

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Grundausrichtung der Arbeit	15
I. Problemaufriss zum algorithmisch gesteuerten „Black Box Market“	15
II. Konzeptionelles Defizit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	17
III. Perspektivwechsel auf ein europäisches Vertrags- und Lauterkeitsrecht	20
B. Zum Begriff einer digitalen (Transaktions-)Plattform	25
I. Elementare Merkmale des Geschäftsmodells einer digitalen Plattform	25
1. Infrastruktur zur freien Interaktion der Nutzer	26
2. Digitalität der Infrastruktur	29
II. Ansätze zur Kategorisierung verschiedener Arten einer digitalen Plattform	31
1. Bestehen eines originären Interaktionsinteresses der Plattformnutzer	32
2. Transaktion als anvisierte Nutzerinteraktion	34
C. Der „Black Box Market“ einer digitalen Transaktionsplattform	37
I. Gesellschaftlicher Kontext einer „Black Box Society“	37
1. Intransparenz der digitalen Marktintermediation einer Plattform	40
2. Gesellschaftliches Bedürfnis einer „governance of algorithms“	44
3. Fairness und Transparenz als regulativer Ansatz der P2B-Verordnung	45
4. Paralleler Regelungsansatz zu (Medien-)Intermediären im Medienstaatsvertrag	47
II. Ökonomische Konturen der Plattformökonomie	49
1. Markt der Plattformen & (Folge-)Markt der Plattformnutzer	50

2. Tendenz zur Marktkonzentration im Markt der Plattformen	51
a) Größenexternalität und Erweiterungswirkung der indirekten Netzwerkeffekte	53
b) Flexible Kapazitätsgrenzen einer digitalen Infrastruktur	56
c) Wechselkosten und ein dateninduzierter ‚Lock-In-Effekt‘ der Nutzer	58
3. Schnittstellenfunktion der (Transaktions-)Plattform im Markt der Nutzer	60
III. Algorithmische Rankingverfahren und deren Intermediationsmacht im Markt	62
1. Ökonomisches Potential der Rankings als effiziente Informationsintermediation	63
a) Dezentraler Informationsverkehr im natürlichen Marktmechanismus	63
b) Effizienz-mindernde Informationskosten eines dezentralen Marktes	65
c) Kosten-reduzierende (Informations-)Funktion des Rankings	68
2. (Folge-)Wirkungen der Rankings auf den natürlichen Marktmechanismus	70
a) Systematisierung der Rankings in deren Verhältnis zum Marktprozess	71
aa) Marktkomplementäre Rankingverfahren	72
bb) Marktsubstituierende Rankingverfahren	73
cc) (Fehlende) Kontrollmöglichkeit der relativen Vorteilhaftigkeit	75
b) Zunehmende Passivität der nachfragenden Nutzer im Plattformmarkt	76
c) Abhängigkeit der gewerblichen Nutzer von algorithmischen Rankings	79
d) Algorithmische Rankings als ‚führende Hand‘ im Plattformmarkt	81
3. Wachsende Einflussnahme der Algorithmen auf die digitalisierte Intermediation	83
a) Grundgerüst der Algorithmen mit automatisierender Funktion	83
b) Kontext der intelligenten Algorithmen mit konzeptioneller Funktion	84

IV. Quellen der Verzerrung eines algorithmischen Rankingverfahrens	87
1. Bewusste, interne Manipulation der Algorithmen	89
2. Technisches Risiko der algorithmischen Diskriminierung	92
a) Technische Grundzüge eines maschinellen Lernprozesses	93
aa) Zielvariable und Trainingsphase eines intelligenten Algorithmus	95
bb) Optimierung der Merkmale & optimierte Auswahl der Merkmale	97
b) Subjektivität der Zielvariablen oder der Trainingsdaten	99
c) Verzerrte Grundwahrheiten in den Trainingsdaten	100
3. Gefahr der Entwicklung einer Filterblase im Plattformmarkt	101
V. Risikoanalyse im Kontext der Funktionen des Wettbewerbs	103
1. Beeinträchtigte Freiheitsfunktion des Wettbewerbs	104
2. Einbuße der wettbewerblichen Kontrollfunktion	107
3. Verzerrte Steuerungsfunktion des Wettbewerbs	110
4. Reduzierte Gerechtigkeitsfunktion des Wettbewerbs	112
D. Rechtliche Regulierung der algorithmischen Rankingverfahren de lege lata	115
I. Punktuelle Regelungen auf Grundlage der Richtlinie (EU) 2019/2161	117
II. Allgemeine Regelungen des Vertragsrechts	121
1. Neutralitätspflicht eines für mehrere Unternehmer tätigen Handelsvertreters	122
a) Kooperationsverhältnis des Handelsvertreters mit der Marktseite der Anbieter	126
b) Pflichtenstruktur des Mehrfirmenvertreters als regulatorisches Vorbild?	129
2. Unparteilichkeit eines beidseitig verpflichteten Maklers	131
a) Zur Einordnung der digitalen Transaktionsplattform als (Doppel-)Makler	133
b) Mehrseitige Interessenwahrnehmungspflicht des Maklers	136

