



E-COMMERCE UND GRUNDRECHTE

DIE VERANTWORTUNG VON ONLINE-MARKTPLÄTZEN
UND ONLINE-VERSANDHANDEL GEGENÜBER IHREN
KUND*INNEN

Impressum

Autor

Jürgen Bering

Datum

03. August 2023

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. Boris Burghardt

Prof. Dr. Nora Markard

Dr. John Philipp Thurn

Eingetragen in das Vereinsregister des Amtsgerichts

Berlin-Charlottenburg unter VR 34505 B (Satzung)

Vi.S.d.P.

Malte Spitz

Boyenstr. 41

10115 Berlin

Social Media

twitter.com/freiheitsrechte

instagram.com/freiheitsrechte

youtube.com/gesellschaft-fur-freiheitsrechte

linkedin.com/company/freiheitsrechte/

chaos.social/@Freiheitsrechte

Grafik und Layout

Bernhard Leitner

Berty Luyeye-Mbuka

Titelbild

Pixabay, StockSnap

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

A. EINLEITUNG	5
I. Grundrechtsrelevanz im Bereich E-Commerce.....	5
II. Formen des E-Commerce.....	5
III. Fokus der Untersuchung	6
B. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.....	7
C. E-COMMERCE UND GRUNDRECHTE.....	8
I. Zugang zum Marktplatz.....	8
II. Umgang mit Meinungen	9
III. Zugriff auf Daten	10
D. RECHTSRAHMEN	12
I. Staatsähnliche Grundrechtsbindung.....	12
II. Kartellrecht.....	14
III. DMA	14
IV. DSA	14
V. Einschätzung.....	15

VIERTE STUDIE IM PROJEKT „GRUNDRECHTSBINDUNG IM DIGITALEN“

Das Projekt „[Grundrechtsbindung im Digitalen](#)“ untersucht, welchen Einfluss Plattformen auf unsere Grundrechte haben und welche Verpflichtungen sich daraus ergeben können. 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 Gesetze das ausdrücklich 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. Ausgangspunkt der Studienreihe war dabei – mangels konkreter rechtlicher Vorgaben – die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu einer staatsähnlichen Grundrechtsbindung Privater. Mittlerweile wurde aber insbesondere mit dem Digital Services Act (DSA) eine europäische Verordnung erlassen, die sich spezifisch mit den Rechten von Nutzer*innen gegenüber Plattformen befasst, deren Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz ebenfalls untersucht werden.

Nachdem vorherige Studien sich mit [sozialen Netzwerken](#), [App-Stores](#) und [Monetarisierungsplattformen](#) befassten, soll die vorliegende Studie nun den Bogen zu Plattformen spannen, bei denen weniger Meinungen im Netz eine Rolle spielen, sondern der klassische An- und Verkauf von Waren. Kern der vorliegenden Studie ist daher die Analyse der grundrechtlichen Problembereiche und der weitergehenden rechtlichen Rahmenbedingungen im Bereich des E-Commerce.

A. EINLEITUNG

I. GRUNDRECHTSRELEVANZ IM BEREICH E-COMMERCE

Der Versandhandel ist einer der Bereiche, die sich als allererstes ins Netz verschoben haben. Amazon wurde bereits 1994 gegründet – seit 1998 gibt es auch Amazon.de. Etablierte Händler*innen haben ebenfalls ein Online-Geschäft eingeführt – darunter Otto und Media-Markt, die nach Amazon den größten Umsatz im Onlineversandhandel in Deutschland machen.¹ Die Präsenz dieser Onlineshops ist aus unserer Gesellschaft kaum mehr wegzudenken. Das führt auch dazu, dass die technologischen Risiken dieser Plattformen, anders als bei beispielsweise den – im Vergleich mit dem Onlineversandhandel – noch recht jungen sozialen Netzwer-

ken, weniger hinterfragt werden. Auch weil sie in gewisser Weise nur einen bereits bekannten Aspekt unseres Lebens – den Einzelhandel – digitalisierten, regt sich wohl weniger Skepsis. Zwar wird regelmäßig über die Verdrängung des physischen Einzelhandels und anderer Gefahren dieser Wirtschaftsform gesprochen. Darüber hinausgehende plattformspezifische Gefahren für die Grundrechte der Nutzer*innen des Online-Versandhandels werden hingegen selten thematisiert. Diese Studie soll ein Licht auf gerade diese Gefahren werfen.

II. FORMEN DES E-COMMERCE

Im Rahmen dieser Studie umfasst der Begriff E-Commerce zunächst den klassischen Onlineversandhandel. Onlineversandhandel bezeichnet den Handel von Waren über das Internet, bei dem Kund*innen ihre Bestellungen online aufgeben und die Waren dann direkt vom Händler oder von einem Logistikunternehmen zu sich nach Hause liefern lassen. Zu den bekanntesten Onlineversandhändlern gehören Amazon, Otto, Media Markt und Zalando. Bei dieser Form des E-Commerce treten die Plattformen selbst als Verkäufer*innen von Waren auf.

