

Jesko Schwarz

Zugang zu App Stores

Eine Untersuchung des Verhältnisses von App Store-Betreibern und
Inhalteanbietern nach Wettbewerbs- und Medienrecht



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 21

Jesko Schwarz

Zugang zu App Stores

Eine Untersuchung des Verhältnisses von App Store-Betreibern und
Inhalteanbietern nach Wettbewerbs- und Medienrecht



Nomos

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4150-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-8370-8 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2016/2017 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Dezember 2016 berücksichtigt. Zentrales Anliegen der Untersuchung ist die Beantwortung der Frage, ob sich die App Store-Betreiber in einer (markt- oder meinungsmächtigen) Stellung befinden, die das Bedürfnis nach einem gesetzlichen Korrektiv hervorrufen sowie ob und inwiefern ein solches Korrektiv *de lege lata* besteht bzw. im Kontext welchen Regelungsregimes das allfällige Korrektiv *de lege ferenda* einzugliedern ist.

Danken möchte ich meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Professor Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford) für die Möglichkeit zur Promotion und die ausnehmend gute Betreuung. Durch das hohe Maß an wissenschaftlicher Freiheit, die zahlreichen konstruktiven Anmerkungen und die stete Bereitschaft zum gedanklichen Austausch trug er ganz wesentlich zum Gelingen der Untersuchung bei. Zudem gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.) für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die damit verbundenen Mühen.

Derweil gebührt größter Dank meinen Eltern, Sabine und Uwe Kötzling. Sie haben mich bei jedem meiner Schritte – vom ersten bis zu diesem akademischen – unterstützt und mir bedingungslosen Rückhalt geschenkt. Euch sei diese Arbeit gewidmet. Nicht unerwähnt bleiben sollen auch meine Großeltern, die mich stets besonders bedacht haben.

Zum Gelingen der Arbeit haben darüber hinaus beigetragen – allen voran – meine Frau Katharina Schwarz, die wie keine andere vermag, meinen Blick auf das Wesentliche zu lenken und die sich viele Male durch das Manuskript gearbeitet hat, sowie Herr Hauke Löffler, dessen technischer Sachverstand allenthalben die rechtliche Argumentation befruchtet hat. Hervorheben möchte ich auch all jene guten Geister (und Jedis), die ich stets an meiner Seite wusste. Euch gilt mein herzlicher Dank.

Freiburg, im April 2017

Jesko Schwarz

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A. Einleitung	23
I. Problemstellung	24
II. Gang der Darstellung	26
1. Kartellrecht	27
2. Lauterkeitsrecht	28
3. Medienrecht	28
III. Betrachtungsgegenstand	29
1. Mobile Anwendungssoftware (»Apps«)	29
2. Marktzugang (»App Stores«)	31
a) Terminologie	32
b) Funktionsweise der App Stores	33
c) Vertriebskonzepte	33
(1) <i>Apple</i> und der »Apple App Store«	33
(2) <i>Google</i> und der Store »Google Play«	35
(3) <i>In App</i> -Käufe	36
3. Zusammenfassung	37
IV. Ziel der Untersuchung	37
B. Kartellrecht	39
I. Schutzgegenstand	40
II. Europäisches Recht	41
1. Handel zwischen den Mitgliedstaaten	42
a) Rechtliche Aufgliederung in nationale App Stores	42
b) <i>Telos</i> der Zwischenstaatlichkeitsklausel	43
c) Folgerungen für die Untersuchung	44
2. Sachlicher Anwendungsbereich (Normadressaten)	45
3. Tatbestand des Art. 102 AEUV	46
a) Beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes	46
(1) Marktabgrenzung	47
(a) Sachlich relevanter Markt	47
(i) Austauschbarkeit anhand des <i>SSNIP</i> -Tests	48

(aa)	Problematiken bei der Ergebnisermittlung	48
(bb)	Bedeutung für die vorliegende Untersuchung	50
(cc)	Theoretische Folgerungen aus der Vertriebspraxis	50
(dd)	Zwischenergebnis zur Austauschbarkeit anhand des <i>SSNIP</i> -Tests	52
(ii)	Austauschbarkeit anhand des Bedarfsmarktkonzeptes	53
(aa)	Nachfragesubstituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite	54
(bb)	Möglichkeit der Lizenzierung des Betriebssystems	55
(cc)	<i>Lock-in</i> -Effekt	56
(iii)	Zwischenergebnis	58
(b)	Räumlich relevanter Markt	58
(c)	Zeitlich relevanter Markt	59
(2)	Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes	60
(3)	Beherrschende Stellung	61
(a)	Durch mehrere Unternehmen	62
(i)	Kollektive Einheit als Kriterium	62
(ii)	Gemeinsamer Marktanteil	64
(aa)	Weltweiter Endkundenabsatz	64
(bb)	Weltweiter Umsatz	65
(cc)	Zusammenfassung	65
(iii)	Zwischenergebnis	66
(b)	Durch einzelne Unternehmen	66
(i)	Kriterien zur Bestimmung der Marktbeherrschung	67
(ii)	Beherrschende Stellung <i>in casu</i>	68
(aa)	<i>Google Play Store</i>	68
(bb)	<i>Apple App Store</i>	69
(4)	Zwischenergebnis	70
b)	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	70
(1)	Diskriminierungsverbot (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV)	71
(a)	Geschäftsverweigerung	72
(b)	Die <i>essential facilities</i> -Doktrin	73
(i)	Entwicklung	75
(aa)	US-amerikanisches Recht	75
(bb)	Rezeption im europäischen Recht	78
(ii)	Tatbestandliche Voraussetzungen	82

