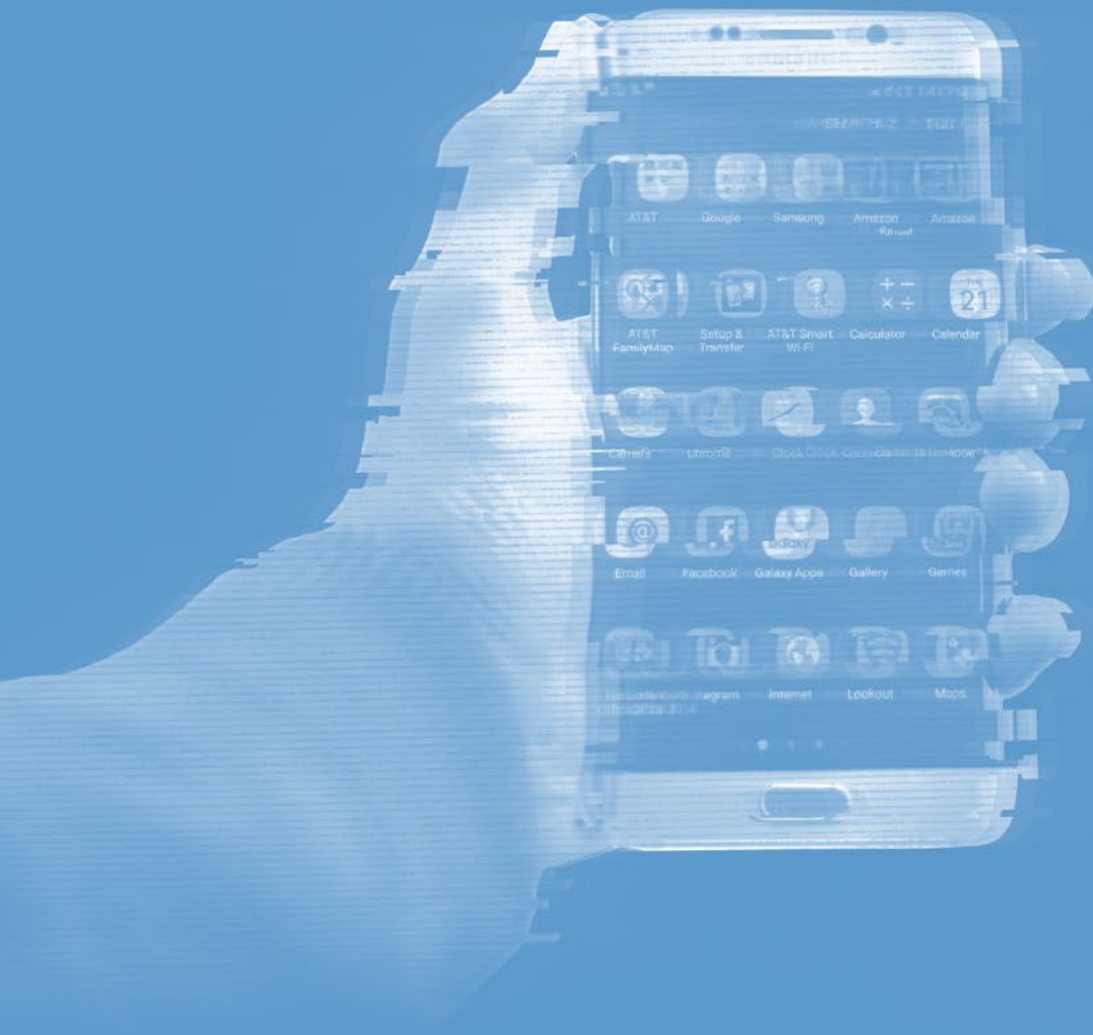




GESELLSCHAFT
FÜR FREIHEITSRECHTE



GRUNDRECHTSBINDUNG VON APP-STORES

VIEL MARKTMACHT - WENIG GRUNDRECHTSSCHUTZ?
WELCHEN EINFLUSS APP-STORES AUF GRUNDRECHTE
IM NETZ HABEN

Impressum

Autor

Jürgen Bering

Datum

September 2022

Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

Boyenstr. 41

10115 Berlin

Telefon 030 549 08 10 – 0

Fax 030 549 08 10 – 99

info@freiheitsrechte.org

PGP/GPG Key ID FA2C23A8

Kontoverbindung

IBAN: DE 88 4306 0967 1182 9121 00

BIC: GENODEM1GLS

GLS Gemeinschaftsbank eG

Vertreten durch den Vorstand des Vereins

Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia)

Prof. Dr. Nora Markard

Prof. Dr. Boris Burghardt

Eingetragen in das Vereinsregister des Amtsgerichts

Berlin-Charlottenburg unter VR 34505 B (Satzung)

V.i.S.d.P.

Malte Spitz

Boyenstr. 41

10115 Berlin

Social Media

twitter.com/freiheitsrechte

facebook.com/freiheitsrechte

instagram.com/freiheitsrechte

youtube.com/gesellschaft-fur-freiheitsrechte

Grafik und Layout

Berty Lueye-Mbuka

Bernhard Leitner

gefördert durch

STIFTUNG
MERCATOR

Die Studie ist veröffentlicht unter der Lizenz: Creative Commons
CC-by 4.0 Jürgen Bering, Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



INHALT

ZWEITE STUDIE IM PROJEKT „GRUNDRECHTSBINDUNG IM DIGITALEN“	4
A. EINLEITUNG	5
I. Grundrechtsrelevanz von App Stores	5
II. Begriff der App Stores	6
B. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	7
C. SIND APP STORES AN GRUNDRECHTE GEBUNDEN?	9
I. Wie beeinflussen App Stores unsere Grundrechte?	9
1. Grundrechte von App-Nutzer*innen	10
2. Grundrechte der App-Entwickler*innen	13
II. Voraussetzungen der Grundrechtsbindung	15
1. Unausweichlichkeit von Situationen	15
2. Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Personen	15
3. Die gesellschaftliche Bedeutung der Leistungen	17
4. Soziale Mächtigkeit	17
5. Kriterien bei sozialen Netzwerken	17
6. Zwischenergebnis	20
III. Besonderheiten durch das Dreiecksverhältnis App Stores, App-Entwickler*innen und App-Nutzer*innen	21
1. Grundrechtsbindung gegenüber wem?	21
2. Rechtsdurchsetzung	22
IV. Zusammenfassung	25
D. WELCHE PFLICHTEN ERGEBEN SICH AUS EINER GRUNDRECHTSBINDUNG?	26
I. Faktische Rechtssetzungsfähigkeit von App Stores	26
1. Formulierung von allgemeinen Geschäftsbedingungen	27
2. Inhaltliche Anforderungen an allgemeine Geschäftsbedingungen	29
3. Verfahrensrechtliche Anforderungen an Maßnahmen	29
4. Inhaltliche Anforderungen an Maßnahmen	30
II. Torwächterfunktion (Kontrahierungszwang)	31
III. Ausübung von Faktischem Druck	31
IV. Rechtsbeeinträchtigungen durch Algorithmen	31
V. Speicherung und Verarbeitung von Daten	32
VI. Wettbewerbliches Fehlverhalten	33

ZWEITE STUDIE IM PROJEKT „GRUNDRECHTSBINDUNG IM DIGITALEN“

Das Projekt „Grundrechtsbindung im Digitalen“ untersucht, welche Verpflichtungen sich für Plattformen und andere Digitalunternehmen gegenüber ihren Nutzer*innen und Kund*innen direkt aus den Grundrechten nach dem deutschen Grundgesetz ergeben. Dadurch soll bei den Unternehmen ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass sie bei ihren Entscheidungen bereits heute diverse Grundrechte berücksichtigen und schützen müssen, unabhängig davon, ob spezifische Gesetze das vorschreiben. Darüber hinaus soll bei Bürger*innen das Bewusstsein gestärkt werden, dass sie den Unternehmen auch ohne eine spezifische gesetzliche Regelung nicht schutzlos gegenüberstehen. Schließlich sollen die Studien die juristischen und politischen Debatten zur Plattformregulierung vorantreiben und so auch zur Weiterentwicklung der Rechtsordnung beitragen. Die Auftaktstudie des Projekts befasst sich mit der Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke. In diesem Rahmen wurde auch die Entwicklung der Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung Privater näher analysiert. Die vorliegende Studie überträgt die gewonnenen Erkenntnisse auf App Stores.

Für den Austausch danken wir Philipp Bongartz, Christina Dinar, Martin Fertmann, Vincent Hofmann, Juliane Mendelsohn und Christian Ollig.

A. EINLEITUNG

I. GRUNDRECHTSRELEVANZ VON APP STORES

Es ist kaum zu übersehen, welche Bedeutung verschiedene Plattformen für unser tägliches Leben und auch für die Ausübung unserer Grundrechte haben. Doch denken wir bei Plattformen meist zuallererst an soziale Netzwerke. Hier liegt auch der Grundrechtsbezug auf der Hand. Für viele von uns sind soziale Netzwerke ein wichtiger Raum, in dem wir unsere Meinungsfreiheit wahrnehmen. Gerade in Zeiten der globalen Covid-Pandemie waren diese Netzwerke unser Fenster zur Welt und damit auch zum Meinungs austausch mit anderen. Aber nicht nur unsere Meinungsfreiheit wird durch soziale Netzwerke berührt. Auch der Schutz vor Beleidigungen (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), vor unzulässiger Sammlung von Daten (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), der Zugang zu Berufsfeldern wie Influencing oder Online-Journalismus (Berufsfreiheit) und etliche weitere Grundrechte spielen in sozialen Netzwerken eine wichtige Rolle. Dementsprechend kommt die Auftaktstudie „[Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke](#)“ zum Ergebnis, dass sozialen Netzwerken weitreichende Pflichten aus der (mittelbaren) Grundrechtsbindung erwachsen.

Demgegenüber führen App Stores in der Diskussion um die Grundrechtsrelevanz von Digitalplattformen eher ein Schattendasein. In der allgemeinen Wahrnehmung werden App Stores regelmäßig lediglich als Mittelsperson oder Händlerinnen wahrgenommen, ohne dass ein unmittelbarer Einfluss auf Grundrechte damit verbunden wird. Zwar stehen App Stores regelmäßig in der Kritik, wie nicht zuletzt Auseinandersetzungen zwischen App-Entwickler*innen wie Epic Games, Spotify oder Match und den App Stores zeigen. Diese Kritik bezieht sich aber regelmäßig auf wirtschaftliche und wettbewerbliche Aspekte, ohne direkten Grundrechtsbezug.

Dabei wiederholen sich bei näherer Betrachtung viele der Fragen und Probleme der sozialen Netzwerke auch bei App Stores, jedoch auf einer vorgelagerten Ebene. So ist eine der

gravierendsten Fragen bei sozialen Netzwerken, wann diese Inhalte oder Konten sperren dürfen oder sogar müssen. Diese Moderationsentscheidungen im Einzelfall können erhebliche Auswirkungen auf unsere Meinungsfreiheit haben. Vergleichbares gilt auch für App Stores. Diese bestimmen zwar nicht, welcher Inhalt in einem Einzelfall gelöscht wird. Sie regeln aber den Zugang einer ganzen App zu ihrem Store.

Aufgrund dieser Funktion stellen die App Stores von Apple und Google sogenannte Gatekeeper dar. Wie eine Art „Torwächter“ haben sie die Entscheidungsbefugnis darüber, wer auf den von ihnen kontrollierten Märkten aktiv ist und damit auch darüber, welche Apps sich auf unseren Smartphones befinden. Zwar verhindert die Entfernung aus dem App Store erstmal nur, dass diese App neu über den jeweiligen App Store heruntergeladen werden kann. Bereits installierte Apps werden dadurch nicht gelöscht. Außerdem besteht teilweise die Möglichkeit, die App auf anderem Wege zu installieren.

Faktisch geht die Bedeutung einer Sperre aber wesentlich weiter: Da auch keine Updates mehr heruntergeladen werden können, entstehen Sicherheitsrisiken oder die App kann an Funktionalität verlieren. Zudem leben Apps davon, dass möglichst viele weitere Personen die entsprechende App ebenfalls nutzen, so beispielsweise Social Media-Apps.

Auch die etwaige Möglichkeit, eine App auf anderem Wege zu installieren, entschärft die Konsequenzen einer Sperre durch die großen App Stores nur geringfügig. Bei dem iPhone-Betriebssystem iOS ist derzeit ohnehin ausschließlich die Möglichkeit vorgesehen, Apps über den Apple App Store zu beziehen. Diese Beschränkung lässt sich zwar technisch umgehen. Das führt allerdings zum Wegfall der Gerätegarantie. Apple hat zwar – auf politischen Druck hin – angekündigt, diese Exklusivität aufzugeben. Das Gesetz über Digitale Märkte der Europäischen

Union (DMA) wird diese Form der Exklusivität zudem explizit verbieten.¹ Der Blick auf Android-Geräte lässt aber erahnen, dass damit keine gravierenden Änderungen einhergehen werden. Android erlaubt es, Apps auch über andere Wege zu installieren. Dennoch werden über 90 Prozent aller Apps über den vorinstallierten Play Store von Google bezogen.² Mit einer Sperre durch den Play Store sind damit erhebliche Einbußen für Personen und Unternehmen verbunden, die Apps erstellen und über App Stores zum Herunterladen anbieten („App-Entwickler*innen“).³

Wird eine App aus einem Store entfernt, kann dies einen ähnlichen Effekt haben, wie wenn alle dort geteilten Inhalte gelöscht werden, da sie den meisten anderen Personen schlicht nicht mehr zugänglich sind.