Daneben gibt es aber noch eine weitere Dimension des E-Commerce, die mit dem klassischen Onlineversandhandel mittlerweile eng verbunden ist – Online-Marktplätze. Online-Marktplätze sind digitale Plattformen, auf denen verschiedene Händler*innen ihre Waren anbieten und Kund*innen diese direkt online kaufen

können. Im Gegensatz zum herkömmlichen Onlineversandhandel fungieren Online-Marktplätze als Vermittler*innen zwischen Händler*innen und den Kund*innen. Zu den bekanntesten Online-Marktplätzen gehören Amazon Marketplace, eBay und Etsy. Dabei sind beide Formen des E-Commerce häufig miteinander verwoben. Amazon, Otto, Media Markt und Zalando verkaufen allesamt selbst Waren auf ihren Plattformen, ermöglichen aber auch Dritten, die Webseiten als Marktplatz zu nutzen. Es bestehen jedoch Unterschiede hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Marktplätze. Bei Amazon handelt es sich (wie auch bei eBay) um offene Marktplätze. Das bedeutet, dass verschiedene Verkäufer*innen die gleichen Waren zum Verkauf anbieten können und damit auch ein Wettbewerb auf der Plattform stattfindet. Bei geschlossenen Marktplätzen (beispielsweise Otto.de und Zalando.de)

¹ B2C-E-Commerce: Ranking der Top-50 B2C-Onlineshops für physische Güter nach E-Commerce-Umsatz in Deutschland im Jahr 2021, statista, 2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/170530/umfrage/umsatz-der-groessten-online-shops-in-deutschland/>.

kann jeweils nur ein*e Verkäufer*in eine bestimmte Ware anbieten. Bei Amazon kommt es dazu noch zu einer weiteren Mischform: Amazon bietet Händler*innen an, das eigene Versandsystem zu nutzen.

Für Kund*innen kann das zu Verwirrungen führen. Beispielsweise können Kund*innen von Amazon.de vier verschiedenen Arten von Verkäufer*innen gegenüberstehen: Amazon selbst, gewerbliche Drittverkäufer*innen, die ihre Waren von Amazon ausliefern lassen, gewerbliche Drittverkäufer*innen, die ihre Waren selbst

ausliefern und schließlich private Drittverkäufer*innen. Bei all diesen Kategorien von Verkäufer*innen gelten unterschiedliche rechtliche Regelungen. Für die Kund*innen zeigt sich dieser Unterschied aber nicht ohne Weiteres, da die Einkaufserfahrung auf der Plattform weitgehend die gleiche ist, unabhängig von den jeweiligen Händler*innen, mit denen schließlich ein Kaufvertrag geschlossen wird. Das kann dazu führen, dass Nutzer*innen gerade nicht die rechtlichen Absicherungen haben, von denen sie bei einem Kauf ausgegangen sind.

III. FOKUS DER UNTERSUCHUNG

Gerade größere E-Commerce-Plattformen stehen in verschiedener Hinsicht in der Kritik – dazu gehören das Risiko der Verdrängung des physischen Einzelhandels, schlechte Arbeitsbedingungen, mangelndes Vorgehen gegen Urheberrechtsverletzungen, Auswirkungen auf die Umwelt und wettbewerbliches Fehlverhalten. Die vollumfängliche Darstellung dieser Kritik würde den Rahmen dieser Studie sprengen. Zudem geht die Kritik auch über die spezifischen Gefahren von E-Commerce als Plattformart hinaus. Der Fokus der Studie soll daher darauf liegen, wie E-Commerce Unternehmen ihre spezifische Macht als Plattformen verwenden, um Einfluss auf die Grundrechtsausübung ihrer Kund*innen und Nutzer*innen zu nehmen. Es soll also gerade um die Risiken gehen, die auch bereits hinsichtlich anderer Plattformen untersucht wurden.

B. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Auch im Bereich E-Commerce – insbesondere bei Marktplätzen – kann die Ausübung von Grundrechten beeinträchtigt werden. Dabei werden drei Problembereiche näher dargestellt: Der Zugang zum Marktplatz, der Umgang mit Bewertungen und der Zugriff auf Daten.

Beim Zugang zum Marktplatz kann es unter anderem zu problematischen Ausschlüssen einzelner Waren oder Verkäufer*innen kommen. Im Kern liegt damit ein Problem vor, dass sich auch bei anderen Arten von Plattformen stellt. Händler*innen sind auf die Marktplätze angewiesen, um ihre Waren zu verkaufen. Das kann Plattformbetreiber*innen dazu verleiten, ihre eigene Macht auszunutzen und Drittverkäufer*innen zu benachteiligen. Zum Beispiel könnten sie bestimmte Inhalte wie Bücher mit LGBTQIA+ Themen ausschließen, was die Ausübung der Grundrechte der Autor*innen und Verlage beeinträchtigt. Plattformbetreiber*innen haben die Freiheit, ihre eigenen Bedingungen aufzustellen. Das kann insgesamt dazu führen, dass bestimmte Waren oder Verkäufer*innen ausgeschlossen werden. Das beeinflusst, welche Waren wir als „normal“ wahrnehmen und welche Themen wir kennen lernen.