III. Vorgaben des deutschen Lauterkeitsrechts	141
1. Informationsintermediation als lauterkeitsrechtlich relevante Handlung	143
a) Rankingverfahren als geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG	145
b) Kein Ausschluss aufgrund eines pauschal gültigen Medienprivilegs	147
2. Irreführung durch ein algorithmisches Ranking nach §§ 5, 5a, 5b UWG	150
a) Irreführung über die (Vor-)Auswahl der zu sortierenden Angebote	152
aa) Unerwartete Bedingungen zur Aufnahme in das Ranking	152
bb) Transparenz der tatsächlichen Marktabdeckung des Rankings	155
b) Irreführung über das Sortierungsverfahren der ausgewählten Angebote	157
aa) Irreführende Platzierung von Angeboten auf der „Position 0“ des Rankings	158
bb) Verwendung sachfremder Kriterien im Rankingprozess	161
cc) Offenlegung der Hauptparameter eines Rankings und deren relative Gewichtung	163
c) Irreführungsvorschriften als unzureichende Lösung aus der Perspektive des gewerblichen Nutzers	165
3. Konzeptionelle Vorgaben zur vergleichenden Werbung nach § 6 UWG	166
a) Algorithmische Rankingverfahren als vergleichende Werbung	168
aa) (Grund-)Konstellation der vergleichenden Eigenwerbung	168
bb) Figur der vergleichenden Fremdwerbung	168
(1) Eigenes Absatzförderungsinteresse im Zuge der vergleichenden Fremdwerbung	169
(2) Vergleichende Fremdwerbung in der Rolle eines unabhängigen Dritten	172

b) Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG	175
aa) Objektiver und nachprüfbarer Vergleich von Produkteigenschaften	175
bb) Wesentliche, relevante und typische Eigenschaften des Produkts	179
4. Rückgriffmöglichkeit auf Unternehmergeneralklausel des § 3 Abs. 1 UWG	181
IV. Konkrete Regelungen der europäischen P2B-Verordnung	183
1. Überblick über die Entstehungsgeschichte der P2B-Verordnung	185
2. Formaler Regulierungsansatz der P2B-Verordnung	187
a) Auseinandergelungende Regulierungsansätze der beteiligten EU-Legislativorgane	189
b) Normativer Kontext der unterschiedlichen Regulierungsansätze	191
aa) Akzent der formalen Vertragsfreiheit des Rates der Europäischen Union	192
bb) Materiales Gerechtigkeitskonzept des Europäischen Parlaments	193
cc) Prozedurale Gerechtigkeit als Ausgangspunkt der Europäischen Kommission und als politisches Ziel der P2B-Verordnung	195
3. Materielle Vorgaben der Transparenzverpflichtung des Art. 5 P2B-VO	197
a) Zur funktionalen Analyse der Erläuterungspflichten des Art. 5 P2B-VO	198
aa) Bereitstellung von Informationen zum Verständnis der Rankingverfahren	199
bb) Bereitstellung von Informationen zur Orientierung im Plattformmarkt	200
b) Erläuterung der Hauptparameter gemäß Art. 5 Abs. 1 Hs. 1 P2B-VO	200
aa) Zur Regulierungsdiskussion	201
bb) Zur Transparenz der Hauptparameter und deren Erläuterung	203
c) Begründung der relativen Gewichtung, Art. 5 Abs. 1 Hs. 2 P2B-VO	208
aa) Zur Regulierungsdiskussion	209