(aa)	Unentbehrlichkeit	84
(α)	App Stores	85
(β)	Betriebssysteme (OS)	86
(γ)	Möglicher Widerspruch zu Marktabgrenzungskriterien	88
(δ)	Zwischenergebnis	89
(bb)	Ausschalten jeglichen Wettbewerbs	89
(α)	App Stores und Apps	90
(β)	<i>Smart devices</i> und OS	92
(γ)	Zwischenergebnis	93
(cc)	Verhinderung eines neuen Produkts	94
(α)	Voraussetzungen des Neuheitskriteriums	94
(β)	Hypothetische Subsumtion im Falle von App Stores	95
(γ)	Zwischenergebnis	96
(dd)	Objektive Rechtfertigung	97
(ee)	Zwischenergebnis	97
(iii)	Folgerungen für App Stores	98
(iv)	Einordnung des Befunds	99
(2)	Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV)	100
(a)	Preissmissbrauch	100
(i)	Ergänzende Funktion der Preiskontrolle	101
(ii)	Erzwingung von Preisen	102
(iii)	Unangemessenheit der Preise	103
(iv)	Übertragung der Ergebnisse auf die Umsatzbeteiligung	106
(v)	Zwischenergebnis	107
(b)	Konditionenmissbrauch (sonstige Geschäftsbedingungen)	108
(i)	Anwendbares Recht aufgrund der Rechts- wahl-Klauseln	109
(ii)	Grundsätze der Prüfung	111
(iii)	»Üblichkeit« der Geschäftsbedingungen	113
(iv)	Die Rechtswahl-Klauseln im Übrigen	113
(v)	Sonstige betreiberseitige Klauseln	116
(vi)	Zwischenergebnis	119
(3)	Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV)	120
(a)	Ausschließlichkeitsbindungen	121
(i)	Bindungen bzgl. des eigentlichen Vertriebs	122

(ii)	Bindungen bzgl. der Zahlungsabwicklung	123
(b)	Zwischenergebnis	125
(4)	Kopplungsgeschäfte (Art. 102 S. 2 lit. d AEUV)	126
(a)	Bestimmung der relevanten Marktgegenseite	126
(i)	Inhalteanbieter als Marktgegenseite	127
(ii)	Endkunden als Marktgegenseite	128
(b)	Tatbestandlichkeit im Übrigen	128
(i)	Gekoppelte Leistungen	129
(ii)	Marktabstottungseffekt	129
(iii)	Rechtfertigung	130
(c)	Zwischenergebnis	131
c)	Ergebnis zum Missbrauch i.S.v. Art. 102 AEUV	132
4.	Tatbestand des Art. 101 AEUV	132
a)	Räumlicher Anwendungsbereich	133
b)	Vereinbarungen i.S.d. Art. 101 AEUV	133
(1)	Ausschließlichkeitsbindung der Inhalteanbieter an die App Store-Betreiber	133
(a)	Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	135
(b)	Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	137
(i)	Gruppenfreistellungsverordnung über Forschung und Entwicklung (GVO-FuE)	138
(ii)	Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen (GVO-TT)	138
(iii)	Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen (GVO-VV)	139
(c)	Kein entgegenstehender Marktanteil	141
(d)	»Schwarze Klausel«	143
(e)	Zwischenergebnis	143
(2)	Einheitliche Beteiligung der App Store-Betreiber an Umsätzen	143
(a)	Abgestimmte Verhaltensweise	144
(b)	Indizien für eine abgestimmte Verhaltensweise	147
(i)	Höhe der Provision	148
(aa)	Bestimmung des Vergleichsmarkts	149
(bb)	Weiter gefasster, sachlich-gegenständlicher Vergleichsmarkt	151
(ii)	Einheitlichkeit der Provision	153
(c)	Folgerung aus den Indizien und Zwischenergebnis	153
c)	Ergebnis zur Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 AEUV	154