Bewertungen sind wichtig für den Erfolg von Produkten, da schlecht bewertete Produkte weniger gekauft werden. Die Plattformen haben ein Interesse daran, gegen gefälschte Bewertungen vorzugehen. Jedoch dürfen dabei authentische Bewertungen nicht unter die Räder kommen. Schließlich sind die Bewertungen immer noch ein Ausdruck der Meinungsfreiheit.

Durch den Zugang zu Daten haben E-Commerce-Unternehmen einen Einblick in das Kaufverhalten ihrer Kund*innen und können so ihre Plattformen perfektionieren und ihr eigenes Angebot anpassen. Dies kann zu Wettbewerbsverzerrungen führen, da Drittanbieter*innen benachteiligt werden können, zum Beispiel dadurch, dass eine Plattform ihre Angebote schlechter platziert. Zudem haben E-Commerce-Unternehmen Zugriff auf persönliche Kundendaten, was das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt.

Für diese Probleme existiert zumindest teilweise bereits ein

Rechtsrahmen. Insbesondere bestehen neue Instrumente wie § 19a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Digital Markets Act (DMA) und der DSA, die die Marktmacht großer Digitalunternehmen begrenzen sollen. Allerdings ist noch unklar, wie effektiv sie in der Praxis sein werden. Wichtig ist, dass bei der Anwendung dieser Instrumente die Grundrechte von Drittverkäufer*innen und Kund*innen zu berücksichtigen sind. Ob in Zukunft daneben eine verstärkte Grundrechtsbindung im Bereich der Marktplätze zur Anwendung kommt, bleibt abzuwarten.

C. E-COMMERCE UND GRUNDRECHTE

I. ZUGANG ZUM MARKTPLATZ

Digitalunternehmen, die Marktplätze betreiben, haben die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, wer unter welchen Bedingungen auf diesen Marktplätzen aktiv sein kann. Damit gehen einige wettbewerbliche und grundrechtliche Risiken einher.

Wettbewerblich liegt ein Kernproblem darin, dass sich mittlerweile ein Flaschenhals entwickelt hat. Hier gibt es einige bekannte Marktplätze, auf denen potenzielle Kund*innen nach Waren suchen. Der Betrieb von eigenen Online-Shops hat dagegen weniger Bedeutung.² Das führt zu Abhängigkeiten: Gerade kleinere Händler*innen kommen an den Marktplätzen kaum vorbei. Um Marktplätze zu benutzen, müssen Händler*innen Gebühren entrichten und auch die – einseitig gestellten – Bedingungen der Marktplätze akzeptieren.

Bereits damit besteht die Gefahr, dass Marktplätze ihre Macht gegenüber den Händler*innen ausnutzen, beispielsweise durch hohe Preise oder unfaire Bedingungen. Besondere Brisanz ergibt sich aber dadurch, dass bei vielen Marktplätzen auch die Betreiber*innen selbst Waren über die jeweilige Plattform verkaufen und so auf dem Marktplatz mit Drittverkäufer*innen konkurrieren. Das führt zur Versuchung, die eigene Macht als Plattformbetreiber*in auszunutzen, um sich selbst einen Vorteil gegenüber Drittverkäufer*innen zu sichern. Das kann beispielsweise dadurch geschehen, dass die eigenen Waren prominent beworben werden, während Waren von Drittverkäufer*innen spezifisch gesucht werden müssen.

Diese Abhängigkeit führt zu potenziellen Beeinträchtigungen der Ausübung von Grundrechten im Bereich E-Commerce. So können E-Commerce-Unternehmen weitgehend unabhängig bestimmen, welche Bedingungen sie aufstellen, also auch welche Waren

sie überhaupt zulassen. Wie bei anderen Plattformen kann das dazu führen, dass willkürliche Kriterien aufgestellt werden oder sich die Plattformen durch weite und unbestimmte Begriffe große Entscheidungsspielräume geben, einzelne Waren oder Verkäufer*innen auszuschließen.

Zunächst besteht damit die Gefahr, dass spezifische Inhalte insgesamt ausgeschlossen werden. Das kann marginalisierte Gruppen besonders schwer treffen, wenn ihre Inhalte nicht zugelassen werden. Ihnen stehen zwar in aller Regel alternative Vertriebsmöglichkeiten zur Verfügung. Damit erreichen sie aber weniger

Entfernung von LGBGIA+ Waren bei Amazon

Im Jahre 2009 wurde bekannt, dass einige LGBTQIA+ Bücher von Amazon als Inhalte für Erwachsene klassifiziert wurden – darunter auch Kinderbücher. Das hatte zur Konsequenz, dass die Bücher aus dem Verkaufsrang herausgefallen sind und Personen nicht mehr empfohlen wurden. Insgesamt waren über 50.000 Bücher betroffen. Amazon schrieb die Einschränkung einem Katalogisierungsfehler zu.¹ Im Jahr 2022 entfernte Amazon nach Druck der Vereinigten Arabischen Emirate gezielt LGBTQIA+ Inhalte aus der Plattform des Landes. Bücher aus dieser Kategorie wurden aus dem Katalog entfernt und zudem wurden Suchen beschränkt, sodass eine Suche nach entsprechenden Inhalten keine Treffer generierte.²

² Amazon & Co. verdrängen kleine deutsche Plattformen, Welt, 11. Oktober 2018, https://www.welt.de/print/welt_kompakt/webwelt/article181898066/Amazon-Co-verdraengen-kleine-deutsche-Plattformen.html.