Die sich daraus ergebende Relevanz von Zulassungs- und Sperrentscheidungen der App Stores wird durch einen weiteren Aspekt zusätzlich verschärft, der ebenfalls für soziale Netzwerke gilt: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind häufig äußerst weit und vage. Sie geben den App Stores nahezu freie Hand, welche Apps sie zulassen oder sperren. App Stores sind damit ein Bereich mit großer Relevanz für unser berufliches und privates Leben, der komplett unter der Kontrolle von zwei Konzernen steht. Diese beiden Konzerne haben dort weitgehend ungehindert ihre eigene „Rechtsordnung“ aufgebaut.

Daher stellt sich die Frage, ob und inwieweit die von der Rechtsprechung für Facebook aufgestellten Grundsätze auch auf App Stores übertragen werden können. Unterliegen also App Stores den Einschränkungen, die sich aus unseren Grundrechten ergeben oder sind sie frei darin, wie sie ihre interne Rechtsordnung ausgestalten? Dieser Frage geht die vorliegende Studie nach.

II. BEGRIFF DER APP STORES

Als App Store werden im Rahmen dieser Studie digitale Vertriebsplattformen für Anwendungssoftware („Apps“) verstanden. Die vorliegende Studie befasst sich dabei ausschließlich mit App Stores für Smartphones. Auf Smartphones werden fast ausschließlich zwei Betriebssysteme verwendet: Googles Android (zuletzt ca. 66 Prozent Marktanteil) und Apples iOS (zuletzt ca. 33 Prozent Marktanteil).⁴ Das führt auch zu einer herausragenden Bedeutung der App Stores für beide Geräte: Googles Play Store („Play Store“), der neben Android-Geräten auch auf Huawei Geräten und bei Fire OS Verwendung findet, und Apples App Store (zur Vermeidung von Unklarheiten „Apple App Store“).

Die Erkenntnisse gelten aber in ähnlicher Form auch für viele weitere App Stores. Etwas anderes gilt aber für Geräte und Systeme, bei denen App Stores eine untergeordnete Rolle spielen. So enthält zwar mittlerweile auch Windows einen App Store. Der Großteil der auf Windows-Rechnern installierten Software wird aber nicht über diesen bezogen.

¹ Für eine Auseinandersetzung mit den Änderungen des DMA und des Gesetzes über digitale Dienste (DSA) auf die Rolle von App Stores bei der Regulierung von Apps siehe Cowsls et al., [App Store Governance: Implications, Limitations, and Regulatory Responses](#) (2022).

² Siehe beispielsweise Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2018, AT.40099.

³ Der Begriff umfasst im Folgenden auch Personen, die Apps von anderen entwickeln lassen. Relevant ist vor allem, dass diese Nutzer*innen Apps anbieten.

⁴ [Vergleich der Marktanteile von Android und iOS am Absatz von Smartphones in Deutschland von Januar 2012 bis Juni 2022](#), Statista (2022).

B. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Diese Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass im Bereich der App Stores ein erheblicher Schutzbedarf für die Grundrechte der App-Nutzer*innen besteht. Die Nutzung von Apps ist heute mit unserer Grundrechtsausübung stark verwoben und hat einen großen Einfluss auf unser Privat- und Berufsleben. Zugleich haben App Stores eine erhebliche Machtposition inne, da sie – wie klassisch der Staat – Zugang zu Infrastruktur eröffnen. Sie entscheiden einseitig, welche Bedingungen gelten und welche Apps verfügbar sind.

Damit liegen die Bedingungen vor, bei denen das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof staatsähnliche Grundrechtsbindungen angenommen haben. Die bisherige Rechtsprechung betraf insbesondere Fußballvereine und soziale Netzwerke. App Stores gehen in ihrer Bedeutung noch über diese Anwendungsfelder hinaus.

Gleichzeitig bestehen Besonderheiten, die eine Übertragung der Prinzipien zur Grundrechtsbindung teilweise erschweren. Bei App Stores besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen den App Stores, App-Entwickler*innen und App-Nutzer*innen. Schutzbedürftig sind vor allem die App-Nutzer*innen die für ihre Grundrechtsausübung Gebrauch von Apps machen wollen. Insbesondere prozessuale Schutzvorkehrungen (beispielsweise eine Anhörungspflicht) ergeben aber nur gegenüber den App-Entwickler*innen Sinn. Dennoch spricht vieles für derartige Schutzvorkehrungen zugunsten der App-Entwickler*innen. Zumindest teilweise können diese auch eigene Grundrechte geltend machen. Zudem eröffnen sie App-Nutzer*innen überhaupt erst die Möglichkeit, Grundrechte über ihre Apps auszuüben. Dementsprechend schützt ein weitergehender Schutz gegenüber den App-Entwickler*innen automatisch auch die Grundrechte der App-Nutzer*innen.

Zudem stellt sich die Frage, wie die Grundrechtsbindung durchgesetzt werden kann. Nahliegend ist hier, dass sich App-Entwickler*innen durch gerichtliche Verfahren beispielsweise gegen eine Sperre zur Wehr setzen können. Es ist aber ungewiss, ob eine derartige Rechtsdurchsetzung effektiv wäre. In der Vergangenheit wurde immer wieder der Vorwurf erhoben, das Verhalten der App Stores sei kartellrechtswidrig. Ähnlich problematisch sind die äußerst weit gefassten allgemeinen Geschäftsbedingungen der Stores, die ebenfalls einfachrechtliche Bedenken hervorrufen. Dennoch haben sich App-Entwickler*innen – mit einigen wenigen Ausnahmen – nicht dagegen zur Wehr gesetzt.

Die Rechtsdurchsetzung könnte daher zusätzlich in die Hände der App-Nutzer*innen gelegt werden, schließlich sollen vor allem ihre Rechte geschützt werden. Das hätte zur Konsequenz, dass sämtliche App-Nutzer*innen beispielsweise gegen eine App-Sperre klagen könnten. Es ist jedoch unklar, in welchem Umfang von einer derartigen Möglichkeit Gebrauch gemacht würde.

Vorzugswürdig erscheint die Rechtsdurchsetzung durch Interessenvertreter*innen. So könnte der Gesetzgeber die Rechtsdurchsetzung für App-Entwickler*innen und -Nutzer*innen beispielsweise durch ein Verbandsklagerecht erleichtern. Dann könnten Dritte als Sachwalter*innen Verfahren einleiten, ohne dass diese – wie App-Entwickler*innen – Repressalien und Einkommensverluste zu fürchten hätten oder – wie bei App-Nutzer*innen – mit einer Klageflut zu rechnen wäre. Eine derartige Option müsste aber möglichst rechtssicher festgeschrieben sein. Dafür bedarf es eines Gesetzes.

Bezüglich der konkret aus der Grundrechtsbindung erwachsenden Pflichten können weitgehend die Anforderungen aus der Rechtsprechung gegenüber sozialen Netzwerken herangezogen

werden. So ist davon auszugehen, dass die Grundrechtsbindung insbesondere auf die Ausformung allgemeiner Geschäftsbedingungen Auswirkungen hat. Wie bei sozialen Netzwerken kann auch bei App Stores ein besseres Schutzniveau durch Verfahrensrechte erreicht werden. Daneben gibt es aber auch noch weitere Bereiche, in denen App Stores Einfluss auf unsere Grundrechte nehmen.

Folgende Pflichten sind daher für einen effektiven Grundrechtsschutz gegenüber App Stores geboten:

- Die allgemeinen Geschäftsbedingungen von App Stores müssen klar und transparent formuliert sein. Die darin enthaltenen Kriterien müssen objektiv überprüfbar sein.
- Einschränkungen der Rechte von App-Entwickler*innen durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen bedürfen eines sachlichen Grunds.
- Die Sperre einer App erfordert regelmäßig eine vorherige Anhörung der App-Entwickler*innen und muss hinreichend begründet sein.
- Bei der Entscheidung über eine Sperre sind auch die damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen der App-Nutzer*innen (und zumindest teilweise auch der App-Entwickler*innen) zu berücksichtigen.
- Insbesondere wenn Maßnahmen gegen Apps ergriffen werden, die nur teilweise im Widerspruch zu den Bedingungen der App Stores stehen, bedarf es eines grundrechtsschonenden und möglicherweise gestuften Vorgehens.
- App Stores müssen Apps grundsätzlich zulassen.
- App Stores dürfen nicht diskriminieren, auch nicht durch den Einsatz von Algorithmen.
- App Stores dürfen ihre Nutzung nicht davon abhängig machen, dass nicht erforderliche Daten erfasst und verarbeitet werden dürfen. Daten aus App Stores dürfen nicht mit Daten aus anderen Quellen zusammengeführt werden.
- Von App Stores aufgestellte Einschränkungen der Datenerfassung und -verarbeitung müssen auch für sie selbst gelten.
- Zumindest in Einzelfällen sind auch bei einer kartellrechtlichen Beurteilung die Grundrechte der App-Entwickler*innen als Korrektiv zu berücksichtigen.

C. SIND APP STORES AN GRUNDRECHTE GEBUNDEN?

Kann eine (mittelbare) Grundrechtsbindung auch für App Stores bestehen? Um dies zu beantworten, wird zunächst die Relevanz der App Stores für einzelne Grundrechte näher beleuchtet.

Aufbauend darauf werden App Stores anhand der Kriterien beurteilt, die das Bundesverfassungsgericht für die Grundrechtsbindung aufgestellt hat.

I. WIE BEEINFLUSSEN APP STORES UNSERE GRUNDRECHTE?

Entfernt ein soziales Netzwerk einen (Meinungs-)Inhalt von der Plattform, beeinträchtigt es dadurch die Meinungsfreiheit des*der Verfassers*in. Soziale Netzwerke können damit in sehr vielen Einzelfällen von Äußerungen Entscheidungen mit Grundrechtsrelevanz treffen. Das ist bei App Stores anders. Sie können entweder eine ganze App zulassen oder sperren. Entscheidungen über einen einzelnen Post können sie nicht treffen. Dadurch wirkt die Beeinflussung der Grundrechte der App-Nutzer*innen auf den ersten Blick mittelbarer und weiter entfernt. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass Grundrechtsbeeinträchtigungen durch App Stores per se weniger intensiv wären.

In Bezug auf soziale Netzwerke kommt die Sperre der jeweiligen App wie z.B. Twitter der Löschung der dort enthaltenen Beiträge und Konten nahe. Eine Sperre wirkt zwar nicht unverzüglich. Die App ist also noch auf den Geräten vorhanden. Sie kann aber nicht mehr auf neue Geräte geladen werden und auch Updates sind nicht mehr möglich, sodass eine Sperre zumindest zu erheblichen Einschränkungen der App führen und Sicherheitsrisiken hervorrufen kann.

Auch ist es zumeist noch möglich, auf das entsprechende Netzwerk auch ohne die App zuzugreifen. Die Möglichkeit, jederzeit und an jedem Ort unkompliziert auf das Netzwerk anhand

einer App zugreifen zu können macht aber einen großen Reiz für Nutzer*innen aus. Dieser Vorteil von Anwendungen gilt nicht nur für soziale Netzwerke. Schließlich gibt es auch soziale Netzwerke (und andere Dienste), auf die ausschließlich durch eine App zugegriffen werden kann. Hierzu gehört beispielsweise das soziale Netzwerk TikTok. Außerdem bieten viele Anbieter besondere Konditionen (beispielsweise Buchungsplattformen) oder Zusatzfunktionen (beispielsweise soziale Netzwerke) nur über die App an.

Im Ergebnis bleibt damit die geäußerte Meinung in der Welt, sie ist allerdings weniger Personen zugänglich. Auch das schränkt die Meinungsfreiheit der Nutzer*innen ein.

Zugleich besteht ein Unterschied zwischen App Stores und sozialen Netzwerken in der Ausrichtung der Systeme. Auch wenn soziale Netzwerke nicht nur die Meinungsfreiheit betreffen, steht dieses Grundrecht doch klar im Vordergrund. Soziale Netzwerke sind ein Platz zum Austausch von Meinungen und der Zugang zu den Netzwerken ist daher von besonderer Bedeutung für die Verwirklichung der Meinungsfreiheit. App Stores haben keinen derartigen Fokus, vielmehr können bei ihnen die verschiedensten Apps heruntergeladen werden, die in unterschiedlicher Weise grundrechtsrelevant sein können.

Diese verschiedenen Grundrechte werden im Folgenden näher betrachtet. Dabei kann generell unterschieden werden zwischen den Grundrechten der App-Nutzer*innen und den Grundrechten der App-Entwickler*innen. Während erstere ihre Grundrechte durch die Nutzung von Apps verwirklichen, machen letztere durch die Bereitstellung von Apps von ihren Grundrechten Gebrauch.

1. GRUNDRECHTE VON APP-NUTZER*INNEN

Im Vordergrund dieser Studie stehen die Grundrechte der App-Nutzer*innen. Diese sehen sich einem System an Apps gegenüber, das weitgehend von App Stores reguliert wird. Aus Nutzer*innen-Sicht macht es zunächst keinen Unterschied, ob eine einzelne oder eine bestimmte Art von Apps aufgrund einer staatlichen Anordnung oder durch die Entscheidung eines App Stores gesperrt wurden. Die Auswirkungen auf ihre Grundrechte sind zunächst die gleichen.

