



Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Grünbuch Digitale Plattformen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

A. Einleitung

Die Digitalisierung hat tiefgreifende Veränderungen von Wirtschaftsprozessen angestoßen. In vielen Wirtschaftsbereichen trägt sie zu einer deutlichen Verbreiterung des Angebots, zur Entstehung neuartiger Produkte und Geschäftsmodelle und zu einer dynamischen Entwicklung von Märkten und Wettbewerb bei.

Wirtschaftspolitik, Wettbewerbspolitik und Verbraucherschutz werden damit vor neue Aufgaben gestellt. Vielfach wird Besorgnis über marktstarke oder marktmächtige Stellungen von Unternehmen auf digitalen Märkten oder über Datenerhebungen und -verarbeitungen geäußert. Große US-amerikanische Internetunternehmen wie Google, Facebook und Amazon sind in Deutschland und anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union stark präsent. An ihren Verhaltensweisen und Strategien im Wettbewerb entzündet sich eine intensive Diskussion über deren Zulässigkeit, Schädlichkeit oder Regulierungsbedürftigkeit. Das Bundeskartellamt begrüßt daher den durch das Grünbuch Digitale Plattformen angestoßenen Diskussionsprozess um einen neuen Ordnungsrahmen für digitale Märkte.

Das Bundeskartellamt teilt die im Grünbuch geäußerte Auffassung, dass es eine Vielzahl unterschiedlicher Geschäftsmodelle im Internet gibt, die jeweils unterschiedliche Probleme mit sich bringen können. Zwar existieren gewisse Gemeinsamkeiten und damit verbundene, übergreifende Fragestellungen, jedoch gibt es nicht „die“ Internetplattform, so dass eine sektorspezifische Regulierung schwerlich ein geeignetes Instrument sein dürfte. Ein Ordnungsrahmen für digitale Märkte muss vielmehr in der Lage sein, auf die Vielzahl dieser Geschäftsmodelle flexibel reagieren zu können. Das Bundeskartellamt begrüßt daher den differenzierten Ansatz des Grünbuchs, für konkrete Probleme jeweils sehr spezifische Lösungsansätze vorzuschlagen.

Mit Blick auf das Markt- und Wettbewerbsverhalten digitaler Plattformen hat sich das Kartellrecht in der Vergangenheit als flexibel erwiesen und ist bereits heute in der Lage, wettbewerbsbezogene Probleme digitaler Plattformen zu lösen. Die Besonderheiten digitaler Plattformen machen allerdings gewisse Anpassungen und Fortentwicklungen im Kartellrecht wünschenswert (dazu unter B.).

Weitere Aspekte digitaler Plattformen, die etwa den Datenschutz oder den allgemeinen Verbraucherschutz betreffen, lassen aber auch gewisse Anpassungen der rechtlichen Rahmenbedingungen jenseits des Kartellrechts wünschenswert erscheinen (dazu unter C.). Wichtig ist dabei aus wettbewerblicher Sicht, dass für alle Marktteilnehmer ein Level-Playing-Field sichergestellt wird, um Verzerrungen zu Lasten des Wettbewerbs und damit letztlich zu Lasten der Verbraucher zu vermeiden.

B. Kartellrecht

Digitale Märkte und Geschäftsmodelle unterscheiden sich in mehreren Dimensionen von vielen herkömmlichen Märkten und Geschäftsmodellen. Insbesondere sind viele Geschäftsmodelle im digitalen Bereich in Form so genannter Plattformen im ökonomischen Sinne organisiert, auf denen unterschiedliche Nutzergruppen zusammengebracht werden können (z. B. Käufer und Verkäufer auf einer Transaktionsplattform; Männer und Frauen auf einer Online-Dating-Plattform; Nutzer, die nach Informationen suchen, und Werbetreibende, die die Aufmerksamkeit von Nutzern suchen). Plattformen sind daher, anders als herkömmliche einseitige Märkte, dadurch gekennzeichnet, dass sie die direkte Interaktion zwischen zwei Nutzergruppen ermöglichen und dass zwischen den Nutzergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen.

Zudem sind digitale Dienste und Produkte sehr häufig von direkten Netzwerkeffekten gekennzeichnet, so dass sie den Charakter eines Netzwerkes annehmen. Direkte Netzwerkeffekte im engeren Sinne sind gegeben, wenn der Nutzen eines Produktes unmittelbar durch die Anzahl der Nutzer beeinflusst wird.

Darüber hinaus sind Daten oft ein elementarer Bestandteil der Geschäftsmodelle. Kunden- und Nutzerdaten, aber auch Daten Dritter sind eine wertvolle Informationsquelle für Unternehmen. Durch die Digitalisierung und vor allem das Internet erreichen die Möglichkeiten der Datengewinnung und Datennutzung eine neue Dimension. Viele digitale Produkte und Dienste beruhen überdies im Kern auf Daten. Die Möglichkeit, in der Internetwelt Daten systematisch

und in großem Umfang zu erheben, auszuwerten und Daten aus verschiedenen Quellen zusammenzuführen, ist jedoch ambivalent: Einerseits ermöglicht sie Anbietern, ihre Angebote permanent zu verbessern und so den Bedürfnissen von Kunden besser gerecht zu werden. Andererseits können aber der Zugang zu solchen Daten, die Teil oder Vorprodukt eines digitalen Produkts sind, die Möglichkeiten der Datenverarbeitung oder eine exklusive Herrschaft über bestimmte Daten eine Marktzutrittsschranke für Wettbewerber sein. Auch wenn Datenherrschaft allein kein Indiz für Marktmacht ist, kann sie in der Gesamtbetrachtung aller Umstände eine wichtige Rolle spielen.