¹ ‚Gay Writing‘ Falls Foul of Amazon Sales Ranking, Guardian, 13. April 2009, <https://www.theguardian.com/culture/2009/apr/13/amazon-gay-writers>.

² Amazon Restricts L.G.B.T.Q. Products in United Arab Emirates, New York Times, 29. Juni 2022, <https://www.nytimes.com/2022/06/29/business/amazon-lgbtq-uae-emirates.html>.

Kund*innen. Außerdem beeinflusst das Angebot auf Plattformen, welche Waren wir insgesamt als „normal“ wahrnehmen. Der Ausschluss beispielsweise von Waren mit Bezug auf LGBTQIA+ führt dazu, dass diese in gewisser Weise vom „Normalen“ ausgeschlossen werden. Schließlich führt es dazu, dass sich Personen nicht ausreichend über diese Themen informieren können, wenn beispielsweise themenbezogene Bücher ausgeschlossen werden.

Daneben ist gerade Amazon als Vertreiber von Büchern und anderen Druckwaren stark mit der Meinungs-, der Presse-, der Kunst- und der Wissenschaftsfreiheit verbunden. Ähnlich wie bei sozialen Netzwerken, bei denen die Entfernung einzelner Inhalte regelmäßig zumindest die Meinungsfreiheit der Äußernden berührt, bedeutet eine Entfernung von Büchern bei Amazon, dass die entsprechende Äußerungsfreiheit der Autor*innen eingeschränkt wird. Ihre Erzeugnisse sind zwar noch in der Welt und

können über andere Wege erworben werden. Wenn diese aber nicht über Amazon verfügbar sind, erreicht die entsprechende Äußerung schlicht weniger Personen.

Das hat Einfluss auf einzelne Autor*innen, kann aber auch ganze Verlage betreffen. Diese sind aufgrund von Abhängigkeiten gezwungen, sich den Bedingungen von Amazon zu unterwerfen. Damit kann auch einhergehen, dass die Verlage wiederum einzelne Werke nicht in der gleichen Form unterstützen oder bewerben, wenn sie befürchten, dass diese Inhalte nicht von Amazon gewollt sind.

Verschärft werden diese Probleme durch den Einsatz von Algorithmen. Ob eine Ware gegen die Nutzungsbedingungen verstößt, wird seltener durch Menschen überprüft. Stattdessen kommen Algorithmen zum Einsatz. Diese können allerdings fehleranfällig sein. So kann es dazu kommen, dass Fehlentscheidungen getroffen werden. Wenn es an einer Beschwerdemöglichkeit fehlt oder im Anschluss an eine Beschwerde wiederum automatisiert entschieden wird, können dabei Interessen und Rechte von Verkäufer*innen missachtet werden. Außerdem birgt der Einsatz von Algorithmen die Gefahr, dass bestimmte Kategorien von Waren generell diskriminiert werden. Wenn beispielsweise Inhalte mit LGBTQIA+ Bezug automatisiert als Inhalte für Erwachsene eingeordnet werden, kann das mit erheblichen Nachteilen für die Verkäufer*innen einhergehen. Dabei bedeutet die Sperrung der Produkte Gewinneinbußen, einen Verlust an Reputation und – je nach Ware – auch die Bedrohung der Ausübung von Grundrechten. Ähnlich wie bei sozialen Netzwerken ist daher ein zuverlässiger Prozess notwendig, bei dem Drittverkäufer*innen die Möglichkeit gegeben wird, auf Vorwürfe zu reagieren. Diese Reaktion muss vom Marktplatz hinreichend berücksichtigt werden. Aufgrund der gravierenden Nachteile, die mit einer derartigen Sperre verbunden sind, bedarf es grundsätzlich einer Klärung, bevor die Waren aus dem Marktplatz entfernt werden.

Verlage und Amazon

Im Jahr 2014 kam es zu Streitigkeiten zwischen Amazon und dem Verlag Hachette Livre über die Fähigkeiten, Buchpreise festsetzen zu können. Als Resultat waren Bücher von Hachette Livre schwerer über die Plattform zu erwerben – so gab es keine Vorbestellmöglichkeiten und längere Lieferzeiten. Dies führte zu verringerten Verkaufszahlen des Verlags.¹

¹ Amazon and Its Missing Books, New York Times, 12. Oktober 2014, <https://archive.nytimes.com/blogs.nytimes.com/2014/10/12/amazon-and-its-missing-books/?php=true&type=blogs&ref=technology&r=0>; Amazon Angles to Attract Hachette's Authors to Its Side, New York Times, 8. July 2014, <https://archive.nytimes.com/blogs.nytimes.com/2014/07/08/amazon-tries-to-woo-authors-in-hachette-dispute/?php=true&type=blogs&php=true&type=blogs&r=1&>

II. UMGANG MIT MEINUNGEN

E-Commerce-Plattformen sind keine sozialen Netzwerke. Gleichzeitig kommt den Äußerungen von Kund*innen in Form von Produktbewertungen eine große Rolle bei diesen Plattformen zu. Anders als bei sozialen Netzwerken ist das Spektrum

insofern eingeschränkt, als es sich um produktbezogene Meinungen handelt. Auch kommt es hier nicht zu einem fortwährenden Austausch von Meinungen. Dennoch sind auch Bewertungen ein Ausdruck der Meinungsfreiheit. Dazu kommt eine finanzielle Di-