Die grundrechtliche Relevanz ergibt sich bei dieser Gruppe daraus, dass die App-Nutzer*innen die Apps zur Ausübung ihrer Grundrechte verwenden, also beispielsweise von ihrer Meinungsfreiheit durch Social Media-Apps Gebrauch machen.

1.1 Meinungsfreiheit

Durch die weite Verbreitung von Apps sozialer Netzwerke spielt die Meinungsfreiheit auch im Bereich der App Stores eine große Rolle. Für das soziale Netzwerk Facebook hat der Bundesgerichtshof eine Grundrechtsbindung angenommen, basierend auf dessen Bedeutung für die Meinungsfreiheit. Facebook ist aber bei weitem nicht die einzige App, über die Nutzer*innen Meinungen miteinander austauschen. Zu den beliebtesten Apps nach täglicher Nutzung gehören insbesondere Apps zum sozialen Austausch, darunter WhatsApp, Telegram, Instagram, YouTube, Facebook und TikTok.⁵

Durch die Entscheidungsmöglichkeit, ob eine spezifische App

in einem Store erhältlich ist, wird App Stores damit ein erheblicher Einfluss auf die Ausübung der Meinungsfreiheit zuteil. Das zeigen die Beispiele Parler, MassRoots und Telegram. Aus Sicht der Nutzer*innen führte die Sperre einer Social Media-App dazu, dass die dort verfassten Posts Dritte nicht mehr oder nur noch beschränkt erreichten. Aus Sicht der Nutzer*innen kann die Sperre einer Löschung des Inhalts daher nahe- oder gleichkommen. Zumindest aber sind die Nutzer*innen bereits durch die beschränkte Reichweite in ihrer Meinungsfreiheit beeinträchtigt.⁶

5 [Beliebteste Smartphone-Apps in Deutschland nach durchschnittlicher täglicher Nutzungsdauer im Jahr 2021](#), Statista (2022).

6 Zur Rolle von App Stores in einem Mehrebenensystem der Gewährleistung von Meinungsfreiheit im Netz, siehe York et al., [Beyond Platforms: Private Censorship, Parler, and the Stack](#), Electronic Frontier Foundation (11. Januar 2021); Donovan, [Navigating the Tech Stack: When, Where and How Should We Moderate Content?](#), Centre for International Governance Innovation (28. Oktober 2019); Rau et al., [Rechts-extreme Online-Kommunikation in Krisenzeiten](#), Arbeits-papiere des Hans-Bredow Instituts, FGZ Resultate # 62.

Beispiele Meinungsfreiheit

Parler

Parler ist ein Mikroblogging-Dienst, funktional vergleichbar mit Twitter. Die Betreiber*innen dieses Dienstes hatten damit geworben, dass sie kaum Inhalte auf der Plattform löschen. Dadurch wurde die Plattform zu einem Sammelbecken von Rechtsextremist*innen, Verschwörungstheoretiker*innen und anderen Personen, deren Beiträge und Konten auf „normalen“ Netzwerken regelmäßig gelöscht wurden. Nachdem das Netzwerk genutzt wurde, um den so genannten Sturm auf das Kapitol am 6. Januar 2021 zu koordinieren, wurde die Parler-App sowohl auf dem Play Store, als auch auf dem Apple App Store gesperrt. Zum Zeitpunkt der Sperre hatte die Plattform 15 Millionen Nutzer*innen. Mittlerweile gibt es eine Version der App für iOS, bei der Inhalte moderiert werden. Der Play Store erlaubt die App bis heute nicht.²⁸

MassRoots

MassRoots ist ein soziales Netzwerk, das Konsument*innen von Cannabis miteinander verbinden soll. Das Netzwerk wurde aufgrund dieses Fokus 2014 vom Apple App Store gesperrt, auch in Regionen, in denen der Konsum von Cannabis nicht mehr kriminalisiert war. Nach mehreren Protestaktionen der Nutzer*innen kam es 2015 zur Entsperrung.²⁹

Telegram

Telegram ist ein Instant-Messaging-Dienst, vergleichbar mit WhatsApp und Signal. Durch sehr große Kanäle und Gruppen mit bis zu mehreren hunderttausend Teilnehmer*innen hat Telegram aber auch Eigenschaften klassischer sozialer Netzwerke. Auch Telegram ist dafür bekannt, Inhalte weitgehend nicht zu moderieren, inklusive strafrechtswidriger Inhalte. Nachdem sich Telegram Anweisungen deutscher Behörden verweigerte, gab es im politischen Raum die Überlegung, die App Stores zu einer Sperre der App zu verpflichten. Nach Druck durch die App Stores lenkte Telegram ein und sperrte einzelne, besonders problematische Kanäle.³⁰

²⁸ Siehe [Parler erleidet juristische Niederlage](#), Frankfurter Allgemeine Zeitung (22. Januar 2021).

²⁹ Siehe [Apple erlaubt Marihuana-Apps im iOS-App-Store](#), MacLife (16. Februar 2015).

³⁰ Siehe [Telegram blockiert Inhalte der Verschwörungsszene](#), Netzpolitik.org (12. Januar 2022).

1.2 Religionsfreiheit

Apps können auch einen Bezug zur Ausübung der Religionsfreiheit haben. So gibt es Apps, die Kirchenführer, verschiedene religiöse Texte, Gebete und vieles mehr anbieten. Auch bei Apps mit Religionsbezug kam es in der Vergangenheit zu Sperrungen. Hierzu gehören beispielsweise eine App, mit der Gesichter auf die Körper von religiösen Figuren transferiert werden konnten („Me So Holy“), eine App die anzeigte, welche berühmten Personen jüdischen Glaubens waren („Jew or Not Jew?“), eine App,

die besonders gewalttätige Passagen des Koran anzeigte („Islam Muhammad“), sowie Apps, die Diskriminierung von marginalisierten Gruppen im Namen des christlichen Glaubens befürworteten („Manhattan Declaration“, „Exodus International“).

1.3 Berufsfreiheit

Auch die Berufsfreiheit kann von der Nutzung bestimmter Apps betroffen sein. Dazu gehören beispielsweise Apps, die Mikrojobs vermitteln, darunter „Roamler“, „Streetbees“, „BeMyEye“ und „Streetspotr“. Daneben gibt es auch Berufszweige, die komplett auf Apps basieren. Überfahrer*innen sind beispielsweise auf die App Uber angewiesen. Auch Influencer*innen sind insbesondere auf Instagram angewiesen.

Beispiel Berufsfreiheit

Nachdem Russland im Zuge des Angriffskriegs auf die Ukraine das soziale Netzwerk Instagram verboten hatte, bedeutete dies, dass viele russische Influencer*innen nicht weiter ihrer Tätigkeit nachgehen konnten, da sie ihre Follower*innen nicht mehr erreichten. Hierbei handelte es sich allerdings nicht um eine Sperre durch die App Stores. Vielmehr versuchte Russland selbständig, die Verbindung aus Russland zum Netzwerk und App zu unterbinden.³¹

³¹ Siehe [Russen dürfen Instagram und Facebook wieder nutzen](#), Frankfurter Allgemeine Zeitung (29. März 2022).

1.4 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt unter anderem vor staatlichen Eingriffen in den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung zur Entfaltung der eigenen Individualität. Durch die Digitalisierung entstehen immer mehr Apps, die auch der Persönlichkeitsentwicklung dienen. Dazu gehört die Gestaltung des Sexuallebens durch Dating-Apps. Gerade für marginalisierte Gruppen können derartige Apps auch geschützte Räume bieten (bspw. Gay-Dating-Apps).

Beispiel Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Aufgrund eines türkischen Gerichtsurteils hat Apple die Dating-App Hornet in der Türkei gesperrt, die sich selbst als Gay Social Network bezeichnete. Es handelte sich zuvor um die beliebteste Dating-App für schwule Menschen in der Türkei. Das Urteil begründete die Sperrverpflichtung damit, dass die App „Prostitution und Unzüchtigkeit“ enthalte.³²

³² Siehe [Apple sperrt schwule Dating-App in der Türkei](#), Queer.de (11. August 2021).

1.5 Informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten zu bestimmen. App Stores haben in zweierlei Hinsicht Einfluss auf dieses Grundrecht: Erstens können App Stores selbst Daten über ihre App-Nutzer*innen sammeln. Zweitens können sie auch festschreiben, welche Daten Apps von ihren Nutzer*innen sammeln und wie sie diese verwenden dürfen. Dies kann erhebliche Relevanz haben, da eine Vielzahl an Apps Zugriff auf sehr sensible Daten hat, beispielsweise im Gesundheitsbereich.

Aber auch darüber hinaus können eine Vielzahl an Fitness- und Gesundheits-Apps Zugriff auf sensible Gesundheitsdaten haben.]

1.6 Allgemeine Handlungsfreiheit

Die genannten Grundrechte sind in Bezug auf Nutzer*innen von Apps von besonderer Relevanz. Das schließt aber nicht aus, dass noch weitere Grundrechte einschlägig sein können. Ganz im Gegenteil lässt sich zu fast jedem Grundrecht eine App finden oder zumindest erdenken, die mit diesem Recht verknüpft ist.

Darüber hinaus besteht gegenüber dem Staat aber auch dann ein grundrechtlicher Schutz, wenn kein spezielles Grundrecht einschlägig ist. Dann greift der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht. Auch dieses Grundrecht wurde vom Bundesverfassungsgericht bereits auf das Verhält-

nis zwischen Privaten angewendet.⁷ Grundsätzlich gilt aber ein geringeres Schutzniveau, wenn „nur“ die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen ist.

Schließlich dienen einzelne Apps auch insbesondere dem Schutz der Nutzer*innen. Insbesondere in autoritären Systemen ist die Zivilgesellschaft auf die Nutzung von Apps angewiesen, die eine Anonymisierung ihrer Person oder die Umgehung von Sperren (via VPN) ermöglichen. Werden diese Apps nicht mehr angeboten, kann dies zur Beeinträchtigung oder Gefährdung der Nutzer*innen führen. China beispielsweise hat die App Stores angewiesen, keine VPN-Apps zur Verfügung zu stellen.⁸ Ein derartiger Schutz wird sich teilweise spezifischen Grundrechten zuordnen lassen, teilweise aber auch von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt sein.

Beispiel Allgemeine Handlungsfreiheit

Nach einer Warnung U.S.-amerikanischer Gesundheitsbehörden über die Gesundheitsrisiken von Vaping (E-Zigarette) sperrte Apple Apps, die mit Vaping im Zusammenhang standen.

2. GRUNDRECHTE DER APP-ENTWICKLER*INNEN

Neben den App-Nutzer*innen können sich auch App-Entwickler*innen auf Grundrechte berufen. Neben ihrer Berufsfreiheit sind dies teilweise auch spezifische Grundrechte, darunter unter anderem die Presse- und die Kunstfreiheit.

Diese Gruppe macht von ihren Grundrechten dadurch Gebrauch, dass sie Apps erstellen und anbieten.

Damit liegt eine Betroffenheit dieser Grundrechte sehr schnell nahe. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass diese Gruppen bereits durch das einfache Recht, insbesondere das Kartellrecht, von

der Übermacht der App Stores zumindest in gewissem Maß geschützt sind. Zu den Konsequenzen daraus, siehe **4.1**.

2.1 Berufsfreiheit

Die Berufsfreiheit schützt die Wahl und Ausübung eines Berufs. Sperren werden regelmäßig die Berufsausübung von App-Entwickler*innen berühren, und zwar in der Form, dass eine entwickelte App nicht in der gewählten Form auf der Plattform angeboten werden kann. Diese Beeinträchtigung kann unterschiedlich intensiv ausfallen. So kann es sein, dass nur einzelne Änderungen notwendig sind, es kann aber auch sein, dass eine ganze Kategorie von Apps nicht erlaubt ist. Darüber hinaus gibt es aber auch die Möglichkeit, dass App Stores nicht nur einzelne Apps sperren, sondern auch die Accounts von Entwickler*innen. Aufgrund der Relevanz der beiden großen App Stores kann eine derartige Sperre einem Berufsverbot gleichkommen.

Beispiele für Apps mit Zugriff auf sensible Daten

In letzter Zeit waren insbesondere sogenannte Zyklus-Apps, die den Menstruationszyklus von Frauen verfolgen, in der Diskussion. In den USA wird nach der Verschärfung der Regeln zum Schwangerschaftsabbruch in vielen Staaten befürchtet, dass diese Apps und Daten nun genutzt werden, um festzustellen, welche Frauen einen Schwangerschaftsabbruch haben durchführen lassen.³³

³³ Siehe [Reconsidering Privacy Risks After Roe](#), New York Times (30. Juni 2022).

⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 567/89, 1044/89.

⁸ Siehe [Apple's Silence in China Sets a Dangerous Precedent](#), New York Times (31. July 2017).

2.2 Pressefreiheit

Da Nachrichten und Berichte immer häufiger auf mobilen Endgeräten gelesen werden, ist es für Presseunternehmen besonders wichtig, dass ihre Erzeugnisse in elektronischer Form auch auf diesen Geräten gelesen werden können. Dementsprechend gibt es Apps von einer Vielzahl großer deutscher Presseunternehmen.

Beispiel Pressefreiheit

Aufsehen erregte die Sperre der App der New York Times durch den Apple App Store in China. Zuvor hatte die Times über das (versteckte) Vermögen der Familie des damaligen Premierministers Wen Jiabao berichtet. Als Reaktion ordneten chinesische Behörden die Sperrung der Webseite an und wiesen auch Apple an, die App zu sperren. Apple folgte der Anweisung.³⁴

³⁴ Siehe [Apple Removes New York Times App From Its Store in China](#), New York Times (4. Januar 2017).