5. Ergebnis zum europäischen Kartellrecht	155
III. Nationales Recht	156
1. Anwendungsbereich des GWB	157
2. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gem. § 1 GWB	158
3. Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen gem. §§ 18, 19 GWB	159
a) Marktbeherrschende Stellung i.S.v. § 18 GWB	159
(1) Relevanter sachlicher und räumlicher Markt	160
(2) Nachweis und Vermutung einer beherrschenden Stellung	160
(3) Widerlegung nach § 18 Abs. 7 GWB	162
(a) Innenverhältnis	162
(b) Außenverhältnis	163
(4) Zwischenergebnis	163
b) § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (Behinderung und Ungleichbehandlung)	163
(1) Behinderung	164
(2) Ungleiche Behandlung	165
(3) Unbilligkeit und fehlen sachlicher Rechtfertigungsgründe	166
(4) Einheitlichkeit des Schutzzumfangs und Zwischenergebnis	167
c) § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (Entgelte und sonstige Geschäftsbedingungen)	168
d) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (Zugangsverweigerung zu Infrastruktureinrichtungen)	170
(1) <i>Essential facilities</i> als Rechtsgedanke des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	170
(2) Tatbestandliche Voraussetzungen des Zugangsbegehrens	171
(3) Restringierter Anwendungsbereich	171
(4) Bestehen einer <i>Flaschenhals</i> -Situation	172
(5) Zwischenergebnis	174
e) § 19 Abs. 1 GWB (Generalklausel)	174
(1) Normative Kausalität des Verhaltens	175
(2) Missbräuchlichkeit des Verhaltens	175
f) § 20 GWB (Verbotenes Verhalten bei relativer oder überlegener Marktmacht)	176
(1) Adressatenkreis	177
(2) Norminhalt nach der <i>ratio legis</i>	178
4. Ergebnis zum nationalen Recht	179
IV. Zusammenfassung zum Kartellrecht	179

C. Lauterkeitsrecht	183
I. Schutzgegenstand	184
II. Tatbestandlichkeit der Verhaltensweisen der App Store-Betreiber	185
1. Geschäftliche Handlung	185
a) Verhalten einer Person	187
b) Zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens	187
c) Bei bzw. nach einem Geschäftsabschluss	188
d) Objektiver Zusammenhang	188
e) Zwischenergebnis	190
2. Unlauterkeit	190
a) Mitbewerberschutz gem. § 4 Nr. 4 UWG	191
(1) Mitbewerber	191
(a) Konkretisierung der Rechtsprechung	192
(b) Anwendung auf den Vertrieb durch die App Stores	193
(c) Abweichung des Mitbewerberbegriffs	194
(2) Gezielte Behinderung	194
(a) Tatbestandliche Konkretisierung der gezielten Behinderung	194
(b) Anwendung auf das wettbewerbliche Verhalten der App Store-Betreiber	195
(c) Allgemeine Marktbehinderung	197
(3) Zwischenergebnis	198
b) Aggressive geschäftliche Handlungen gem. § 4a Abs. 1 S. 1 UWG	198
(1) Schutz der Inhalteanbieter	199
(a) Der Begriff des Marktteilnehmers gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG	199
(b) Aggressive geschäftliche Handlungen	200
(i) Erhebliche Beeinträchtigung der Freiheit bzgl. geschäftlicher Entscheidung	200
(ii) Unzulässige Beeinflussung	202
(aa) Machtposition	203
(bb) Ausnutzung zur Ausübung von Druck	204
(cc) Wesentliche Einschränkung der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung	204
(c) Konvergenz mit dem Kartellrecht	205
(2) Schutz der Verbraucher	206
(a) Der Begriff des Verbrauchers	207
(b) Aggressive geschäftliche Handlung	207

(i)	Erhebliche Beeinträchtigung der Freiheit bzgl. einer geschäftlichen Entscheidung	208
(ii)	Nötigung	209
(aa)	Kriterium des § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG	209
(bb)	Hinderung an der Ausübung eines vertraglichen Rechts	210
(cc)	Hindernis nichtvertraglicher Art	210
(dd)	Belastung	211
(ee)	Unverhältnismäßigkeit	212
(iii)	Zwischenergebnis	214
(c)	Zwischenergebnis	215
c)	Rechtsbruch gem. § 3a UWG	215
d)	»Schwarze Liste« des § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. dem Anhang	216
e)	Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG	216
III.	Zusammenfassung zum Lauterkeitsrecht	217
D.	Medienrecht	219
I.	Telekommunikationsrecht	222
1.	Schutzgegenstand und Konkurrenzen	222
2.	Tatbestandlichkeit nach dem TKG	224
a)	Normadressaten der §§ 19, 21, 42 TKG	225
(1)	Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze	225
(2)	Anbieter von Telekommunikations- und telekommunikationsgestützten Diensten	227
b)	Normadressaten des § 50 TKG: Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen	228
c)	Zwischenergebnis	228
3.	Ergebnis zum Telekommunikationsrecht	228
II.	Telemedienrecht	229
1.	Schutzgegenstand	229
2.	Begriff der <i>Telemedien</i> und Normadressaten	230
a)	Positivkriterium	230
b)	Negativkriterien	231
c)	Normadressaten	232
(1)	Bereithalten eigener Telemedien zur Nutzung	232
(2)	Bereithalten fremder Telemedien zur Nutzung	233
(3)	Eigenständigkeit der Dienstleistung	234
d)	Zwischenergebnis	234
3.	Ansprüche aus dem TMG	234