Fehleranfälligkeit von Algorithmen

Im Jahr 2023 schränkte Amazon den Verkauf von Beißringen für Babys mit Perlen ein. Hintergrund war, dass Babys diese Perlen verschlucken können. Im Rahmen der Durchsetzung dieser Einschränkung kam es aber dazu, dass algorithmisch auch der Verkauf von anderen Perlen – beispielsweise Bastelperlen – eingeschränkt wurde. Beschwerden zu den falsch erkannten Produkten führten nicht schnell zu Ergebnissen.¹

Besondere Risiken ergeben sich schließlich im Bereich kleiner selbstproduzierender Verkäufer*innen. Häufig stellt die Herstellung und der Verkauf in diesem Bereich auch eine Ausübung der Kunstfreiheit dieser Verkäufer*innen dar. Ein eigener Online-Shop ist häufig nicht rentabel, sodass auf Marktplätze ausgewichen wird. Mit Etsy besteht ein Marktplatz, der sich auf diese Art von Waren spezialisiert hat. Bei allen Marktplätzen besteht aber die grundsätzliche Gefahr, dass die Plattformen durch die Auswahl, welche Arten von Waren erlaubt sind, Einfluss auf die Kunstfreiheit nehmen und schließlich auch – wie Monetarisierungsplattformen – darüber entscheiden, welche Kunst sich verbreitet.²

¹ Das Ungetüm aus Seattle, Spiegel, 31. März 2023, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/warum-amazon-jeff-bezos-hinter-sich-lassen-muss-a-3bbe3b09-a7ae-4c43-a17f-016c3f6b5e03>.

² Siehe hierzu ausführlich die Studie zu Monetarisierungsplattformen.

mension: Schlecht bewertete Produkte werden schlicht seltener gekauft als gut bewertete.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass E-Commerce-Plattformen ein Interesse daran haben, gegen gefälschte Bewertungen vorzugehen. Auch sollten Bewertungen einen Bezug zum gekauften Produkt aufweisen. Beim Vorgehen gegen gefälschte

Bewertungen dürfen aber zugleich authentische Bewertungen nicht unter die Räder kommen. Auch dies lässt sich am besten durch Verfahren absichern. Soll eine Bewertung gelöscht werden, können die bewertenden Kund*innen kontaktiert werden und sich zum Vorwurf äußern.

III. ZUGRIFF AUF DATEN

Wie auch andere Plattformen haben E-Commerce-Unternehmen Zugriff auf einen erheblichen Umfang an Daten. Neben den Daten von der Plattform selbst können E-Commerce-Unternehmen zudem noch Daten aus vielen weiteren Quellen zur Verfügung stehen. Gerade Amazon ist auf vielen weiteren Geschäftsfeldern aktiv, wodurch zusätzliche Daten zur Verfügung stehen. Aber auch bei anderen Plattformen sind weitere Aktivitäten zu berücksichtigen. So betreibt Otto nicht nur die Seite Otto.de, sondern daneben viele weitere Plattformen wie About You und MyToys. Hinzu kommt Hermes Europe als ein Tochterunternehmen von Otto. Wie bei anderen machtbestimmenden Faktoren hat auch der Zugriff auf Daten zunächst eine wettbewerbliche Komponente.

Daraus können sich aber wiederum Risiken für die Ausübung von Grundrechten ergeben. Zudem besteht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein Grundrecht, dass generell durch den Zugriff auf Daten berührt wird.

Wettbewerblich gibt der Zugriff auf Daten E-Commerce-Plattformen einen erheblichen Vorteil gegenüber potenziellen Wettbewerber*innen. Durch die Daten ist es Unternehmen möglich, ihre Plattformen immer weiter zu perfektionieren. Schließlich wissen sie, wonach Kund*innen suchen und was sie präferieren. Für andere Unternehmen ist es kaum möglich, diesen Vorsprung an Daten aufzuholen und den bestehenden Plattformen Konkurrenz zu machen.

Besondere Relevanz erlangt dieser Vorsprung an Daten, da die meisten E-Commerce-Unternehmen sowohl einen Marktplatz zur Verfügung stellen als auch selbst Waren zum Verkauf anbieten. Sie stehen damit als Verkäufer*in in Konkurrenz mit den Drittverkäufer*innen. Zugleich wissen diese E-Commerce-Unternehmen, welche Waren von Drittverkäufer*innen besonders beliebt sind. Damit können sie ihr eigenes Angebot so ausrichten, dass sie dieses Kundeninteresse erfüllen. Sie können dann die eigenen Angebote vor denen von Drittverkäufer*innen anzeigen lassen und so die Drittverkäufer*innen erheblich benachteiligen.³