2.3 Kunstfreiheit

Apps können aber auch weitere Grundrechte der App-Entwickler*innen beeinträchtigen. Beispielsweise kann die Kunstfreiheit betroffen sein, wenn die App dem künstlerischen Ausdruck der Entwickler*innen dient.

Beispiel Kunstfreiheit

Die Cartoon-App des Karikaturisten Mark Fiore wurde vom Apple App Store nicht freigegeben, da sie Personen des öffentlichen Lebens karikierte. Fiore gewann später einen Pulitzer-Preis. Daraufhin wurde die App von Apple freigegeben.³⁵

³⁵ Siehe [A Pulitzer Winner Gets Apple's Reconsideration](#), New York Times (16. April 2010).

II. VORAUSSETZUNGEN DER GRUNDRECHTSBINDUNG

Das Bundesverfassungsgericht hat vier Kriterien für das Vorliegen einer staatsähnlichen oder staatsgleichen Grundrechtsbindung aufgestellt.⁹ Dabei handelt es sich um die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Personen, die gesellschaftliche Bedeutung von Leistungen und die soziale Mächtigkeit. Eine eingehendere Auseinandersetzung damit, wann diese Kriterien vorliegen, unterblieb jedoch.

1. UNAUSWEICHLICHKEIT VON SITUATIONEN

Als erstes Kriterium nannte das Bundesverfassungsgericht die Unausweichlichkeit von Situationen. Das Gericht beschrieb nicht näher, wann genau eine Situation unausweichlich ist. Jedoch ist davon auszugehen, dass daran keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere reicht nicht aus, dass eine Situation vermieden werden kann, wenn einer gewünschten oder gesellschaftlich relevanten Tätigkeit nicht weiter nachgegangen wird. So kam das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Stadionverbot dazu, dass die Vereine einer Grundrechtsbindung unterliegen, auch wenn es sich beim Besuch von Fußballspielen um Freizeitaktivitäten handelt. Dabei unterstrich das Gericht in der genannten Entscheidung die gesellschaftliche Bedeutung von Fußballspielen.¹⁰

Ausgangspunkt ist daher weniger die konkrete Tätigkeit oder Aktivität, sondern vielmehr die Frage, ob auch andere Anbieter*innen diese Tätigkeit oder Aktivität in vergleichbarer Weise ermöglichen. Damit wird regelmäßig von Interesse sein, ob die Anbieter*innen Monopolist*innen oder marktmächtige Unternehmen sind. Bei den App Stores von Google und Apple handelt es sich jeweils um marktbeherrschende Unternehmen (dazu **5**).

Selbst bei einem engeren Verständnis des Kriteriums – im Sinne einer Unverzichtbarkeit der Aktivität selbst – spricht einiges dafür, dass der Kontakt zu App Stores weitgehend unausweichlich ist. Mobiltelefone sind aus dem modernen Leben, sowohl privat als auch beruflich, nicht mehr wegzudenken. Der vollständige Verzicht auf Smartphones stellt also keine Alternative dar.

2. UNGLEICHGEWICHT ZWISCHEN SICH GEGENÜBERSTEHENDEN PERSONEN

Als zweites Kriterium hat das Bundesverfassungsgericht das Ungleichgewicht sich gegenüberstehender Personen genannt. Ein solches Ungleichgewicht liegt vorliegend sowohl bei App-Nutzer*innen als auch bei App-Entwickler*innen jeweils im Verhältnis zu App Stores vor.

Individuelle App-Nutzer*innen haben gegenüber App Stores keinen Einfluss. Entweder sie nutzen die Stores und akzeptieren ihre Bedingungen oder nicht.

Auch App-Entwickler*innen stehen den App Stores weitgehend machtlos gegenüber. Die App Stores steuern als Gatekeeper den Zugang zu den Betriebssystemen. Diese Rolle gibt ihnen eine derartige Machtposition, dass selbst finanz- und wirtschaftsstarke App-Entwickler*innen dem nichts entgegensetzen können. Das zeigen auch Beispiele wie die Streitigkeiten zwischen den App Stores und App-Entwickler*innen wie Epic Games, Match oder Spotify.

Die Beispiele zeigen, dass selbst große App-Entwickler*innen keine Verhandlungsmacht gegenüber den App Stores haben. Einschränkende Entwicklungen gibt es daher nicht durch Verhandlungen, sondern nur durch Rechtsprechung oder Gesetzgebung.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 33.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 41.

Streitigkeiten zwischen App Stores und App-Entwickler*innen

Epic Games

Nach den Nutzungsbedingungen des Apple App Store durften Einkäufe für Apps jeweils nur über den App Store erfolgen. Dafür nahm Apple 30 Prozent Provision. Auch ein Verweis auf eine Website, über die alternativ bezahlt werden konnte, war nicht gestattet. Dagegen wehrte sich der Spielehersteller Epic Games (Anbieter von unter anderem Fortnite, einem Spiel mit mehr als 350 Millionen registrierten Spieler*innen), der unter anderem auch alternative Zahlungsmöglichkeiten anbieten wollte. Das führte dazu, dass Epic Games sowohl vom Apple App Store als auch vom Play Store (bei dem ähnliche Bedingungen galten) gesperrt wurde. Beim anschließenden Verfahren vor einem U.S.-amerikanischen Gericht gegen (zunächst nur) Apple gewann Epic Games dahingehend, dass das Verbot des Hinweises auf alternative Zahlungsmöglichkeiten als rechtswidrig eingestuft wurde. Bei den weitergehenden Forderungen von Epic Games, einen eigenen Store einrichten zu wollen und eine geringere Provision zu zahlen, verlor der Spielehersteller hingegen.³⁶

Match

Auch der Konzern Match, der verschiedene Dating-Apps anbietet, geht in den USA gegen das Verbot alternativer Bezahlssysteme (konkret gegen Google) vor. Anders als Epic Games hält sich das Unternehmen aber bis zum Abschluss des Verfahrens selbst weiter an die Bedingungen.³⁷

Spotify

Auch Spotify beschwerte sich über die hohen Gebühren der App Stores. Anders als Epic Games hält sich Spotify aber weiter an die Bedingungen der Stores und legte Beschwerde bei der EU-Kommission wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens der App Stores ein. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.³⁸

³⁶ Siehe [Angriff noch mal abgewehrt](#), Süddeutsche Zeitung (13. September 2021).

³⁷ Siehe [Tinders Mutterkonzern verklagt Google](#), Spiegel (10. Mai 2022).

³⁸ Siehe [Apple wehrt sich gegen Spotify-Vorwürfe](#), Spiegel (24. Juni 2019).

Dieses Ungleichgewicht liegt auch letzten Gesetzesänderungen zugrunde. So zielt die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit der neueingefügten Regelung § 19a GWB – die eine stärkere Aufsicht über große Digitalkonzerne ermöglichen soll – auf Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung und damit insbesondere auch die Gatekeeper Apple und Google ab. Auch der DMA soll die Macht der Gatekeeper einhegen. Beiden Rechtsakten liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die Marktgegenseite zur Einhegung dieser Macht nicht länger im Stande ist.

3. DIE GESELLSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER LEISTUNGEN

App Stores haben durch die Verbreitung und den Stellenwert von Smartphones auch große gesellschaftliche Bedeutung. Weder im Privaten noch im Beruflichen lassen sich diese heutzutage noch umgehen. Es ist auch nicht abzusehen, dass sich dies ändern könnte, eher steigt die Bedeutung der App Stores noch weiter.

4. SOZIALE MÄCHTIGKEIT

Schließlich nannte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Stadionverbot auch die „soziale Mächtigkeit“. Der Begriff wird bereits im Arbeitsrecht verwendet und beschreibt dort, dass eine Arbeitnehmervereinigung so durchsetzungsstark ist, dass sie die Gegenseite zu ernsthaften Verhandlungen zwingen kann.¹¹

Auch wenn fraglich ist, ob sich das Bundesverfassungsgericht auf diesen arbeitsrechtlichen Begriff beziehen oder aber ein eigenständiges Kriterium aufstellen wollte, ist bereits sprachlich deutlich, dass die soziale Mächtigkeit den Einfluss eines Unternehmens auf das gesellschaftliche Leben meint. In der Literatur wurde dementsprechend auch auf die gesellschaftliche Bedeutung einer Leistung abgestellt.¹² Diese ist bei App Stores zweifellos gegeben.

5. KRITERIEN BEI SOZIALEN NETZWERKEN

Die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Stadionverbot entwickelten Kriterien sind bislang noch nicht hinreichend konturiert. Als Ergänzung wird daher im Folgenden zusätzlich auf die Kriterien eingegangen, die das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof in Bezug auf soziale Netzwerke entwickelt haben. Die vier für soziale Netzwerke

genannten Kriterien sind der Grad der marktbeherrschenden Stellung, die Ausrichtung der Plattform, der Grad der Angewiesenheit auf die Plattform sowie die betroffenen Interessen der Plattforminhaber*innen und Dritter.¹³ Zwar wurden auch diese Begriffe nicht näher beschrieben. Auch diese Kriterien sprechen aber für eine Grundrechtsbindung der App Stores.

5.1 Grad der marktbeherrschenden Stellung

Als einziges der angeführten Merkmale besteht mit dem Grad der marktbeherrschenden Stellung ein Kriterium, das weitgehend präzise ist, da der Begriff dem Kartellrecht entlehnt ist. Nach der gesetzlichen Definition ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Markstellung hat (§ 18 GWB). Derartige Unternehmen unterliegen dem Verbot, ihre Marktmacht zu missbrauchen. Hintergrund ist, dass marktbeherrschende Unternehmen nicht mehr hinreichend durch Wettbewerb eingehegt werden und die Kräfte des Wettbewerbs damit für sich genommen nicht mehr zu fairen Spielregeln führen können. Das rechtfertigt ein staatliches Eingreifen, um den Restwettbewerb zu schützen. Damit besteht eine Parallele zum Bedürfnis einer Grundrechtsbindung. Auch für die Grundrechtsausübung sind marktbeherrschende Unternehmen weitgehend unausweichlich und können ihren Kund*innen und Nutzer*innen ihre eigenen Bedingungen aufzwingen. Dies ist vergleichbar mit der Machtstellung des Staats, deren Ausübung aber durch die Grundrechte eingeschränkt wird.

Sowohl für Apple als auch für Google ist davon auszugehen, dass diese jeweils (erheblich) marktbeherrschende Unternehmen in Bezug auf ihre App Store-Märkte sind. Das ergibt sich daher, dass es sich nach der Praxis der EU-Kommission bei den jeweiligen Betriebssystemen um eigene Märkte handelt. Es existieren also ein Android-App-Markt und ein iOS-App-Markt. Apple hat auf dem iOS-Markt eine Monopolstellung inne, andere App

¹¹ Vgl. BAG, Beschluss vom 28. März 2006 – 1 ABR 58/04.

¹² Weinzierl, [Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadien sagt und Soziale Plattformen trifft](#), Juwiss (24. Mai 2018).

¹³ BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 15.

Andere Marktabgrenzungen

Teilweise wurden auch andere Marktabgrenzungen vorgenommen, die nicht auf alle Apps insgesamt, sondern auf spezifische App-Kategorien abstellen. So kam die niederländische Wettbewerbsbehörde zum Ergebnis, dass der Markt für Dating-Apps weiter war, nahm aber dennoch eine marktbeherrschende Stellung der beiden App Stores an.³⁹

Die U.S.-Richterin, die über Epic Games v. Apple verhandelte, nahm in ihrer Entscheidung einen sehr weiten Markt für Mobile Gaming an. Auf diesem Markt lag keine monopolartige Stellung Apples vor. Nichtsdestotrotz lag der Marktanteil Apples bei 55 Prozent, sodass nach deutschem Recht auch bei dieser Marktabgrenzung die Regelung des § 18 Abs. 4 GWB – nach dem eine marktbeherrschende Stellung ab 40 Prozent Marktanteil vermutet wird – für eine marktbeherrschende Stellung spricht. Selbst die Annahme, dass beide App Stores einem gemeinsamen Markt angehören, würde kaum zu einem anderen Ergebnis führen. Zunächst ist eine solche Annahme schon vor dem Hintergrund unwahrscheinlich, dass eine App, die für ein Betriebssystem entwickelt wurde, nicht ohne weiteres auf einem anderen System funktioniert. Auch werden Nutzer*innen in den seltensten Fällen ein neues Smartphone kaufen, weil eine App auf einem System nicht länger verfügbar ist. Eine solche Entscheidung ist vielmehr von einer Vielzahl von Aspekten getragen. Darüber hinaus kennt das Kartellrecht auch die Möglichkeit einer marktbeherrschenden Stellung von mehreren Unternehmen auf dem gleichen Markt – die sogenannte Oligopolmarktbeherrschung (vgl. § 18 Abs. 5 GWB). Relevant ist dabei vor allem, ob auf einem Markt zwischen den dort vorhandenen großen Unternehmen Wettbewerb herrscht. Ein solcher ist zwischen den App Stores von Google und Apple nicht ersichtlich. Beide bestimmen unabhängig voneinander, welche Preise sie erheben und welche Bedingungen sie stellen. Es ist nicht zu beobachten, dass eine Preissenkung oder andere Maßnahmen eines App Stores den anderen in irgendeiner Form unter Druck setzen würde. Beispielsweise erzeugte der Umstand, dass Android auch andere App Stores zulässt, keinen Wettbewerbsdruck, der Apple zur Aufgabe der Exklusivität des Apple App Stores gezwungen hätte.

