArthur/20140624/219589/How\\_to\\_Beat\\_a\\_YouTube\\_ContentID\\_Copyright\\_Claim\\_\\_What\\_every\\_Gamer\\_and\\_MCN\\_Should\\_Know.php](http://gamasutra.com/blogs/StephenMcArthur/20140624/219589/How_to_Beat_a_YouTube_ContentID_Copyright_Claim__What_every_Gamer_and_MCN_Should_Know.php)>, besucht am 19.11.2014.

<sup>91</sup> GOOGLE (Fn. 87).

<sup>92</sup> GOOGLE (Fn. 87).

<sup>93</sup> GOOGLE, Dispute a Content ID claim, 2014, abgerufen unter <<https://support.google.com/youtube/answer/2797454>>, besucht am 18.11.2014.

<sup>94</sup> TASSI PAUL, The Injustice Of The YouTube Content ID Crackdown Reveals Google's Dark Side, 19.12.2013, abgerufen unter <<http://www.forbes.com/sites/insertcoin/2013/12/19/the-injustice-of-the-youtube-content-id-crackdown-reveals-googles-dark-side/>>, besucht am 18.11. 2014.

<sup>95</sup> GOOGLE (Fn. 87).

<sup>96</sup> GOOGLE (Fn. 93).

offen: er kann von seiner Behauptung einer Urheberrechtsverletzung zurücktreten, er kann sie aufrechterhalten oder er kann das betreffende Video entfernen.<sup>97</sup> Bleibt der Content ID claim bestehen, kann der Nutzer dagegen Berufung einlegen, allerdings zum gleichen Zeitpunkt höchstens gegen drei abgewiesene Anfechtungen von Content ID claims.<sup>98</sup> Zudem muss der gegen den Entscheid des Content Managers in Berufung gehende Nutzer sein Nutzerkonto «verifizieren» lassen, also seine richtigen Personalien YouTube und dem Content Manager bekannt geben.<sup>99</sup> Diese Weitergabe von Personalien an den Content Manager kann heikel sein, da ein Content Manager diese Daten auch bei einem falschen Content ID claim erhält und auf diese Weise zum Beispiel unliebsame, bislang anonyme Kritiker etwa eines politischen Systems enttarnt werden können und so den Schutz der Anonymität verlieren. Somit hat dieser Aspekt des Content ID-Systems indirekt auch negative Implikationen für die Meinungsäusserungsfreiheit.

Nach der Berufung werden dem Content Manager noch einmal 30 Tage Zeit zur Stellungnahme eingeräumt, innert welcher er sich von seiner Behauptung distanzieren oder das Video löschen kann.<sup>100</sup> Lehnt der Content Manager die Berufung ab und löscht das Video, muss dies in den USA jedoch im Rahmen einer «Takedown Notice» im Sinne des DMCA<sup>101</sup> erfolgen, wodurch der Content Manager sich bei einem falschen Content ID claim haftbar macht.<sup>102</sup> Dadurch tritt der Streit gewissermassen aus dem geschlossenen Content ID-System heraus. Mit diesem Schritt reduziert sich auch die Gefahr für Missbräuche, da ein Content Manager in einem solchen Fall haften würde.<sup>103</sup> Eine Besonderheit des Content ID-Systems besteht ja gerade darin, dass der Urheberrechtsinhaber als registrierter Content Manager über die Richtigkeit bzw. das Weiterbestehen eines Content ID claim entscheidet – und nicht etwa YouTube selbst.<sup>104</sup> Dies erhöht die Gefahr von Missbräuchen, da ein Content Manager beispielsweise einen Content ID claim verursachen und dann auch noch schützen kann, ohne die Urheberrechte tatsächlich zu besitzen.<sup>105</sup>

<sup>97</sup> GOOGLE (Fn. 93).

<sup>98</sup> GOOGLE (Fn. 93).

<sup>99</sup> GOOGLE (Fn. 93).

<sup>100</sup> GOOGLE (Fn. 93).

<sup>101</sup> Digital Millenium Copyright Act (DMCA), Public Law 105-304 – Oct. 28, 1998.

<sup>102</sup> McARTHUR (Fn. 90).

<sup>103</sup> McKAY PATRICK, Victory! YouTube Reforms Content ID Dispute Process, 04.10.2012, abgerufen unter <<http://fairusetube.org/articles/25-content-id-victory>>, besucht am 20.11.2014.

<sup>104</sup> McARTHUR (Fn. 90).

<sup>105</sup> McKAY (Fn. 103).

### III. Schlussbemerkungen

Das digitale Zeitalter hat zahlreiche neue Geschäftsmodelle ermöglicht, welche vor der Erfindung und Ausbreitung des Internets kaum vorstellbar gewesen wären. Diese neuen Geschäftsmodelle betreffen praktisch jeden Wirtschaftszweig – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass. Die Wissenschaft kommt kaum damit nach, diese Neuerungen zu untersuchen und zu erklären sowie allenfalls Regulierungsvorschläge zu machen, schon stellt ein neues Geschäftsmodell sie vor eine veränderte Faktenlage. Es gilt daher, diesen Veränderungen in ökonomischen Modellen und rechtlichen Konzepten Rechnung zu tragen, welche gleichzeitig Raum für neue Innovationen offenlassen.

Die oben beschriebenen Regulierungsansätze *de lege lata* greifen in den geschilderten Sachverhalten zu kurz und hinterlassen eine unbefriedigende Situation. Noch wurde dafür kein Patentrezept gefunden und die Lösungsvorschläge könnten unterschiedlicher nicht sein: Auf der einen Seite wird für eine Anwendung bzw. leichte Anpassung der bisherigen rechtlichen Ansätze plädiert, auf der anderen Seite finden sich auch Extremforderungen, wie zum Beispiel der Vorschlag des Europäischen Parlaments an die Europäische Kommission, als *ultima ratio* den Betrieb der Suchmaschine von anderen Geschäftsbereichen Googles zu trennen und so dessen Aufspaltung zu bewirken.<sup>106</sup> Umstritten bleibt, ob diesen Problemstellungen durch eine an die aktuellen Verhältnisse angepasste Gesetzesauslegung, eine Änderung bestehender oder gar die Schaffung neuer Gesetze begegnet werden soll. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, für welche Herangehensweisen sich verschiedene Rechtsordnungen entscheiden und welche Auswirkungen diese haben werden. Insbesondere die neue Strategie der EU-Kommission zur Schaffung eines digitalen Binnenmarktes sowie die kartellrechtliche Untersuchung gegen Google durch dieselbe werden dazu womöglich bedeutende Weichen stellen.

---

<sup>106</sup> Vgl. MANCE/BARKER/AHMED (Fn. 32); HANFELD (Fn. 33).