Auch gegenüber Kund*innen hat diese Datenmacht Konsequenzen. So haben E-Commerce-Unternehmen erhebliches Wissen über die meisten Kund*innen. Dieses Wissen berührt zunächst generell das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kund*innen – das Recht, selbst zu bestimmen, mit wem sie Daten teilen und wie diese verwendet werden. Selbst bei einer besonders datenarmen Verwendung erhalten E-Commerce-Unternehmen immer noch verschiedene relevante Details, darunter den (vermeintlichen) Wohnort, Namen, Zahlungsinformationen und welche Waren gekauft wurden. Das erlaubt bereits einen weitgehenden Einblick, wer die Kund*innen sind. Plattformen können aber noch weitere Informationen sammeln, zum Beispiel wonach Kund*innen suchen. Bei breit aufgestellten Plattformen kommt die Gefahr hinzu, dass diese Daten mit den Daten aus anderen Geschäftsbereichen kombiniert werden. So kann Amazon durch seine Echo-Systeme noch viel weitergehende Informationen über potenzielle Kund*innen erhalten. Aber auch andere Tochtergesellschaften können Informationen beisteuern. So plant Amazon derzeit die Übernahme von iRobot, einem Hersteller automatisierter Saug- und Reinigungsroboter. Die Roboter wiederum sammeln verschiedene Daten über den Haushalt einer Person: Größe der Wohnung, Anzahl der Räume, Raumgestaltung. Auch dies kann Aufschluss über eine Person geben, insbesondere über die finanziellen Verhältnisse.⁴

Diese Nutzung von Daten ist schon an sich grundrechtlich problematisch, da ein Recht darauf besteht, über die Fremdverwendung

Preisdiskriminierung bei Amazon

So gibt es Berichte, dass Amazon im Jahr 2000 Preise von Waren je nach Kund*innen verändert hat. Bei Bestandskund*innen wurden demnach höhere Preise verlangt als bei Neukund*innen. Amazon hat diese Praxis als Preistest bezeichnet, den es in der Zukunft nicht mehr durchführen würde.¹

1 Web Sites Change Prices Based on Customers' Habits, CNN, 24. Juni 2005, <http://edition.cnn.com/2005/LAW/06/24/ramasastry.website.prices/>.

von Daten zu entscheiden. Selbstverständlich müssen E-Commerce-Unternehmen gewisse Daten zur Verfügung haben und sie dürfen diese auch verwenden. Ohne Zugriff und Verwendung von Zahlungsdaten wäre eine Transaktion kaum denkbar. Das rechtfertigt es aber nicht, wenn Unternehmen die vorhandenen Daten verwenden – und dabei auch Daten aus verschiedenen Quellen kombinieren – um einen besseren Einblick in unsere Persönlichkeit bekommen zu können. Besonders problematisch wird es, wenn aufgrund dieser Erkenntnisse Kund*innen unterschiedlich behandelt werden. Hierbei kann es auch schnell zu Diskriminierungen kommen.

3 Zur diesbezüglichen Kritik an Amazon siehe Elizabeth Warren Proposes Breaking Up Tech Giants Like Amazon and Facebook, New York Times, 8. März 2019, <https://www.nytimes.com/2019/03/08/us/politics/elizabeth-warren-amazon.html>.

4 Siehe hierzu Amazon's iRobot Acquisition Raises Concerns, TechTarget, 9. September 2022, <https://www.techtarget.com/searchcio/news/252524792/Amazons-iRobot-acquisition-raises-concerns>.

D. RECHTSRAHMEN

E-Commerce-Plattformen unterliegen einer Vielzahl von rechtlichen Rahmenbedingungen, die im Folgenden nicht allesamt dargestellt werden können. Dazu gehören unter anderem Regelungen des normalen Vertragsrechts, des Verbraucher- und Datenschutzrechts. Im Fokus der Ausführungen sollen aber spezifische Regelungen stehen, die die Grundrechte der Kund*innen (und gegebenenfalls ebenfalls von Drittverkäu-

fer*innen) schützen können. Daher soll zunächst an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur stärkeren grundrechtlichen Verpflichtung von Plattformen angeknüpft werden.⁵ Daneben sollen auch die Regelungen des Kartellrechts und der neuen europäischen Instrumente DMA und DSA dargestellt werden.

I. STAATSÄHNLICHE GRUNDRECHTSBINDUNG

Das Bundesverfassungsgericht hat vier Kriterien aufgestellt, die es bei seiner Abwägung bezüglich des Vorliegens einer staatsähnlichen Grundrechtsbindung berücksichtigt:⁶

- Unausweichlichkeit von Situationen
- Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Privaten
- gesellschaftliche Bedeutung von Leistungen
- soziale Mächtigkeit

Daneben hat der Bundesgerichtshof für soziale Netzwerke weitere Kriterien genannt, die auch für andere Plattformen relevant sein können:⁷

- Grad der marktbeherrschenden Stellung
- Ausrichtung der Plattform
- Grad der Angewiesenheit auf die Plattform
- Betroffene Interessen der Plattforminhaber*innen und Dritter

Im Kern lassen sich diese Anforderungen so lesen, dass erstens eine (staatsähnliche) Machtposition der Plattform vorhanden sein und zweitens ein grundrechtliches oder gesellschaftliches Bedürfnis für die Nutzung der Plattform vorliegen muss.