39 Siehe [The Apple App Store Case in the Netherlands – A Potential Game Changer](#), Lexxion (18. Januar 2022).

Stores sind derzeit nicht erlaubt. Der Google Play Store hat einen Marktanteil auf dem Android-Markt von über 90 Prozent.¹⁴

Darüber hinaus dürfen App Stores auch nicht unabhängig von ihrer Einbindung in ein Konzerngeflecht gesehen werden. Weder der Play Store noch der Apple App Store stehen für sich allein: sie sind Teil eines Gesamtsystems, in dem weitgehend alles in einer Hand liegt. Das wird besonders deutlich beim Apple App Store. Apple stellt die Hardware her (das iPhone), entwickelt das Betriebssystem (iOS), hat Kontrolle darüber, welche Apps auf dieses System geladen werden (durch den Apple App Store) und stellt selbst auch eigene Apps zur Verfügung (beispielsweise Apple Maps). Diese Konstellation führt auch dazu, dass Apple in Bezug auf einen App Store für iOS auch ohne Exklusivität

14 Mittlerweile liegen mehrere detaillierte Marktanalysen vor: [Mobile Ecosystems](#), Competition & Markets Authority (10. Juni 2022); Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2018, AT.40099;

[Market Study into Mobile App Stores](#), Autoriteit Consument & Markt (11. April 2019).

erheblich mächtiger aufgestellt ist als potenzielle Wettbewerber*innen. So weiß Apple stets, was durch die Hardware und das Betriebssystem möglich sein wird und kann Anpassungen vornehmen, wenn dies aus Sicht des eigenen App Stores sinnvoll erscheint. Der Apple App Store ist damit Teil eines Gesamtsystems, mit dem es Wettbewerber*innen, die nur App Stores anbieten, kaum aufnehmen können.¹⁵ Beim Play Store gilt dies etwas eingeschränkter, da Android nicht nur auf Mobiltelefonen von Google betrieben wird, sondern auch anderen frei zur Verfügung steht. Zugleich sind Telefone mit Android-Betriebssystem wesentlich verbreiteter.

Beispiel Verknüpfung App Stores und Gerätesteuerung

Ein jüngeres Beispiel, das die Gerätesteuerung durch Apps betraf, sind Corona Warn Apps. Google und Apple ermöglichten diesen Apps die Nutzung der Bluetooth LE Schnittstelle zur Kontaktverfolgung, sofern sie sich den Vorgaben der App Stores unterwarfen.⁴⁰

⁴⁰ Siehe [Apple und Google veröffentlichen Schnittstelle für Corona-Apps](#), Spiegel (20. Mai 2020).

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sowohl gegen Google als auch Apple wettbewerbsrechtliche Verfahren eingeleitet (und gegen Google bereits abgeschlossen)¹⁶ wurden, um ihre Stellung als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a GWB festzustellen.¹⁷

Hintergrund der Vorschrift ist, dass gerade bei Digitalkonzernen mit Einfluss auf verschiedene Märkte eine besonders intensive Form der Marktmacht besteht.

5.2 Ausrichtung der Plattform

Die Rechtsprechung hat bisher nicht näher bestimmt, was unter der Ausrichtung der Plattform zu verstehen ist. Soziale Netzwerke – in deren Kontext das Kriterium aufgestellt wurde – stehen allesamt zumindest in einem gewissen Zusammenhang zum Meinungs Austausch und damit auch zur Meinungsfreiheit. Dennoch scheinen die Gerichte mit diesem Kriterium Ausnahmen für Netzwerke ermöglichen zu wollen, die bewusst andere Aspekte als den Meinungs Austausch in den Mittelpunkt stellen oder die nicht auf die Allgemeinheit zielen. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass bereits Facebook zu vielen weiteren Zwecken neben dem Meinungs Austausch genutzt wird. Dennoch hat die Rechtsprechung die Bedeutung Facebooks für die Meinungsfreiheit nicht in Frage gestellt.

Anders als soziale Netzwerke haben App Stores keinen Fokus dahingehend, dass diese gezielt einen Raum zur Verwirklichung der Meinungsfreiheit schaffen. Gerade der Bundesgerichtshof schien diese Ausrichtung Facebooks stark zu betonen. Dabei scheint der Gedanke mitzuschwingen, dass ein Unternehmen nicht von einer intensivierten Grundrechtsbindung überrascht werden kann, wenn es sich bewusst in einen grundrechtsintensiven Bereich begeben hat. Dies trifft auf App Stores nur begrenzt zu. Zugleich gibt es seit jeher auch Apps, die erhebliche Grundrechtsrelevanz aufweisen, wie eben soziale Netzwerke. Dementsprechend mögen App Stores nicht spezifisch auf die Verwirklichung eines einzelnen Grundrechts ausgerichtet sein. Dafür berühren sie eine Vielzahl an Grundrechten.

¹⁵ Hierzu sehr ausführlich [Mobile Ecosystems](#), Competition & Markets Authority (10. Juni 2022).

¹⁶ [Alphabet/Google ist ein Anwendungsfall für neue Aufsicht über große Digitalkonzerne – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung“ fest](#), Bundeskartellamt, Pressemitteilung (5. Januar 2022).

¹⁷ Zu Apple siehe [Verfahren gegen Apple nach neuen Digitalvorschriften \(§19a Abs. 1 GWB\) – Bundeskartellamt prüft Apples marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb](#), Bundeskartellamt, Pressemitteilung (21. Juni 2020).

5.3 Grad der Angewiesenheit auf die Plattform

Auch der Grad der Angewiesenheit auf die App Stores ist erheblich, da faktisch keine Alternativen bestehen.

5.4 Betroffene Interessen der Plattforminhaber*innen und Dritter

Schließlich berücksichtigt der Bundesgerichtshof auch die Interessen der Plattforminhaber*innen und Dritter (zumindest bei der Bestimmung des Umfangs der Grundrechtsbindung).

Auf Seiten der App Stores sind deren wirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen, also auch deren Berufsfreiheit. Dies hat aber auch bei Facebook nicht dazu geführt, dass eine Grundrechtsbindung ausgeschlossen wurde.

Grundrechte Dritter sind hier zwar grundsätzlich auch zu berücksichtigen, insofern einzelne Apps diese nachteilig berühren. Das wird aber seltener der Fall sein als beispielsweise bei Einzelentscheidungen eines sozialen Netzwerks. Während es bei diesen durch Posts auch immer wieder dazu kommt, dass andere Nutzer*innen bedroht oder beleidigt werden, führt die reine Existenz einer App in der Regel nicht dazu, dass andere Nutzer*innen in ihren Rechten beeinträchtigt sind. Vielmehr zeigt gerade das Beispiel Facebook, dass auch die von Hassrede betroffenen Personen ein grundsätzliches Interesse an der App haben, jedoch vor Hassrede im sozialen Netzwerk geschützt werden müssen.

6. ZWISCHENERGEBNIS

Den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien mangelt es bis heute weitgehend an Konturen. Auch aus der Fallpraxis lassen sich nur gewisse Schlüsse ziehen. So schien Facebook ein offensichtlicher Fall einer Grundrechtsbindung zu sein – dementsprechend wurde in den Vorinstanzen teilweise sogar eine staatsgleiche Grundrechtsbindung angenommen.¹⁸ Aufschlussreicher ist die Entscheidung zum Stadionverbot, die aufzeigt, dass es bereits zu einer Grundrechtsbindung kommen kann, sobald ein Machtverhältnis in einem gesellschaftlich relevanten Bereich vorliegt. Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung im Kern den effektiven Schutz der Grundrechte

bezweckt: Diese sollen dort geschützt werden, wo sie bedroht sind. Grundvoraussetzungen sind daher Relevanz für Grundrechte oder gesellschaftliche Teilhabe sowie die Machtposition eines Unternehmens. Ungeklärt ist bisher, wie es einzuschätzen ist, wenn andere Schutzmechanismen – wie das Kartellrecht – eingreifen. Der effektive Grundrechtsschutz ist dann zumindest teilweise anderweitig garantiert. Jedoch kann die Grundrechtsbindung auch in der Form Wirkung entfalten, dass sich die Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Schutzmechanismen an Grundrechten orientieren muss.

Diese Erwägungen sprechen dafür, auch bei App Stores eine Grundrechtsbindung anzunehmen. Auch in Bezug auf App Stores besteht ein Schutzbedürfnis in Bezug auf die betroffenen Grundrechte. Das wird erstens dadurch deutlich, dass eine Vielzahl von Grundrechten intensiv betroffen ist. Zweitens sind bereits einzelne Moderationsentscheidungen sozialer Netzwerke derart grundrechtsrelevant, dass sie eine staatsähnliche Grundrechtsbindung erfordern. Mit dieser Wertung wäre es kaum vereinbar, dass die Entscheidung über die faktische Sperre des Zugangs zu einem gesamten sozialen Netzwerk ohne eine derartige Berücksichtigung der grundrechtlichen Positionen erfolgen kann. Auch die Moderationsentscheidungen von App Stores haben erheblichen Einfluss auf Grundrechte, wenn auch auf einer übergeordneten Ebene.

¹⁸ Siehe BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, Rn. 57.

III. BESONDERHEITEN DURCH DAS DREIECKSVERHÄLTNIS APP STORES, APP-ENTWICKLER*INNEN UND APP-NUTZER*INNEN

In Bezug auf App Stores stellt sich aber ein Sonderproblem, das in dieser Form bei sozialen Netzwerken und auch Fußballvereinen nicht existiert: Es besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen App Stores, App-Entwickler*innen und App-Nutzer*innen. Während App Stores Sperrentscheidungen gegenüber den App-Entwickler*innen treffen, wirken sich diese auf die App-Nutzer*innen aus: Sie können die App fortan nicht mehr herunterladen und updaten. Zwar bestehen auch Vertragsbeziehungen zwischen den App-Nutzer*innen und den App Stores. Diese beziehen sich jedoch nicht auf das Vorhandensein bestimmter Apps. Das wirft zwei Fragen auf: Erstens, gegenüber wem soll die Grundrechtsbindung gelten und, zweitens, wie soll die Grundrechtsbindung durchgesetzt werden?

1. GRUNDRECHTSBINDUNG GEGENÜBER WEM?

1.1 Gegenüber App-Nutzer*innen

Sofern eine Grundrechtsbindung besteht, muss sie auch die App-Nutzer*innen schützen. Wie dargestellt nutzen diese verschiedene Apps im Rahmen ihrer Grundrechtsausübung. Dabei sind sie aus zwei Gründen gegenüber den App Stores besonders schutzbedürftig. Zunächst besteht ein besonderes Machtungleichgewicht zwischen einzelnen App-Nutzer*innen und den App Stores. Zugleich sind sie von einer Sperrentscheidung nur mittelbar betroffen. Die Sperrentscheidung richtet sich nicht gegen sie selbst, sondern gegen die App-Entwickler*innen. Die vertraglichen Beziehungen zwischen den App-Nutzer*innen und den App Stores beziehen sich nicht auf die Nutzung spezifischer Apps. Mit anderen Worten: App-Nutzer*innen können auf Basis ihres Vertrags mit den App Stores nicht gegen eine Sperrentscheidung vorgehen, da ihnen kein Erfüllungsanspruch auf die Bereitstellung einer bestimmten App zusteht. Das verstärkt die Machtposition der App Stores gegenüber den App-Nutzer*innen.

Sie werden zwar in ihren Grundrechten beeinträchtigt, haben jedoch gar keine Möglichkeit, sich dagegen zur Wehr zu setzen.

Auch wenn damit ein erhebliches Schutzbedürfnis existiert, bestehen Probleme bei der Übertragung der bisherigen Rechtsprechung auf das Verhältnis zwischen App Stores und App-Nutzer*innen. So knüpfen das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof bei ihren Entscheidungen zu einer staatsähnlichen Grundrechtsbindung an Art. 3 Abs. 1 GG an, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot. Daraus ergibt sich in Bezug auf Facebook, dass dieses seine Nutzer*innen nicht willkürlich diskriminieren darf. Daraus ergibt sich, dass das Netzwerk beispielsweise für Sperren einen sachlichen Grund braucht und seinen Nutzer*innen Verfahrensrechte einzuräumen hat. Eine derartige Diskriminierung zwischen einzelnen Nutzer*innen kann ein App Store aber gar nicht vornehmen. Vielmehr verwehrt er allen Nutzer*innen gleichsam den Zugriff auf eine App. Als Anknüpfungspunkt für eine derartige Diskriminierung kann daher nur eine Differenzierung zwischen einzelnen App-Entwickler*innen herangezogen werden, um deren Grundrechte es hier aber (zumindest in erster Linie) nicht geht. Trotzdem schließt das eine Grundrechtsbindung nicht aus. Zwar knüpft das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Stadionverbot ausschließlich an Art. 3 Abs. 1 GG an. Bereits der Bundesgerichtshof bezog sich jedoch in Bezug auf Facebook zusätzlich auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG. Zudem stellt es gerade ein rechtsdogmatisches Novum dar, dass in der neueren Rechtsprechung auch für den allgemeinen Gleichheitssatz eine Drittwirkung gegenüber Privaten angenommen wird. Für Freiheitsrechte wie die Meinungsfreiheit war eine Drittwirkung – zumindest in Form der sogenannten mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten – schon lange anerkannt.¹⁹ Gerade diese Freiheitsrechte sind bei den App-Nutzer*innen betroffen und können daher auch für sich eine Grundrechtsbindung begründen.