4. Ergebnis zum Telemedienrecht	235
III. Rundfunkrecht	235
1. Schutzgegenstand und Konkurrenzen	238
2. <i>De lege lata</i>	239
a) Anwendbarkeit der §§ 50 ff. RStV und Normadressaten	239
b) Voraussetzungen des § 52 RStV	240
(1) Plattformen	240
(a) Rundfunk	241
(i) Positive Merkmale	241
(ii) Negative Merkmale	243
(b) Vergleichbare Telemedien	243
(i) Breitenwirkung	245
(ii) Aktualität	247
(iii) Suggestivkraft	247
(iv) Kriterien der <i>DLM</i>	248
(v) Zwischenergebnis	249
(c) Das Zusammenfassen und Zugänglichmachen eines Gesamtangebots	250
(i) Infrastrukturbezogenheit	251
(ii) Subsumtion der App Stores	252
(d) Keine ausschließliche Vermarktung	253
(2) Privilegierungen	256
(3) Exkurs: Vergleich mit <i>Hybrid-</i> bzw. <i>Smart-TVs</i>	257
(a) Bedürfnis nach einer Regulierung	257
(b) Tatbestandlichkeit als Problem	258
(c) Bezug zur Untersuchung	259
(4) Zwischenergebnis	260
c) Analoge Anwendung	260
(1) Planwidrige Regelungslücke	260
(2) Vergleichbare rechtliche Interessenlage	262
d) Zwischenergebnis	264
6. <i>De lege ferenda</i>	264
a) Regulierungsbedürftigkeit	264
(1) Verbreitungsweg für Inhalte	266
(2) Meinungsbildungsrelevanz	266
(a) Kanalisierung von Informationen	266
(b) Wahlmöglichkeit der Endnutzer	268
(c) Ausschließliche Vermarktung	269
(d) Fehlendes Gefahrenmoment	269
(e) Zwischenergebnis	270
(3) Beschränkter Zugang	270
(4) Zwischenergebnis	271

b) Regulierungsvorschlag	271
(1) Normativer Kontext	271
(2) Erweiterung des Adressatenkreises	272
(a) Vorschlag in der Literatur	272
(b) Eigener Vorschlag	273
(i) Bestimmung des Adressatenkreises	273
(ii) Qualifizierung des Adressatenkreises	274
(iii) Formulierungsvorschlag	274
4. Ergebnis zum Rundfunkrecht	275
IV. Zusammenfassung zum Medienrecht	276
E. Ergebnisse der Untersuchung	277
I. Erforderlichkeit eines Korrektivs	277
1. Europäisches Kartellrecht	277
2. Nationales Kartellrecht	279
3. Lauterkeitsrecht	279
4. Telekommunikationsrecht	280
5. Telemedienrecht	280
6. Rundfunkrecht	281
II. Bestehen eines Korrektivs	281
III. Herstellung des Korrektivs	282
Literaturverzeichnis	285
Weblinkverzeichnis	293

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
B2B	Business to Business
BB	Betriebsberater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung des BGH in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
bspw.	beispielsweise
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung des BVerfG
BVerwG	Amtliche Sammlung des BVerwG
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DLM	Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten
ECLR	European Competition Law Review
ECRL	E-Commerce-Richtlinie
EG	Europäische Gemeinschaft

Abkürzungsverzeichnis

EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgend (Singular)
ff.	folgend (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
grdsl.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht internationaler Teil
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GVO-FuE	Gruppenfreistellungsverordnung über Forschung und Entwicklung
GVO-TT	Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen
GVO-VV	Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.R.	in dem Rahmen
i.d.S.	in dem Sinn
i.H.v.	in Höhe von
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne der
i.S.e.	im Sinne eines/einer
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn

iDPLA	iOS Developer Programme License Agreement
insb.	insbesondere
K&R	Kommunikation und Recht
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDSStV	Staatsvertrag über Mediendienste
MMR	Multimedia und Recht
MP	Media Perspektiven
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OS	Operating System
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
S.	Seite
s.	siehe
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
soz.	sozusagen
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
Tz.	Teilzeichen
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Abkürzungsverzeichnis

v.	vom
Var.	Variante
Verb. Rs.	Verbundene Rechtsache
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZPS	Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung (Zugangs- und Plattformsatzung)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

A. Einleitung

»I've always wanted to own and control the primary technology in everything we do.«

Steve Jobs (BusinessWeek online, 10/12/2004)

Als Steve Jobs am 9. Januar 2007 das iPhone vorstellte, präsentierte er es als einen Vorreiter einer vollkommen neuen Kategorie mobiler Endgeräte, da es die Funktionen von Musikplayern, (Mobilfunk-)Telefonen und internetfähigen Geräten vereinte. Damit wurde ein großer Schritt getan in der Evolution von einfachen *Handys*, über *Featurephones*¹ genannte Mobilfunkgeräte zu den heutigen *Smartphones*.

Moderne *Smartphones* unterscheiden sich nicht zuletzt dadurch von ihren Vorläufern, dass ihre Funktionalität nicht durch die vom Hersteller des Endgeräts vorinstallierte Software beschränkt ist, sondern vielmehr durch die Installation sog. »Apps«² erheblich erweitert werden kann. Zunächst wurden diese Apps nur durch den Hersteller – *Apple* – selbst bereitgestellt. Doch herstellerseitig erkannte man bald das Potential, das in den geradezu unbeschränkten Möglichkeiten der Softwaretechnologie steckte: Mit der Eröffnung des »Apple App Store« am 6. März 2008 war es Dritten (d.h. unabhängigen App-Anbietern) erstmals möglich, Programme für das iPhone zu entwickeln und an die Endkunden zu verkaufen. Mit diesem Schritt wurde einem ganz neuen Wirtschaftszeig, der Entwicklung und Vermarktung von Apps, der Weg geebnet. Diese technische Entwicklung und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten wurden in der Folge auch von anderen Herstellern genutzt, die ebenfalls die technischen Voraussetzungen zur Installation von individuellen Anwendungsprogrammen auf von ihnen hergestellten Betriebssystemen und Geräten schufen.