bb) Zum Begründungserfordernis der relativen Gewichtung	210
d) Schranken der Transparenzpflicht gemäß Art. 5 Abs. 6 P2B-VO	212
aa) Zur Regulierungsdiskussion	212
bb) Zur Grenze der Manipulationsgefahr	214
cc) Zum kommerziellen Geheimhaltungsinteresse der Transaktionsplattform	218
e) Rechtsdurchsetzung der Transparenzvorgaben des Art. 5 P2B-VO	221
f) Bewertung des Art. 5 P2B-VO	225
aa) Kein Effekt auf die Wettbewerbsdisziplin im Markt der Plattformen	226
bb) Systemtransparenz zum verbesserten Verständnis der Rankingverfahren	227
cc) Kaum Mehrwert für den gewerblichen Nutzer im Plattformmarkt	228
dd) Fehlende Kontrollmöglichkeit der Privaten in Bezug auf Art. 5 P2B-VO	228
V. Parallele Transparenzvorschriften des Digital Services Act für Empfehlungssysteme	230
VI. Verbleibendes Regulierungsbedürfnis in der Plattformökonomie	233
E. Regulierungsperspektiven für algorithmische Rankings	237
I. Regulative Würdigung der Marktfunktion einer digitalen Transaktionsplattform	238
1. Rankings als eine Art Wettbewerbssubstitut in einem privat geführten Marktplatz	238
2. Zurückhaltung hinsichtlich der inhaltlichen Kontrolle eines algorithmischen (Ranking-)Verfahrens	240
3. Ansatz der Befähigung des gewerblichen Nutzers zu einer aktiven Teilhabe	243
II. Tendenz zur rechtssystematischen Verortung im europäischen Vertragsrecht	245

III. Optionen zur Regulierung der algorithmischen Rankings de lege ferenda	247
1. Recht der gewerblichen Nutzer auf Transparenz der Datengrundlage eines Rankings	248
a) Parallelen zur Auskunft über die Datengrundlage im Datenschutzrecht	249
b) Ausgestaltung und Vorteile einer Auskunft zur Datengrundlage	251
2. Recht der gewerblichen Nutzer auf eine kontrafaktische Erklärung der konkreten Rankingposition	254
a) Konzept der kontrafaktischen Erklärung einer algorithmischen Entscheidung	255
b) Ausgestaltung der kontrafaktischen Erklärung im Plattformmarkt	257
c) Vorteile einer kontrafaktischen Erklärung für den gewerblichen Nutzer	259
3. Behördliche Durchsetzung und qualifizierte Systemtransparenz der algorithmischen Rankingverfahren	262
a) Erfordernis eines behördlichen Elements zur Rechtsdurchsetzung	263
b) Ausgestaltung und Vorteile einer qualifizierten Systemtransparenz	267
F. Zusammenfassung	271
I. Zum Begriff einer digitalen (Transaktions-)Plattform	272
II. Zum ‚Black Box Market‘ einer digitalen Transaktionsplattform	272
III. Zur rechtlichen Regulierung der algorithmischen Rankingverfahren de lege lata	275
1. Zu den punktuellen Regelungen auf Grundlage der Richtlinie (EU) 2019/2161	276
2. Zu den allgemeinen Regelungen des Vertragsrechts	277
3. Zu den Vorgaben des deutschen Lauterkeitsrechts	279
4. Zu den konkreten Regelungen der europäischen P2B-Verordnung	282
5. Zu den parallelen Transparenzvorschriften des Digital Services Act	284

6. Zum verbleibenden Regulierungsbedürfnis in der Plattformökonomie	285
IV. Zu den Regulierungsperspektiven der algorithmischen Rankings	286
1. Zu der regulativen Würdigung der Marktfunktion einer digitalen Transaktionsplattform	286
2. Zu der Tendenz zur rechtssystematischen Verortung im europäischen Vertragsrecht	287
3. Zu den Optionen zur Regulierung der algorithmischen Rankings de lege ferenda	288
G. Literaturverzeichnis	293