¹⁹ Vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51.

Eine Grundrechtsbindung der App Stores gegenüber den App-Nutzer*innen kann jedoch nicht die identischen Konsequenzen haben wie die Grundrechtsbindung Facebooks gegenüber seinen Nutzer*innen. Die Grundrechtsbindung gegenüber sozialen Netzwerken ist insbesondere verfahrensrechtlich ausgeprägt – siehe dazu **D.** –, sodass Facebook beispielsweise vor einer Accountsperre zur Anhörung der betroffenen Nutzer*innen verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung der App Stores gegenüber allen App-Nutzer*innen wäre hingegen weder zielführend, noch für die App Stores handhabbar. App-Nutzer*innen werden regelmäßig nicht einschätzen können, inwieweit ein Vorwurf der App Stores überhaupt zutrifft. Jedenfalls aber könnten sie ein Fehlverhalten der App-Entwickler*innen nicht abstellen.

1.2 Gegenüber App-Entwickler*innen

Es ist möglich, dass neben der Bindung gegenüber den App-Nutzer*innen auch eine Bindung gegenüber den App-Entwickler*innen besteht. Diese Konstellation hat viele Ähnlichkeiten mit dem Verhältnis zwischen sozialen Netzwerken und ihren Nutzer*innen. Wie soziale Netzwerke auch können App Stores gegenüber einzelnen App-Entwickler*innen diskriminierend handeln. Bei sozialen Netzwerken folgen aus der Grundrechtsbindung Verfahrensrechte, die die Netzwerke ihren Nutzer*innen einzuräumen haben. Wird dies auf App Stores übertragen, gelten diese Verfahrensrechte für die App-Entwickler*innen.

Fraglich ist aber, ob die Gründe für eine Grundrechtsbindung überhaupt auch gegenüber den App-Entwickler*innen gelten. Diese könnten sich in vergleichbaren Konstellationen gegenüber dem Staat regelmäßig auf ihre Berufsfreiheit berufen. Einschränkungen, welche Arten von Apps entwickelt werden dürfen, stellen dann Berufsausübungsregelungen dar. Die Sperre eines Entwickler*innen-Accounts kann noch weit darüber hinaus gehen und sogar einem Berufsverbot gleichkommen. Daneben könnten aber in spezifischen Konstellationen auch weitere Grundrechte wie die Kunst- oder Pressefreiheit eine Rolle spielen.

Offen ist, welche Auswirkungen es auf die Grundrechtsbindung hat, dass durch die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle

bereits ein Instrument existiert, das App-Entwickler*innen vor einem Ausnutzen von Marktmacht schützen soll. Verboten sind unter anderem Diskriminierungen, unfaire Geschäftsbedingungen, aber auch der missbräuchliche Abbruch von Geschäftsbeziehungen. Über das Konstrukt der „Essential Facilities“ besteht sogar ein Anspruch auf Zugang unter diskriminierungsfreien, fairen und angemessenen Bedingungen. Voraussetzung ist insbesondere die Kontrolle des Zugangs zu einem Markt (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB), wie er bei den App Stores vorliegt.

Es besteht damit die Frage, ob in diesem Verhältnis überhaupt eine Grundrechtsbindung erforderlich ist. In der Rechtsprechung sind vergleichbare Konstellationen bisher noch nicht geklärt. Das schließt jedoch nicht aus, dass der Gedanke der Grundrechtsbindung zumindest als Korrektiv des einfachen Rechts zur Anwendung kommen können. Das könnte bei App Stores insbesondere dann der Fall sein, wenn neben der im Kartellrecht regelmäßig betroffenen Berufsfreiheit auch andere Grundrechte zum Tragen kommen oder eine Maßnahme aus Sicht einzelner App-Entwickler*innen besonders intensiv wirkt. Diese besonderen Belange berücksichtigt das Kartellrecht nicht hinreichend.

Zugleich ermöglicht die Rechtsprechung in verschiedenen Konstellationen auch Mittlerpersonen, sich auf vermittelte Grundrechtspositionen zu berufen. Der Bundesgerichtshof gesteht beispielsweise Facebook zu, sich auf die Meinungsfreiheit zu berufen.²⁰ Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch anderen Apps mit Grundrechtsbezug eine derartige Mittlerrolle zukommt.

2. RECHTSDURCHSETZUNG

Neben der Frage, gegenüber wem die Grundrechtsbindung überhaupt Wirkung entfaltet, ist von mindestens ebenso großer Bedeutung, wer diese gerichtlich durchsetzen kann. Sowohl die mögliche Rechtsdurchsetzung durch App-Nutzer*innen als auch durch App-Entwickler*innen werfen rechtliche Fragen auf.

2.1 App-Entwickler*innen

Am praktikabelsten ist die Rechtsdurchsetzung durch die App-Entwickler*innen. Diese hat den Vorteil, dass es den App-Entwickler*innen möglich ist, ihre Apps notfalls anzupassen. Außerdem können diese auch detailliert vorbringen, weshalb ihre App auf eine bestimmte Art gestaltet ist.

Die Rechtsdurchsetzung durch App-Entwickler*innen bringt aber zwei Probleme mit sich:

Erstens würden diese – je nach Ausgestaltung der Grundrechtsbindung im Konkreten – mittelbar auch die Rechte der Nutzer*innen durchsetzen. Jedoch ist denkbar, dass die Interessen der App-Entwickler*innen und der App-Nutzer*innen selbst im Konflikt miteinander stehen und App-Entwickler*innen die Interessen der Nutzer*innen dementsprechend nicht oder nur begrenzt wahrnehmen.

Zweitens besteht die Gefahr, dass App-Entwickler*innen vor der Rechtsdurchsetzung zurückschrecken, da sie Repressalien durch die App Stores befürchten. So deutet das bisherige Stillhalten der App-Entwickler*innen darauf hin, dass auch bei einer Grundrechtsbindung nicht zwingend mehr Verfahren zustande kommen. App Stores stehen seit einiger Zeit in der Kritik. Neben Sperrentscheidungen betrifft das auch die teilweise als Knebel wahrgenommenen Bedingungen, inklusive der hohen Provisionen von 30 Prozent und der Exklusivität des Apple App Stores. Dennoch existieren kaum Gerichtsverfahren, in denen App-Entwickler*innen dagegen vorgegangen sind. Ein möglicher Grund hierfür besteht in den erheblichen Nachteilen, die mit einem solchen Verfahren einhergehen können. Kommt es erst einmal zu einer Sperre – was regelmäßig der Fall sein wird, wenn die Bedingungen der App Stores nicht eingehalten werden – bedeutet dies sofortige Gewinnausfälle, die existenzbedrohend sein können. Das Beispiel Epic Games verbildlicht dies: Nachdem Epic Games anfangs, auf die Angebote auf der eigenen Webseite aufmerksam zu machen, wurde das Unternehmen sofort in den App Stores gesperrt. Das anschließend angestrebte Gerichtsverfahren gegen Apple war nur teilweise erfolgreich, sodass Epic Games seine Verluste auch nur zum Teil ausgleichen konnte.

Sammelklage durch Nutzer*innen

Zwar schrecken App-Entwickler*innen selbst davor zurück, sich gegen die App Store-Bedingungen zur Wehr setzen. Nun haben aber erste Gruppen von App-Nutzer*innen begonnen, gegen die hohen Gebühren vorzugehen. In den Niederlanden und im Vereinigten Königreich werden Sammelklagen angestrebt. Das zeigt die grundsätzliche Möglichkeit auf, dass sich auch App-Nutzer*innen zur Wehr setzen. Bei diesen Verfahren bestehen jedoch einige Besonderheiten. So geht es hier nicht um Vertragsrecht, vielmehr wird den App Stores ein Kartellrechtsverstoß vorgeworfen, der unabhängig vom Vertrag geltend gemacht werden kann. Dabei wird argumentiert, dass die App-Nutzer*innen den wirtschaftlichen Schaden des Kartellrechtsverstoßes der App Stores zu tragen haben, da die App-Entwickler*innen die überhöhten Gebühren weiterreichen. Bei Sperrungen wird eine derartige Argumentation regelmäßig nicht möglich sein.⁴¹

⁴¹ Siehe [Big Tech, Fair Play: Google Faces \\$1 bln UK Trial Over App Store Pricing](#), Reuters (19. Juli 2022).

2.2 App-Nutzer*innen

Daneben wäre auch denkbar, App-Nutzer*innen die Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen. Auf der einen Seite birgt diese Möglichkeit das – vermutlich eher theoretische – Problem, dass damit eine unüberschaubare Zahl von Nutzer*innen (am jeweiligen Wohnsitz) Klagen anstrengen könnte. Auf der anderen Seite ist auch dadurch nicht sichergestellt, dass es wirklich zu einer gerichtlichen Überprüfung einer Sperre kommt, da App-Nutzer*innen von den Kosten und der langen Dauer eines Gerichtsverfahrens abgeschreckt werden können.

2.3 Andere Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung

Sachgerecht erscheint daher insbesondere eine Regelung, nach der Gruppen von Interessenvertreter*innen klagen könnten, beispielsweise im Rahmen einer Verbandsklage. Eine solche Möglichkeit lässt sich aber nicht durch die in der Rechtsprechung verankerte Grundrechtsbindung erlangen. Problematisch ist hier nämlich, dass ganz genau geregelt sein muss, welche Verbände eine solche Durchsetzungsmöglichkeit haben. Andernfalls setzt sich ein konkreter Verband immer dem Risiko aus, dass er doch nicht die Voraussetzungen für ein solches Verfahren erfüllt. Zur Rechtssicherheit ist auch ein Register für solche Gruppierungen hilfreich. Die hierfür notwendigen Regelungen können aber nicht durch die Rechtsprechung in einer Entscheidung getroffen werden. Vielmehr müssten die Kriterien genau in einem Gesetz festgelegt werden. Derzeit steht in Deutschland die Umsetzung der europäischen Verbandsklagerichtlinie bevor. Diese bietet eine Gelegenheit, auch Verbandsklagemöglichkeiten gegenüber App Stores festzuschreiben.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Es spricht einiges dafür, dass auch bei App Stores ein mit den Nutzer*innen sozialer Netzwerke vergleichbares Schutzbedürfnis der App-Nutzer*innen besteht. So sind Apps heutzutage mit unserer Grundrechtsausübung sehr intensiv verwoben. Auch unterhalten die App Stores eine Infrastruktur, an der es kein Vorbeikommen gibt. Konkret stehen App Stores sowohl App-Nutzer*innen als auch App-Entwickler*innen mit einer Macht gegenüber, die wir ursprünglich nur von staatlichen Stellen kennen. Das spricht dafür, auch Entscheidungen der App Stores an die Berücksichtigung der Grundrechte zu koppeln.

Naheliegender ist hier zunächst eine Grundrechtsbindung gegenüber den App-Nutzer*innen, sodass App Stores diese Grundrechte bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen haben. Das kann sich im Zweifelsfall auch in der Form äußern, dass App-Entwickler*innen weitere Rechte eingeräumt werden, wenn gerade dadurch der Grundrechtsschutz gestärkt werden kann.

Daneben ist es aber nicht ausgeschlossen, dass App Stores auch an die Grundrechte der App-Entwickler*innen gebunden sind. Diese sind zwar auf den ersten Blick weniger schutzbedürftig als App-Nutzer*innen, da bereits einfachrechtlich ein gewisser Schutz besteht. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass zumindest in Einzelfällen die Grundrechte einzelner App-Entwickler*innen diesen einfachrechtlichen Schutz überlagern und gegebenenfalls eine Korrektur eines rechtlichen Ergebnisses herbeiführen.

Für die Frage der Rechtsdurchsetzung liegt nahe, dass die App-Entwickler*innen die Möglichkeit haben, die Grundrechtsbindung durchzusetzen. Es ist aber nicht garantiert, dass dies auch faktisch ausreichend in Anspruch genommen werden wird. Es ist daher denkbar, dass daneben auch App-Nutzer*innen ein Klagerecht zugestanden wird. Dabei ist offen, in welchem Umfang diese von einem derartigen Recht Gebrauch machen würden.

Sachgerecht wäre das Einschalten einer unabhängigen Interessenvertretung, beispielsweise in Form einer Verbandsklagemöglichkeit. Ein Verbandsklagerecht kann jedoch kaum aus Gerichtsentscheidungen abgeleitet werden. Der Grundrechts-

schutz allein durch die Rechtsprechung stößt hier an seine Grenzen – der Gesetzgeber muss eine entsprechende Klagemöglichkeit schaffen.

D. WELCHE PFLICHTEN ERGEBEN SICH AUS EINER GRUNDRECHTSBINDUNG?

Die aufgezeigte Dreieckskonstellation führt auch über die verfahrensrechtliche Dimension hinaus zu offenen Fragen, welche Folgen sich aus der Grundrechtsbindung von App Stores ergeben. Je nach Anknüpfungspunkt (App-Entwickler*innen oder App-Nutzer*innen) kann eine unterschiedliche Ausgestaltung der Verpflichtungen von App Stores geboten sein.

Im Folgenden wird daher ein Vorschlag erarbeitet, welche Grundsätze sich aus der Grundrechtsbindung auch für Apps Stores ergeben. Ob und inwieweit die Rechtsprechung diese

Grundsätze umsetzen wird, bleibt abzuwarten. Zugleich steht es auch dem Gesetzgeber offen, für einen effektiveren Grundrechtsschutz eigenständige Regelungen umzusetzen.