-
- 1 Diese Geräte boten über die reine Nutzung der Mobilfunkfunktionalitäten zusätzliche Funktionen, wie bspw. Kalender, Taschenrechner oder Spiele. Diese waren vorinstalliert und konnten nicht vom Nutzer modifiziert oder gelöscht werden. Später wurde es möglich, Klingeltöne und Logos zu individualisieren.
 - 2 Zu der in der gesamten Untersuchung verwendeten einheitlichen Terminologie siehe unten S. 29 f.

Versuchten anfangs noch alle namhaften Hersteller eigene App Stores bei den Endnutzern zu etablieren,³ kristallisierte sich in den folgenden Jahren heraus, dass nur zwei Betreiber von App Stores – gemessen an den maßgeblichen Parametern Downloadzahlen⁴, verfügbare Apps⁵ und weltweitem Umsatz⁶ – fähig waren, sich auf dem Markt zu behaupten: *Apple* mit dem »Apple App Store« und *Google* mit dem Store »Google Play«. Der Markt für den Verkauf von Apps an Endkunden wird faktisch von diesen beiden Wettbewerbern bedient, sieht man von kleineren Marktanteilen des von *Microsoft* betriebenen »Windows Phone Store« ab.⁷

I. Problemstellung

Der Umsatz mit Apps beträgt weltweit inzwischen mehrere hundert Millionen Euro pro Jahr – im Jahr 2013 lag er allein in Deutschland bei 547 Millionen Euro⁸. Es ist also nicht von der Hand zu weisen, dass sich mit der Vermarktung mobiler Software große wirtschaftliche Möglichkeiten aufgetan haben, deren Bestand von wesentlicher Bedeutung für Wohl und Wehe ganzer Unternehmen ist. Daher ist die Frage zu stellen, ob beim Vorhandensein von nur zwei nennenswerten App Store-Betreibern, die *prima facie* gemeinsam wesentliche Marktanteile innehaben, diese in eine besondere Stellung gegenüber den (Inhalte-)Anbietern der Apps in (kartell- und medien-)rechtlicher Hinsicht gelangen. Denn durch die Beherrschung der App Stores als Vertriebsplattformen werden deren Betreiber womöglich zu einem *Torwächter* für die vor- und nachgelagerten Märkte,⁹

3 Darunter u.a. *Research in Motion (RIM)* mit »Blackberry World«, *Nokia* mit »Nokia Store« (davor »Ovi Store«), *Amazon* mit »Amazon Appstore« und *Microsoft* mit »Windows Phone Store« (davor »Windows Phone Marketplace«).

4 *Statisticbrain.com*, Anzahl der weltweit insgesamt heruntergeladenen Apps nach App Stores im Jahr 2013 (in Milliarden), [Weblink 1].

5 *Statista*, Anzahl der angebotenen Apps in den Top App-Stores im Jahr 2014, [Weblink 2].

6 *Statisticbrain.com*, Vergleich der weltweiten Umsätze der größten App Stores im Jahr 2013 (in Milliarden US-Dollar), [Weblink 3].

7 Dies leitet sich aus der Zusammenschau der in den Fn. 4, 5 und 6 genannten Statistiken ab.

8 *Bitkom*, Umsatz mit mobilen Apps in Deutschland im Jahr 2009 bis 2013 und Prognose für 2014 (in Millionen Euro), [Weblink 4].

9 *Koenig*, MMR 2013, 137.

da der Zugang zu diesen Märkten durch die Benutzeroberflächen der *smart devices* eröffnet wird. Der Zugang zu den Benutzeroberflächen wird seinerseits durch das auf den *smart devices* installierte Betriebssystem gewährt und limitiert.¹⁰ Das wiederum bedeutet, dass das Junktim aus Betriebssystem und App Store nicht nur über den Zugang der Endnutzer, sondern auch und gerade über den Zugang der Inhalteanbieter entscheidet. Selbst wenn eine Verweigerung des Zugangs für die Endnutzer höchstens in Ausnahmefällen ernstere Konsequenzen haben dürfte, kann der verweigerter Zugang zu dieser äußerst wirtschaftsstarke Branche für die Inhalteanbieter ggf. eine existenzbedrohende Diskriminierung und Geschäftsbehinderung¹¹ darstellen.