Grundrechtsbindung

Die vorliegende Studie versteht staatsähnliche Grundrechtsbindung als gesteigerte Pflichten Privater, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Stadionverbot¹ und der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen zu Facebook² festgelegt haben. Beide Gerichte haben sich dabei noch auf die sogenannte mittelbare Drittwirkung von Grundrechten bezogen, sodass keine direkte Bindung der Privaten an das Grundgesetz besteht. Zugleich gehen die Wirkungen der Entscheidungen über die klassischen Konsequenzen der mittelbaren Drittwirkung hinaus

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

² BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20.

⁵ Konkret ging es in der Entscheidung um das soziale Netzwerk Facebook.

⁶ BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 33.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 15.

Konsequenz der Grundrechtsbindung

In seinen Entscheidungen zur Content-Moderation bei Facebook hat der Bundesgerichtshof aus der staatsähnlichen Grundrechtsbindung Bedingungen hergeleitet, unter denen die Plattform Inhalte löschen und Konten sperren darf. Danach ist für eine Löschung ein sachlicher Grund notwendig und Facebook muss seinen Nutzer*innen gewisse Verfahrensrechte zugestehen. Daneben hat sich der Bundesgerichtshof auch mit der Verwendung von Daten durch Plattformen befasst und in diesem Zusammenhang das Recht der Nutzer*innen auf informationelle Selbstbestimmung herangezogen.¹ Konkret untersagte er Meta, dem Mutterkonzern von Instagram und Facebook, die im Rahmen seiner verschiedenen Dienste verarbeiteten Daten zu kombinieren. Zudem ging es in dem Verfahren darum, dass Facebook nur solche Daten verlangen durfte, die für den Betrieb des Netzwerks tatsächlich notwendig sind. Darüberhinausgehende Datenverarbeitungen bedürfen einer expliziten Einwilligung.

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

Zumindest für Amazon lässt sich eine derartige Machtposition sicherlich bejahen. Fraglich ist, inwiefern hier ein Bedürfnis für eine staatsähnliche Grundrechtsbindung vorliegt. Dabei ist zwischen zwei verschiedenen Verhältnissen zu differenzieren: erstens das Verhältnis Amazon gegenüber Drittverkäufer*innen und zweitens das Verhältnis zwischen Amazon und Kund*innen.

Soweit das Verhältnis zu Drittverkäufer*innen betroffen ist, ist fraglich, inwiefern die Rechtskonstruktion der staatsähnlichen Grundrechtsbindung bei Konstellationen mit Wettbewerbsbezug überhaupt zum Tragen kommt. Das könnte zweifelhaft sein, da hier mit dem Kartellrecht bereits ein besonderes Rechtsregime besteht, das die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Diese Konstellation ist in der Rechtsprechung bisher ungelöst. Denkbar (und begrüßenswert) ist aber, wenn die grundrechtlichen Wertungen, die der staatsähnlichen Grundrechtsbindung zugrunde liegen, zumindest Berücksichtigung finden. Das würde konkret bedeuten, dass unter anderem die Berufs-, Kunst- und Pressefreiheit der Drittverkäufer*innen beachtet werden. Spezifisch würde dann nicht lediglich zu beachten sein, ob das Verhalten eines Marktplatzes sich wettbewerblich nachteilig auswirkt, sondern auch, ob Maßnahmen beispielsweise die Kunstfreiheit besonders einschränken.

Bei Kund*innen sind insbesondere zwei Bereiche besonders betroffen: die Bewertungen und der Zugang zu Daten. Bewertungen sind zwar ein Ausdruck von Meinungen. Zugleich handelt es sich bei einem Marktplatz nicht um ein soziales Netz-

werk, sodass die Einschränkungen von Meinungen hier weniger schwer wiegen. Zugleich sind Bewertungen produktbezogen, sodass abermals ein Marktbezug vorliegt – ein Fehlverhalten kann also kartellrechtlich erfasst sein. Zugang und Umgang mit Daten tangieren das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Hier besteht mit der Datenschutz-Grundverordnung ein Sonderregime, das einen weitgehenden Schutz gewähren soll. Zugleich zeigt die Entscheidung gegenüber Facebook,⁸ dass Fehlverhalten auch außerhalb dieses Regimes – und unter Berücksichtigung einer verstärkten Grundrechtsbindung – von Relevanz sein kann.

Damit bestehen zwar – je nach Konstellation – Ansatzpunkte für die Annahme einer Grundrechtsbindung. Gleichzeitig ist fraglich, inwiefern diese Rechtsprechung nur dann Anwendung findet, wenn anderer Rechtsschutz nicht hinreichend vorliegt. Dann würden die neueren Rechtsinstrumente – siehe sogleich – eine Anwendung im Bereich E-Commerce potenziell ausschließen.