Als Anknüpfungspunkt dient insbesondere die bisherige Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs zu Facebook,²¹ wobei spezifisch untersucht wird, inwieweit diese Maßstäbe auch auf App Stores zu übertragen sind. Daneben werden die besonderen Grundrechtsbeeinträchtigungen berücksichtigt, die sich bei App Stores ergeben.

I. FAKTISCHE RECHTSSETZUNGSFÄHIGKEIT VON APP STORES

Ähnlich wie Facebook in seinem Netzwerk die Möglichkeit hat, durch allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber seinen Nutzer*innen eine Rechtsordnung für das Netzwerk zu gestalten, können dies App Stores für ihre Plattformen ebenfalls tun. Diese private Rechtsordnung darf zwar nicht im Widerspruch mit der staatlichen Ordnung stehen und Facebook dürfte nie bestimmen, dass Volksverhetzung in seinem Netzwerk erlaubt ist. Zugleich kann Facebook über die staatlichen Regelungen hinausgehen, indem es beispielsweise Kommentare verbietet, die zwar noch nicht rechtswidrig oder strafbar sind, nach den eigenen Richtlinien aber dennoch Hassrede darstellen. Daran ändert auch die Grundrechtsbindung nichts. Der Bundesge-

richtshof hat diesbezüglich gerade festgestellt, dass Facebook in dieser Hinsicht keiner staatsgleichen Grundrechtsbindung unterliegt und dementsprechend Inhalte verbieten darf, die „lawful but awful“ sind.

Zugleich ist Facebook nicht vollkommen frei darin, wie es seine Netzwerkordnung ausgestaltet. Vielmehr unterliegt es strengen Verpflichtungen, die sich aus seiner staatsähnlichen Grundrechtsbindung ergeben. Von herausragender Bedeutung sind dabei Verfahrensrechte, die Facebook-Nutzer*innen zum Schutz ihrer Grundrechte zugestanden werden.

21 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20.

Diese Verpflichtungen können weitgehend auch auf App Stores übertragen werden. Auch diese können eine private Rechtsordnung gestalten und dabei in erheblichem Umfang Grundrechte berühren.

Eine Einschränkung dieses Gedankens könnte sich allenfalls aufgrund des Dreiecksverhältnisses ergeben. So sind insbesondere die Grundrechte der App-Nutzer*innen besonders schützenswert. Zugleich betreffen die Regelungen zu erlaubten Apps aber das Verhältnis der App Stores zu den App-Entwickler*innen. Mit anderen Worten: Welche Apps gelöscht werden dürfen, ergibt sich aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber den App-Entwickler*innen. Zwar gibt es auch allgemeine Geschäftsbedingungen für das Verhältnis App Store – App-Nutzer*innen. Diese regeln aber nicht, unter welchen Bedingungen Apps gelöscht werden dürfen. Aus der Grundrechtsbindung ergibt sich nicht, dass derartige Regelungen aufzunehmen sind. Denn eine Einschränkung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber den App-Nutzer*innen könnte von diesen nicht umgesetzt werden.

Daher lässt sich fragen, ob App-Entwickler*innen besondere Rechte erhalten sollen, obwohl sie selbst nicht besonders betroffen sind. Weshalb sollten App-Entwickler*innen Verfahrensrechte erhalten, wenn es doch um den Schutz Dritter – der App-Nutzer*innen – geht?

Zugleich stellen diese Verfahrensrechte keinen Selbstzweck dar. Sie sollen vielmehr den Diskriminierungsschutz gegenüber den App-Entwickler*innen absichern. Dieser Diskriminierungsschutz dient letztlich nicht nur den Rechten der App-Entwickler*innen, er schützt zumindest im Reflex auch die Grundrechte von App-Nutzer*innen. Denn wenn App Stores keine willkürlichen Entscheidungen gegenüber App-Entwickler*innen treffen dürfen, können App-Nutzer*innen Apps verwenden und darauf vertrauen, dass es nicht zu willkürlichen Löschungen kommt. Sofern Inhalte in den Apps vorhanden sind, die eine Sperre rechtfertigen, können auch Nutzer*innen dafür regelmäßig zumindest Anhaltspunkte sehen und sind damit bei einer Sperre auch weniger schutzbedürftig.

1. FORMULIERUNG VON ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Aufbauend darauf bedarf es zunächst klarer Nutzungsbedingungen, die objektiv überprüfbare Kriterien für Sperren und andere Maßnahmen festlegen. Das bedeutet nicht, dass Begriffe nicht auch auslegungsbedürftig sein können. Zugleich dürfen zu weite Begriffe aber nicht dazu führen, dass App Stores einen weiten Spielraum haben, welche Apps sie sperren, und so doch willkürlich agieren können. Gegenüber dem Staat besteht insoweit das Bestimmtheitsgebot, das hier in vergleichbarer Weise zum Tragen kommen sollte. Das wäre insofern auch kein Novum, da bereits das einfache Recht derartige Anforderungen an allgemeine Geschäftsbedingungen stellt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die derzeitigen Bestimmungen überschreiten diese Grenze regelmäßig.

Derzeitige Bestimmungen in den Bedingungen der App Stores

Apple

Apple stellt seine App Store Review Guidelines nicht auf deutsch zur Verfügung, was bereits zu Problemen hinsichtlich der Deutlichkeit führen kann. Ausgeschlossen wird danach „Objectionable Content“. Darunter ist „content that is offensive, insensitive, upsetting, intended to disgust, in exceptionally poor taste, or just plain creepy“ (§ 1.1 der Guidelines, Stand: Update vom 6. Januar 2022) zu verstehen. Darauf folgen zwar Beispiele. Dadurch wird aber nicht klar, wie weit „exceptionally poor taste“ und „plain creepy“ reichen. Die Einführung der Guidelines führt hierfür das Prinzip „I’ll know it when I see it“ an. Das ist aber ein höchst subjektiver Maßstab und genau das Gegenteil einer hinreichend bestimmten Beschreibung.

Google

Google gibt Inhaltsbeschränkungen in mehreren spezifischen Richtlinien vor. Diese befassen sich mit der Gefährdung von Kindern, unangemessenen Inhalten, Finanzdienstleistungen, Glücksspielen, Spielen und Wettbewerben, bei denen um echtes Geld gespielt wird, illegalen Handlungen, von Nutzer*innen erstellten Inhalte und nicht freigegebenen Substanzen. Die jeweiligen Kategorien sind präziser als das bei Apple der Fall ist. Zugleich sind aber auch hier Unklarheiten vorhanden.⁴²

⁴² Ausführlich hierzu Hofmann et al., [Governance by Geschäft: Recht und Macht der App Stores](#), Media Reserach Blog (23. September 2021).

Gewisse Änderungen ergeben sich, sobald der DMA in Kraft tritt, der faire, angemessene und diskriminierungsfreie Bedingungen fordert. Zugleich muss der Rechtsakt auch umgesetzt werden. Bereits jetzt ist davon auszugehen, dass die weiten Bedingungen nicht mit dem einfachen Recht in Einklang stehen.

Art. 6 Nr. 12 DMA

The gatekeeper shall apply fair, reasonable, and non-discriminatory general conditions of access for business users to its software application stores, online search engines and online social networking services listed in the designation decision pursuant to Article 3(9).

For that purpose, the gatekeeper shall publish general conditions of access, including an alternative dispute mechanism.

The Commission shall assess whether the published general conditions of access comply with this paragraph. Siehe hierzu auch den 62. Erwägungsgrund des DMA.

2. INHALTLICHE ANFORDERUNGEN AN ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Neben der allgemeinen Anforderung an ein Mindestmaß an Bestimmtheit sind auch weitergehende Anforderungen daran zu stellen, welche Einschränkungen Apps auferlegt werden. So forderte der Bundesgerichtshof von Facebook, dass die entsprechende Sperre auf einem sachlichen Grund basiert. Dieser Maßstab begrenzt willkürliche Klauseln und sollte daher auch auf App Stores übertragbar sein.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass App Stores eine andere Ausrichtung haben als soziale Netzwerke. Facebook steht im Grundsatz allen Menschen offen. App Stores hingegen stehen nicht gezwungenermaßen allen Apps offen. Vielmehr kann es legitime Gründe dafür geben, dass ein App Store bestimmte Kategorien von Apps grundsätzlich ausschließt. Dementsprechend dürfen keine zu hohen Anforderungen an sachliche Gründe in diesem Kontext gestellt werden. Sofern aber bewusst eine Kategorie von App ausgeschlossen wird und dafür auch ein sachlicher Grund besteht, muss dieser Ausschluss diskriminierungsfrei umgesetzt werden.

3. VERFAHRENSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN MAßNAHMEN

In seiner Entscheidung zu Facebook hat der Bundesgerichtshof gefordert, dass Facebook seinen Nutzer*innen Verfahrensrechte einräumt, wenn es deren Inhalte löschen oder deren Accounts sperren möchte. Konkret muss eine derartige Entscheidung begründet werden und es bedarf eines Beschwerdemechanismus. Bei Sperren von Accounts bedarf es in der Regel auch einer vorherigen Anhörung.

Bei App Stores sprechen gute Gründe dafür, diese Anforderungen zu übertragen, selbst wenn eine Grundrechtsbindung nur gegenüber App-Nutzer*innen angenommen werden sollte. Die Verfahrensrechte der App-Entwickler*innen führen im Ergebnis dazu, dass eine Entscheidung nur auf Basis einer aufgeklärten Tatsachenbasis getroffen wird. Dadurch werden als Reflex auch App-Nutzer*innen vor fehlerhaften Sperrentscheidungen geschützt. Die Anhörungspflicht hat zudem den Vorteil, dass der Sachverhalt näher zu erkunden ist, unabhängig davon, ob sich einzelne App-Entwickler*innen gegen eine Sperre zur Wehr setzen.

Auf Seiten der App Stores ist nicht ersichtlich, dass eine derartige Forderung unverhältnismäßig hohen Aufwand hervorrufen könnte. App-Sperren sind nicht so häufig, dass eine Anhörung die Kapazitäten der App Stores überfordern würde. Insofern sind diese vergleichbar mit Accountsperrern bei sozialen Netzwerken, für die die Rechtsprechung ebenfalls eine vorherige Anhörung fordert. Ausnahmen sind bei eilbedürftigen Fällen möglich. Diese sind aber explizit in den Bestimmungen niederzulegen.

Weitere Maßnahmen

Sperren sind nicht die einzigen möglichen Maßnahmen. Die Google Durchsetzungs-Richtlinie führt folgende Maßnahmen auf:

- Ablehnung (von vorgeschlagenen Apps)
- Entfernung (als permanente Löschung einer App)
- Sperrung (als vorübergehende Löschung)
- Eingeschränkte Sichtbarkeit
- Eingeschränkte Regionen
- Kontokündigung

Für die weiteren Maßnahmen müssen ähnliche Anforderungen gelten, wie sie hier bereits für Sperren gefordert werden. Auch diese müssen also auf einer klaren Regelung beruhen, die einen sachlichen Grund verfolgt.

4. INHALTLICHE ANFORDERUNGEN AN MASSNAHMEN

Zum Schutz der Grundrechte insbesondere der App-Nutzer*innen müssen App Stores bei einer Sperrentscheidung diese Rechte berücksichtigen. Wie bei sozialen Netzwerken ein Post beispielsweise von der Kunstfreiheit geschützt sein kann und daher nicht gelöscht werden darf, können Grundrechte auch der Sperre einer App entgegenstehen.

Bei App Stores ergibt sich jedoch dabei ein besonderes Problem, das bei sozialen Netzwerken in der Gestalt nicht oder nur geringfügig existiert: Apps haben häufig einen Großteil an verschiedenen Verwendungsmöglichkeiten, von denen nicht alle gegen die Bedingungen der App Stores verstoßen werden. Während also ein Post in einem sozialen Netzwerk insgesamt als Verstoß gegen die Bedingungen (beispielsweise als Hassrede) zu qualifizieren ist, fällt dies bei Apps nicht so leicht. Selbst wenn eine Social Media-App Hassrede erlaubt, werden in dem Netzwerk auch viele andere Personen rechtmäßig von ihrer Meinungsfreiheit Gebrauch machen.

Im Einzelfall ist bei sozialen Netzwerken auch denkbar, dass nur einzelne Teile eines Posts gelöscht werden. Das ist bei Apps aber nicht möglich. Denn die App Stores haben diese eben gerade nicht selbst programmiert und können daher keine einzelnen Teile heraustrennen.

Es liegt auf der Hand, dass App Stores auch Apps mit teilweise rechts- oder richtlinienwidrigen Inhalten sperren können müssen. Andernfalls könnten die Rechtsordnung und auch die Bedingungen der App Stores nicht aufrechterhalten werden. Zugleich wird damit aber auch die legale Nutzung beeinträchtigt.

Telegram als Beispiel für eine App mit legalen und illegalen Verwendungen

Telegram wird in vielen Ländern von Dissident*innen genutzt, da die App gezeigt hat, dass es nicht immer auf staatliche Kritik (konkret Russlands) eingeht. Darüber hinaus nutzen viele Personen Telegram für legale Zwecke. Gleichzeitig ist die App dadurch aufgefallen, dass zu wenige Moderationsentscheidungen getroffen werden und daher auch nach deutschem Recht rechtswidrige und strafbare Inhalte nicht entfernt wurden.