Doch es sind nicht nur wirtschaftliche Belange, die durch die Ablehnung, eine App in den App Store aufzunehmen, betroffen sind. Hinter der Entwicklung und Veröffentlichung einer App kann nämlich nicht nur ein wirtschaftliches, sondern auch und gerade gesellschaftliches Interesse stehen. Dies trifft zumindest auf all jene Apps zu, die nicht nur als bloßes Werkzeug zur Erledigung bestimmter Aufgaben dienen¹², sondern darüber hinaus kommunikative Inhalte vermitteln. Diese Inhalte können durch einzelne Personen (bspw. Künstler, freie Journalisten) oder die Endnutzer selbst (sog. *user generated content*) geschaffen oder als Inhalte verschiedener Quellen redaktionell zusammengestellt werden (bspw. Nachrichten). Ungeachtet der Autorenschaft haben diese Inhalte gemeinsam, dass sie zum gesellschaftlichen Diskurs anregen oder beitragen (sollen). Wird eine solche App nicht in den App Store aufgenommen, so weckt dieser Umstand Bedenken bzgl. der Gewährleistung der Meinungspluralität. Denn sofern der App Store eine merkliche Verbreitung unter den *smart devices* erfährt, besteht die Gefahr, dass einer nicht unbeträchtlichen Zahl an Endnutzern bestimmte Inhalte vorenthalten werden, bzw. dass die App Store-Betreiber darüber entscheiden, welche Inhalte (und damit Meinungen) verbreitungsfähig und -würdig sind. Bereits häufiger ist in der Vergangenheit die Situation aufgetreten, dass aufgrund der in den Apps enthaltenen

10 Paal, GRUR Beilage 2014, 69, 75.

11 Paal, GRUR Beilage 2014, 69, 75.

12 Damit sind über den Wortsinn hinaus solche Apps gemeint, deren Mehrwert für die Endnutzer zum überwiegenden Teil darin besteht, die von den *smart devices* (bzw. durch deren Sensoren) generierten, technischen Daten wahrnehmbar zu machen.

Inhalte die App Store-Betreiber die Aufnahme mit Verweis auf ihre Aufnahmekriterien abgelehnt haben.¹³

Es ist also zu fragen, auf welcher Grundlage und nach welchen Maßgaben sich das Verhältnis der App Store-Betreiber und der Inhalteanbieter wettbewerbs- und medienrechtlich gestaltet. Dabei wird besonders die Frage im Mittelpunkt stehen, ob den Betreibern der App Stores, *in concreto Apple* und *Google*, eine (nötigenfalls marktbeherrschende) Stellung zukommt, die sie zu Subjekten eines Kontrahierungszwangs mit Inhalteanbietern macht und somit ein Anspruch der Inhalteanbieter gegenüber den App Store-Betreibern auf Zulassung der Apps in die App Stores besteht.

II. Gang der Darstellung

Zur Untersuchung eines etwaigen Kontrahierungszwangs der App Store-Betreiber mit den Inhalteanbietern ist zu differenzieren zwischen den unterschiedlichen Zielsetzungen, die die Normierungen von Kontrahierungszwängen als wesentliche Einschränkung der Privatautonomie seitens des Gesetzgebers rechtfertigen.

In Betracht kommt zunächst der *Schutz des Wettbewerbs*, wie er vom Kartell- aber auch vom Lauterkeitsrecht¹⁴ verfolgt wird. Gerade im Lauterkeitsrecht treten aber weitere Zwecke mit dem *Schutz der Wettbewerber* und der *Verbraucher* hinzu. Dabei wäre es indes zu kurz gegriffen, nur das Verhalten der Beteiligten am Markt, also ausschließlich in wirtschaftlicher Hinsicht, zu beurteilen. Denn Apps stellen sich nicht unter allen Umständen als bloße Waren auf einem Markt und damit ausschließlich als Wirtschaftsgüter dar. Sie können vielmehr auch Inhalte vermitteln. Die Vermittlung von Inhalten an eine Vielzahl von Empfängern, nämlich die Endkunden, hat zusätzliche medienrechtliche Implikationen. Somit ist neben dem Schutz des Wettbewerbs als solchem, den Wettbewerbern und Verbrauchern ein drittes zu schützendes Rechtsgut zu identifizieren: Die *Meinungsppluralität*. Deshalb ist schließlich auch an einen Kontrahierungs-

13 Besonderes Interesse hat der Fall von *Mark Fiore* erfahren, der kurz bevor er seine Karikaturen-App veröffentlichen wollte, aber abgelehnt wurde, den Pulitzer-Preis gewann, [Weblink 5]. Zuletzt wurde die Problematik virulent bei einer App, die über die Zahl der Opfer durch Drohnenangriffe des amerikanischen Militärs informiert, [Weblink 6].

14 Zu den Schutzzwecken des Kartellrechts siehe S. 40; zu den Schutzzwecken des Lauterkeitsrechts siehe S. 184 ff.

zwang auf Grundlage des Rundfunk- und Telekommunikationsrechts zu denken.