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

II. KARTELLRECHT

Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union und die §§ 18 ff. GWB verbieten die Ausnutzung einer marktbeherrschenden (das GWB zudem einer marktstarken) Stellung. Voraussetzungen sind dafür insbesondere eine marktbeherrschende Stellung sowie wettbewerbliches Fehlverhalten. Kriterien für eine marktbeherrschende Stellung sind in § 18 GWB niedergelegt. Nach § 18 Abs. 4 GWB gilt eine Vermutung für eine solche Stellung ab einem Marktanteil von 40 Prozent. Ein wettbewerbliches Fehlverhalten kann beispielsweise darin liegen, dass der Gegenseite Bedingungen aufgezwungen werden, die diese andernfalls nicht akzeptieren würde. Zudem darf die Marktposition auf einem vor- oder nachgelagerten Markt (hier: Betreiber*in eines Marktplatzes) nicht ausgenutzt werden, um sich auf einem

Markt (hier: Wettbewerber*in auf dem Marktplatz) einen Vorteil zu verschaffen. Damit unterfallen bereits mehrere der zuvor aufgezeigten Verhaltensweisen Amazons dem Kartellrecht. Dementsprechend wurden bereits mehrere Verfahren auf deutscher und europäischer Ebene gegen das Unternehmen eingeleitet.

Zusätzlich wurde mit der Zehnten Novelle des GWB § 19a GWB eingefügt, der Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung adressiert. Die Vorschrift gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, bestimmte Verhaltensweisen proaktiv zu verbieten. Das Bundeskartellamt hat Amazon bereits als ein solches Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingestuft.⁹

III. DMA

Der DMA befasst sich mit Gatekeepern (oder Torwächtern), also – sehr vereinfacht ausgedrückt – Unternehmen, die den Zugang zu einem Markt (einen zentralen Plattformdienst) kontrollieren. Es besteht eine Vermutung, dass dies bei Unternehmen der Fall ist, die unter anderem einen Jahresumsatz von EUR 7,5 Milliarden oder einen Marktwert von EUR 75 Milliarden und zudem 45 Millionen aktive Nutzer*innen aus der Europäischen Union haben. Das ist bei Amazon der Fall.

Der DMA verbietet Plattformen bestimmte Verhaltensweisen beziehungsweise schreibt solche vor. Davon sind einige von beson-

derer Bedeutung für Marktplätze. Dazu gehören unter anderem:

- Das Verbot der Zusammenführung von Daten von verschiedenen Diensten (Art. 5(2)(b) und (c) DMA)
- Ein Verbot, nichtöffentliche Transaktions- und andere Daten im Wettbewerb auf einem Marktplatz zu nutzen, die der Gatekeeper durch den Betrieb des Marktplatzes erhalten hat (Art. 6(2) DMA)
- Ein Verbot der Selbstbevorzugung beim Ranking von Angeboten (Art. 6(5) DMA)

IV. DSA

Schließlich fallen Online-Plattformen und damit auch Marktplätze unter die besonderen Regelungen nach dem DSA. Spezifisch für Marktplätze enthält dieser Verpflichtungen zur Sicherstellung

der Sicherheit auf den Plattformen (Art. 29 ff. DSA). Daneben werden Betreiber*innen von Online-Plattformen aber auch generell dazu verpflichtet, im Umgang mit Inhalten (dazu gehören

⁹ BKartA, Amazon:Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB, B2-55/21.

auch Angebote) gewisse Regeln einzuhalten. Dazu gehört, dass klare Nutzungsbedingungen existieren (Art. 14(1) DSA), bei deren Anwendung und Durchsetzung die Interessen und (europäischen) Grundrechte der Nutzer*innen zu berücksichtigen sind (Art. 14(4) DSA), dass bei der Entfernung von Inhalten ausführlich die Gründe darzulegen sind (Art. 17 DSA) und ein Beschwerdesystem vorgesehen ist (Art. 20 DSA).

Sehr große Online-Plattformen (ab 45 Millionen aktiven monatlichen Nutzer*innen in der Union, Art. 33 Abs. 1 DSA) haben weitere Verpflichtungen, darunter die Durchführung einer Risikobewertung (Art. 34 DSA) sowie weitere Maßnahmen zur Risikominderung (Art. 34 DSA). Amazon, Google Shopping und Zalando fallen unter diese Regelungen.¹⁰

V. EINSCHÄTZUNG

Für den Bereich E-Commerce und ganz spezifisch Marktplätze bestehen damit bereits mehrere rechtliche Rahmenbedingungen, die wettbewerbsschädliche Praktiken verhindern sollen. Da grundrechtliche Risiken häufig mit derartigen Praktiken zusammenhängen, ist zu hoffen, dass auch diese Risiken damit weitgehend adressiert werden können. Inwiefern dies auch in der Praxis so sein wird, muss sich allerdings noch zeigen. Mit § 19a GWB, dem DMA und dem DSA bestehen neue Instrumente, die Begrenzungen der Marktmacht großer Digitalunternehmen einführen sollen. Da sie in der Praxis aber noch nicht zur Anwendung gekommen sind, ist eine Bewertung derzeit nicht möglich. Besonders relevant wird dabei auch sein, inwiefern bei der Anwendung dieser neuen Instrumente auch die Grundrechte von Drittverkäufer*innen und Kund*innen Berücksichtigung finden. Ob daneben eine verstärkte Grundrechtsbindung auch im Bereich der Marktplätze zur Anwendung kommt, wird sich noch zeigen müssen.

¹⁰ Digital Services Act: Commission Designates First Set of Very Large Online Platforms and Search Engines, Europäische Kommission, 25. April 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413.

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

FREIHEITSRECHTE.ORG/JOIN