Als Lösung für dieses Dilemma sollten insbesondere in derartigen Fällen besondere Anforderungen an das Vorgehen gegen die App gestellt werden. So muss genau dargelegt werden, worin die vermeintlich problematische Dimension der App liegt, und was abzustellen ist. Das gilt umso mehr, wenn lediglich ein lapidarer Verstoß gegen Richtlinien vorliegt.

Im Ergebnis sollten also auch hier staatliche Maßgaben der Verhältnismäßigkeit übertragen werden. Nur, wenn mildere Maßnahmen nicht ausreichen, darf es zu einer Sperre kommen.

II. TORWÄCHTERFUNKTION (KONTRAHIERUNGSZWANG)

Begreift man App Stores als unvermeidbare Infrastruktur, folgt daraus, dass nicht nur der Ausschluss einer bereits existierenden App besonderen Regelungen unterliegen muss, sondern auch der Zugang zum Store. Sofern also eine App nicht gegen eine klar vorgeschriebene Richtlinie verstößt, die zudem einen sachlichen Grund verfolgt, ist diese zuzulassen.

Diesen Ansatz verfolgt auch der DMA, der faire, angemessene und diskriminierungsfreie Bedingungen bereits für den Zugang zum App Store vorschreibt (Art. 6 Nr. 12). Auch vor Existenz des DMA lässt sich eine Zugangsverpflichtung zudem mit der kartellrechtlichen Essential Facilities-Doktrin begründen (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB).

III. AUSÜBUNG VON FAKTISCHEM DRUCK

Aufgrund ihrer Eigenschaft als Gatekeeper für die wichtigen App-Märkte haben App Stores die Möglichkeit, erheblichen Druck auf App-Entwickler*innen auszuüben.

Auch wenn das Ergebnis des Drucks auf Telegram begrüßenswert ist, ist doch problematisch, dass die App Stores hier ihre Macht genutzt haben, um außerhalb der in ihren Richtlinien vorgesehenen Verfahren Einfluss auf App-Entwickler*innen zu nehmen.

Gerade dies wäre dem Staat aber aus gutem Grund versagt. Es ist davon auszugehen, dass ein derartiges Ergebnis auch im Rahmen eines normalen Sperrverfahrens erreicht werden kann. Ein derartiges Verfahren wäre aber transparenter und würde die Rechte der Gegenseite ebenfalls berücksichtigen.

Druck auf Telegram

Nachdem die Kritik an Telegram wuchs, wurden verschiedene Möglichkeiten erörtert, die App dazu zu bringen, die deutsche Rechtsordnung zu achten. Ein Ansatz war, die App Stores dazu zu verpflichten, Telegram zu sperren. Diese übten danach offenbar Druck auf Telegram aus, mit der Folge, dass Telegram erste Kanäle mit nach deutschem Recht rechtswidrigen Inhalten sperrte.⁴³

⁴³ [Telegram blockiert Inhalte der Verschwörungsszene](#), Netzpolitik.org (12. Januar 2022).

IV. RECHTSBEEINTRÄCHTIGUNGEN DURCH ALGORITHMEN

Zum effektiven Grundrechtsschutz ist es App Stores zu verbieten, einzelne Apps zu diskriminieren.²²

Neben der Möglichkeit der direkten Diskriminierung, indem

beispielsweise einer App der Zugang verwehrt wird, obwohl vergleichbaren Apps der Zugang gewährt wird, kann sich eine Diskriminierung aber auch durch den Einsatz von Algorithmen ergeben. So nutzen soziale Netzwerke ihre Empfehlungssysteme-

²² Ein Diskriminierungsverbot enthält auch § 94 Abs. 2 des Medienstaatsvertrags. Das Verbot umfasst aber nur systematische Verstöße.

me dazu, bestimmte Inhalte zu bevorzugen und andere faktisch dadurch zu löschen, dass diese Dritten nicht mehr angezeigt werden (sogenanntes Shadowbanning).

Zwar nutzen auch App Stores derartige Empfehlungssysteme. Sie spielen aber nur eine untergeordnete Rolle, beispielswei-

se, wenn Apps automatisch empfohlen oder gesucht werden. Nichtsdestotrotz ist schon kartellrechtlich geboten, dass es beim Einsatz derartiger Empfehlungssysteme nicht zu Diskriminierungen oder Selbstbevorzugungen kommt. Das gleiche gilt für die Darstellung von App-Bewertungen.

V. SPEICHERUNG UND VERARBEITUNG VON DATEN

Die Entscheidung darüber, wem wir unsere Daten preisgeben und wie diese verwendet werden ist ebenfalls grundrechtlich geschützt. Zwar willigen wir im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbeziehungen regelmäßig darin ein, dass Daten auch sehr umfangreich erhoben und verwendet werden dürfen. Die Rechtsprechung fordert hier aber, dass mit einer derartigen Einwilligung tatsächlich auch eine autonome Entscheidung verbunden ist.²³ Dies ist dann gerade nicht der Fall, wenn wir auf eine Leistung angewiesen sind. In diesen Fällen fordert die Rechtsprechung daher, dass auch eine Alternative ermöglicht werden muss, die die Datenerfassung und -verarbeitung auf das notwendige Maß begrenzt.

Daten werden in Bezug auf App Stores in zwei Konstellationen relevant: Erstens erheben App Stores selbst Daten von App-Nutzer*innen. Zweitens regeln App Stores aber auch, welche Daten App-Entwickler*innen von App-Nutzer*innen erheben und verwenden dürfen.

In Bezug auf die Datensammlung und -verwendung durch App Stores ist davon auszugehen, dass App-Nutzer*innen auf die Leistungen angewiesen sind und eine Einwilligung durch Zustimmung in die allgemeinen Geschäftsbedingungen daher kritisch zu betrachten ist. Dementsprechend müssen die entsprechenden Vorschriften zumindest auch ermöglichen, App Stores in der Form (gegebenenfalls eingeschränkt) zu nutzen, dass lediglich notwendige Daten erhoben und verarbeitet werden.

Auch wenn App Stores nur gewisse Daten zur Verfügung stehen, ist die Bedeutung dieser Daten nicht zu unterschätzen. Allein die Information, welche Apps heruntergeladen und welche In-App-Käufe getätigt werden, ermöglicht erhebliche Rückschlüsse auf die Persönlichkeit von Nutzer*innen. Nutzt jemand Dating-Apps? Welche konkreten Dating Apps? Gehören dazu auch Gay-Dating- oder Seitensprung-Apps? Nichtsdestotrotz sind die Daten, die im Rahmen der Transaktionen im App Store gesammelt werden, nur ein kleiner Teil der Daten, die Apple und Google beispielsweise über die eigenen Apps zur Verfügung stehen. Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte sollten die Daten aus den App Stores daher zumindest nicht mit anderen gesammelten Daten zusammengeführt werden. Eine solche Trennung hat der Bundesgerichtshof für Meta in Bezug auf die Daten von Facebook und die Daten aus anderen Quellen gefordert.²⁴

App Stores regulieren und begrenzen selbst, welche Daten die App-Entwickler*innen von App-Nutzer*innen erheben und verwenden dürfen. Dabei sind sowohl der Play Store als auch der Apple App Store dazu übergegangen, das sogenannte Tracking gegen den Willen der App-Nutzer*innen stark einzuschränken, sodass Apps nicht mehr ohne Weiteres das Verhalten der Nutzer*innen verfolgen können.

Diese Entwicklung ist grundrechtlich zunächst zu begrüßen, da sie das Recht der App-Nutzer*innen auf informationelle Selbstbestimmung stärkt. Zugleich stehen Google und Apple in der Kritik, da beide zwar Tracking durch Dritte erschweren, eigene

²³ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2020 – KVR 69/19.

²⁴ BGH, Beschluss vom 8. Juni 2020 – KVR 69/19.

Apps aber weiterhin tracken dürfen. Dadurch wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gefährdet. Zudem verstärkt dies die Marktmacht der Unternehmen, da diese Zugriff auf wesentlich umfangreichere Daten haben als potenzielle Wettbewerber*innen.²⁵

Grundrechtlich und kartellrechtlich wäre es daher wichtig, dass App Stores auch das Tracking eigener Apps in vergleichbarer Weise einschränken.

VI. WETTBEWERBLICHES FEHLVERHALTEN

Neben diesen Aspekten ist relevant, dass App Stores vor allem auch durch wettbewerblisches Fehlverhalten in der Kritik stehen. Hierzu gehören unter anderem Exklusivitätsvorschriften, sogenannte Anti-Steering Vorschriften, die Gebührenhöhe und Selbstbevorzugung auch Self-Preferencing genannt.²⁶

²⁵ Das Bundeskartellamt überprüft diese Praxis bereits. Siehe [Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Drit-Apps](#), Bundeskartellamt, Pressemitteilung (14. Juni 2022).

²⁶ Für eine detaillierte Analyse siehe Bostoen & Mandrescu, Assessing Abuse of Dominance in the Platform Economy: A Case Study of App Stores, 16 European Competition Journal 431 (2020).

Beispiele wettbewerblichen Fehlverhaltens

Exklusivität

Apple erlaubt nicht, dass Apps für iOS über andere Stores bezogen werden können. Damit hat Apple vollkommene Kontrolle darüber, welche Apps auf einem iPhone installiert werden können.

Diese Exklusivität wird in der Zukunft durch den DMA (Art. 6 Nr. 4) aufgebrochen. Gleichzeitig bleibt die Frage, welche tiefgreifenden Konsequenzen dies haben wird. Im Bereich der App Stores spielen die Gewohnheiten von Nutzer*innen eine große Rolle. Das zeigt auch der Umstand, dass bei Android Alternativen zum Play Store existieren, aber kaum genutzt werden. Gerade bei iPhones, die auf eine möglichst einfache Bedienung setzen, ist zu bezweifeln, dass die bloße Existenz alternativer Stores die Stellung Apples beeinträchtigen könnte.

Anti-Steering

Anti-Steering Vorschriften verbieten App-Entwickler*innen darauf hinzuweisen, dass Angebote, die über den App Store bezogen werden können, auch andernorts und zu günstigeren Preisen erworben werden können. Damit sollen Einnahmen durch die App-Store Gebühren gesichert werden. So ging es Epic Games auch gerade um den Hinweis, dass Zusatzinhalte für die eigenen Spiele über die eigene Webseite günstiger zu erwerben waren als in den App Stores. Der DMA wird derartige Klauseln verbieten (Art. 5 Nr. 4).

Gebührenhöhe

Die Gebührenhöhe beträgt sowohl bei Apple als auch bei Google bis zu 30 Prozent des Preises einer App oder eines In-App-Kaufs. Diesbezüglich wurde immer wieder der Vorwurf erhoben, dass diese Preise nicht gerechtfertigt seien und die App Stores damit ihre marktbeherrschenden Stellungen ausnutzen würden.

Selbstbevorzugung

Sowohl Google als auch Apple stellen auch eigene Apps her. Teilweise haben die beiden Unternehmen in der Vergangenheit Konkurrenz-Apps einfach aus ihren App Stores entfernt. Ihre Kontrolle über die App Stores ermöglicht es ihnen aber auch, die eigenen Apps gegenüber anderen zu begünstigen, beispielsweise dadurch, dass diese bei einer Suche zuerst angezeigt werden

Auch dieses Verhalten wird durch den DMA eingeschränkt. Art. 6 Nr. 5 verbietet die Selbstbevorzugung. Das gilt allerdings nur beim Ranking und in Verbindung damit. Aber auch bei der Festlegung von Standard-Apps kann es leicht zu einer Selbstbevorzugung kommen.⁴⁴

⁴⁴ Siehe [beispielsweise Apples Musik-App schmeißt Spotify ungefragt aus dem iPhone-Dock](#), Der Standard (7. Mai 2022).

Bei diesem wettbewerblichen Fehlverhalten werden Rechte der App-Nutzer*innen allenfalls geringfügig berührt. Hauptsächlich geht es hier um die Interessen der App-Entwickler*innen. Diese können jedoch ebenfalls grundsätzlich gestützt sein, insbesondere durch ihre Berufsfreiheit.

Ob dies aber ausreicht, um auch derartige Aspekte von einer Grundrechtsbindung zu erfassen, ist fraglich. Erstens soll derartige wettbewerbliches Fehlverhalten gerade vom Kartellrecht erfasst werden, das den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Die vielseitige Kritik an potenziell wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen deutet aber auf ein Anwendungsdefizit hin. Zweitens erfasst der DMA diese Verhaltensweisen nun explizit.

In Einzelfällen erscheint es aber möglich, dass die grundrechtlichen Besonderheiten nicht hinreichend durch das Kartellrecht berücksichtigt werden. So werden aus kartellrechtlicher Sicht alle App-Entwickler*innen gleich betrachtet, auch wenn globale Konzerne (wie Meta) neben Einzelpersonen stehen. Eine Regelung, die gegenüber Meta fair erscheint, kann aber gegenüber einzelnen App-Entwickler*innen eine besonders intensive Grundrechtsbeeinträchtigung bedeuten. Zudem können sich einzelne App-Entwickler*innen auch auf andere Grundrechte berufen, beispielsweise die Presse- oder Kunstfreiheit. Dementsprechend können Maßnahmen gegenüber diesen auch eine andere Qualität der Grundrechtsbeeinträchtigung erreichen. Zumindest in Einzelfällen kann eine grundrechtliche Korrektur der kartellrechtlichen Ergebnisse also nötig sein.

Wir gehen für die
Grundrechte vor Gericht.
Unterstützen Sie uns
dabei.

FREIHEITSRECHTE.ORG/JOIN