1. Kartellrecht

Ein Kontrahierungszwang der App Store-Betreiber mit den Inhaltenanbietern könnte sich zunächst aus kartellrechtlicher Sicht ergeben. Dabei ist zu beobachten, dass die Problemstellung nicht bloß nationalstaatlicher Dimension ist, da sich dieselben Implikationen der Problematik für alle (europäischen) Rechtsordnungen gleichermaßen ergeben – und die Problemstellung damit im gesamten Gebiet der Europäischen Union besteht. Daher ist die Problemstellung zuvörderst mithilfe des europäischen Rechts zu beleuchten, das insoweit Anwendungsvorrang hat. Mit Blick auf den angesprochenen wirtschaftlichen Hebel, den die Betreiber der App Stores auf dem Markt ausüben können, wäre zum einen an eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV zu denken, die im Vertikalverhältnis zu den Inhaltenanbietern missbraucht wird oder wurde.

Wäre die marktbeherrschende Stellung zu bejahen, so kommen mehrere Verhaltensweisen der App Store-Betreiber in Betracht, die einen tatbestandlichen Missbrauch auf der Grundlage und am Maßstab des Art. 102 AEUV darstellen könnten: Es ist üblich, dass die Betriebssysteme, die auf den Endgeräten vorinstalliert sind, zusammen mit der Zugangssoftware zu den App Stores gebündelt werden. Hierin könnte eine unzulässige Kopplung liegen. Eine zweite potentielle Missbräuchlichkeit könnte in der (einheitlichen) Beteiligung der App Store-Betreiber an den Umsätzen liegen, die innerhalb der App Stores getätigt werden. Das wäre der Fall, wenn damit unangemessene Verkaufspreise i.S.d. Art. 102 lit. a) AEUV erzwungen würden. Schließlich ist auch an eine Missbräuchlichkeit zu denken, wenn die Betreiber der App Stores den Inhaltenanbietern bei vertraglicher Zugangsgewährung unangemessene Geschäftsbedingungen aufzwingen, so insbesondere, weil das Vertragsverhältnis (in der Regel) durch die AGB der Betreiber ausgestaltet wird, die somit den besonderen Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen müssen.

Zum anderen käme auch ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: So finden sich in den vertraglichen Vereinbarungen regelmäßig Ausschließlichkeitsbindungen der Inhaltenanbieter, d.h. derjenigen, die Apps veröffentlichen, an die Betreiber der jeweiligen App Stores. Hierdurch wird verhindert, dass die Apps zugleich auf konkurrierenden Plattformen vermarktet werden können, worin eine verbote-

A. Einleitung

ne Wettbewerbsbeschränkung liegen könnte. Schließlich ist – wie schon zuvor – auch i.R.d. Art. 101 AEUV ein Verstoß durch die einheitliche Beteiligung der App Stores an den generierten Umsätzen zu prüfen, da hierin eine verbotene abgestimmte Verhaltensweise liegen könnte.

Die schon auf Ebene des europäischen Kartellrechts relevanten Verhaltensweisen der App Store-Betreiber sind sodann auch auf Grundlage des nationalen Rechts in Gestalt der Regelungen des GWB zu bewerten. In Frage stehen hier dieselben Aspekte, die schon auf Ebene des europäischen Rechts einschlägige Relevanz entfaltet haben. Zur Prüfung steht damit, ob die App Store-Betreiber marktbeherrschende Unternehmen i.S.d. GWB darstellen, deren Verhaltensweisen nach §§ 18, 19 GWB verboten sind. Schließlich ist ein Verstoß gegen das allgemeine Missbrauchsverbot aus § 20 GWB zu prüfen.

2. Lauterkeitsrecht

Weiter wird der Blick auf das Lauterkeitsrecht zu richten sein, wobei die bereits aufgezeigten Beziehungen zwischen App Store-Betreibern und Inhabiteanbietern abermals zu prüfen sein werden, nunmehr unter dem Vorzeichen des (nationalen) Lauterkeitsrechts. Dabei könnten sich neue Aspekte durch den sich teilweise vom Kartellrecht unterscheidenden Schutzgegenstand des UWG ergeben.

Daher wird zunächst der Schutzgegenstand zu thematisieren sein, bevor die Eröffnung des Anwendungsbereichs durch das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG durch die Verhaltensweisen der App Store-Betreiber geprüft wird. In Betracht kommen auch hier die bereits i.R.d. Kartellrechts geprüften Verhaltensweisen. Hieran wird sich die Prüfung der Unlauterkeit anschließen, die am Maßstab des § 4 UWG und § 4a UWG sowie des § 3a UWG und der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG vollzogen wird.

3. Medienrecht

Eine etwaige Monopolstellung der App Store-Betreiber wirft indes nicht nur Probleme auf, die die Sicherung der wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten betreffen. Vielmehr muss, da die Apps die Schnittstelle zu den tatsächlichen Inhalten bilden, auch eine Betrachtung aus medienrechtlicher Warte stattfinden. Behalten sich nämlich die App Store-Betreiber ei-

ne nicht nur technische, sondern auch inhaltliche Prüfung der Apps vor Veröffentlichung vor, so gelangen sie in eine intermediäre Stellung, die Implikationen und Spannungslagen für die Medien- und Meinungspluralität erzeugt.

So ist etwa telekommunikationsrechtlich daran zu denken, ob eine Zugangsverpflichtung nicht durch eine Anwendung des § 21 TKG oder des § 13 TMG möglich ist, um das solchermaßen induzierte Spannungsverhältnis aufzulösen. Gleiches ist dann auch unter den Vorzeichen des Rundfunkrechts mit Blick auf die Artt. 50 ff. RStV zu fragen, ggf. in analoger Anwendung der Regelungen.

III. Betrachtungsgegenstand

Eine rechtliche Bewertung tatsächlicher Sachverhalte setzt voraus, dass Klarheit bzgl. der zugrundeliegenden technischen Funktionsweise und der Terminologie besteht. Daher soll nachstehend zunächst eine Vergewisserung erreicht werden über die rechtlichen Eigenschaften mobiler Anwendungssoftware, der Funktionsweise von App Stores sowie den Prozess, durch den die Software zum Angebot innerhalb der App Stores wird und sie schließlich an den Endkunden gelangt.

1. Mobile Anwendungssoftware (»Apps«)

Der Terminus »mobile Anwendungssoftware« ist eine Umschreibung für die mittlerweile nicht mehr nur im allgemeinen¹⁵, sondern auch im juristischen¹⁶ Sprachgebrauch vorzufindende Bezeichnung von »Apps«, also Softwareanwendungen für bestimmte (mobile) Endgeräte. Die Bezeichnung ist insofern unscharf, als dass sich aus dem Wortlaut nicht eindeutig

15 Das Genus ist nicht eindeutig, es wird sowohl das Femininum als auch das Neutrum verwendet, vgl. www.duden.de/rechtschreibung/App.

16 Der Begriff findet wie selbstverständlich Verwendung bspw. bei *Zöllner/Lehmann*, GRUR 2014, 431 ff.; *Kremer*, CR 2011, 769; in der Rechtsprechung *LG Frankfurt/M*, 2-24 O 246/12 = MMR 2013, 645; *LG Hamburg*, 327 O 104/13 = GRUR-RR 2014, 206.

ableiten lässt, welche Software hierunter fällt¹⁷ bzw. inwiefern eine Abgrenzung überhaupt vonnöten ist.

Denn grundsätzlich sind Apps nichts anderes als herkömmliche Software, wie sie auch auf stationären Desktop-Clients läuft.¹⁸ Der Begriff »App« leitet sich aus dem englischen *application* ab, das zu Deutsch *Anwendung* bedeutet. Die Kurzform »App« ist vornehmlich im Zusammenhang mit der Installation von Anwendungen auf *Smartphones* und *Tablets* gebräuchlich.¹⁹ Für die vorliegende Untersuchung relevant ist aber weder die fehlende technische Unterscheidbarkeit von Software untereinander, mithin der durch sie erfüllten technischen Funktionen sowie der der einschlägigen Installationszielmedien. Entscheidend ist vielmehr, dass der Vertrieb und die Installation zentral durch eine Vertriebsplattform erfolgt, nämlich die sog. App Stores. Apps sind daher Synonym für alle Anwendungen, die direkt von einer digitalen Vertriebsplattform auf *Smartphones*, *Tablets* oder *Wearables*²⁰ – zusammengefasst unter dem Begriff der sog. *smart devices* – installiert werden können.²¹

Eine Unterscheidung innerhalb der Kategorie »Software« muss allerdings zwischen derjenigen gemacht werden, die die Grundfunktionalität der Endgeräte herstellt, dem sog. *Betriebssystem* (auch *OS* für *operating system*)²² und derjenigen, die eine erweiterte Funktionalität bietet, also der Anwendungssoftware (App). Diese Apps sind software-technisch vom Be-

17 Gerade das Eingrenzungskriterium der »Mobilität« taugt nicht, da darunter bspw. auch Notebooks zu subsumieren sind, bei denen der Begriff der App für Anwendungssoftware aber nicht gebräuchlich ist; *Denker/Hartl/Denker* in *Solmecke/Taeger/Feldmann*, Kapitel 1, Rn. 14 treffen hier keine terminologische Unterscheidung bzgl. mobiler Endgeräte.

18 *Denker/Hartl/Denker* in *Solmecke/Taeger/Feldmann*, Kapitel 2, Rn. 1.

19 Entsprechende empirische Beobachtung zum Begriff der mobilen Anwendungssoftware bei *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 1157 ff.

20 Hierunter fallen Brillen und Uhren sowie andere technische Endgeräte, die direkt am Körper der Nutzer getragen und benutzt werden.

21 So auch *Denker/Hartl/Denker* in *Solmecke/Taeger/Feldmann*, Kapitel 1, Rn. 15; *Ewald* in *Ewald/Baumgartner*, Kapitel 1, Rn. 1.

22 Auf dem derzeitigen Markt für mobile Endgeräte sind zwei Betriebssysteme vorherrschend: *Googles Android* mit 76,6 % und *Apples iOS* mit 19,7 % Marktanteil weltweit (Vgl. *IDC*, Marktanteile der führenden Betriebssysteme am Absatz von Smartphones weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 4. Quartal 2014, [Weblink 7]. Während das Betriebssystem *iOS* nur auf *Apple*-eigenen Geräten betrieben werden kann, lizenziert *Google* sein Betriebssystem *Android* an unterschiedliche Hersteller von Endgeräten, was deutliche Auswirkungen auf den Marktanteil hat.