Das Bundeskartellamt hält, wie das Grünbuch, das bestehende kartellrechtliche Instrumentarium für die wettbewerbliche Analyse und Beurteilung digitaler Plattformen und Netzwerke grundsätzlich für geeignet. Die grundlegenden Zusammenhänge und die Komplexität der Geschäftsmodelle und wirtschaftlichen Beziehungen sind vom Bundeskartellamt bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung bereits in zahlreichen Fällen berücksichtigt worden (BKartA, B9-66/10 - *HRS*; BKartA, B6-46/12 - *Amazon Marketplace*; BKartA, B9-121/13 - *Booking*; BKartA B6-39/15 - *Immowelt/Immonet*; BKartA, B6-57/15 - *Online-Dating-Plattformen*).

Aus Sicht des Bundeskartellamtes gibt es mit Blick auf digitale Plattformen und Netzwerke dennoch punktuell Anpassungsbedarf. Dieser wird von der derzeit geplanten 9. GWB-Novelle, auf die auch das Grünbuch verweist, adressiert.

Erstens sollte bei der Marktmachtprüfung den Besonderheiten digitaler Plattformen Rechnung getragen werden. Im Vordergrund der Prüfung müssen – auch im Hinblick auf die im Internet stark verbreiteten Geschäftsmodelle mit einer unentgeltlichen Marktseite – nicht notwendigerweise der Preiswettbewerb und damit ein möglicher Preiserhöhungsspielraum stehen. Der Innovationswettbewerb hat insbesondere im Internet neben dem Preiswettbewerb eine eigenständige und oft gewichtige Bedeutung. Trotz der Innovationsdynamik vieler digitaler Geschäftsmodelle ist auch bei digitalen Plattformen, wie bei herkömmlichen Märkten, für die Feststellung von Marktmacht weiterhin eine einzelfallbezogene Prüfung nötig.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes sollte, wie im Grünbuch angesprochen und im Entwurf der 9. GWB-Novelle vorgesehen, gesetzlich klargestellt werden, dass bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das eine Plattform oder ein Netzwerk betreibt, folgende Faktoren in besonderer Weise zu berücksichtigen sind:

- (a) direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
- (b) parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
- (c) Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,

- (d) der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und
- (e) innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Zweitens ist es für die ökonomische Analyse und die kartellrechtliche Beurteilung von digitalen Plattformen oft notwendig, auch die nicht-monetäre Nutzerseite zu berücksichtigen, um die Interdependenz der beiden Plattformseiten angemessen berücksichtigen zu können. Es besteht hier gesetzgeberischer Handlungsbedarf, da insbesondere nach bisheriger (nationaler) Rechtsprechung nicht-monetäre Nutzungsbeziehungen nicht generell als Markt angesehen worden sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2015, VI Kart 1/14 (V), *HRS*, Rz. 43).

Aus Sicht des Bundeskartellamtes wird diese Betrachtungsweise insbesondere den Besonderheiten der Internetökonomie nicht mehr gerecht. Um diese Rechtsunsicherheiten auszuräumen, ist, wie im Grünbuch vorgeschlagen und in der 9. GWB-Novelle vorgesehen, eine gesetzliche Klarstellung geboten.

Drittens zeigen Beispiele aus der digitalen Ökonomie, dass in manchen Fallkonstellationen innovative Start-ups, die ihre Produkte unentgeltlich anbieten oder noch geringe Umsätze erzielen, durch große, etablierte Unternehmen übernommen werden können, ohne dass eine Kontrolle durch die Kartellbehörden stattfindet. Grund dafür ist, dass die Fusionskontrolle bislang nur Zusammenschlüsse von Unternehmen erfasst, deren Umsätze einen bestimmten Schwellenwert überschreiten. Das ist bei Start-ups häufig noch nicht der Fall. Dennoch können ihre Geschäftsideen durch ihr hohes Marktpotenzial eine große wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber haben. In derartigen Konstellationen spricht die Disproportionalität zwischen fehlendem oder geringem Umsatz, der zunächst eine fehlende oder geringe Marktbedeutung vermuten lässt, und einem gleichwohl auffällig hohen Kaufpreis dafür, dass der Zusammenschluss aus Sicht des Erwerbers durchaus eine wettbewerbliche Relevanz besitzt. Solche Übernahmen können unter Umständen auch zu einer gesamtwirtschaftlich unerwünschten Marktbeherrschung führen.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes erscheint es daher geboten, wie im Grünbuch vorgeschlagen und in der 9. GWB-Novelle vorgesehen, die Fusionskontrolle auf Fälle auszuweiten, bei denen der Transaktionswert einer Übernahme (etwa der Kaufpreis) besonders hoch ist. Auf diese Weise können auch Fälle erfasst werden, bei denen ein beteiligtes Unternehmen keine oder nur geringe Umsätze generiert, bei denen jedoch zugleich das wettbewerbliche Potential eines Unternehmens und die Marktbedeutung des Zusammenschlusses besonders groß sind. Dabei sollte die Transaktionsschwelle so ausgestaltet sein, dass sie nur wirtschaftlich bedeutendere Fälle und Zielunternehmen mit erheblicher Inlandstätigkeit erfasst. Der nach dem völkerrechtlichen Auswirkungsgrundsatz nötige Bezug zwischen dem Zusammenschluss und der

Frage, ob dieser in Deutschland zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen kann, wird durch das Erfordernis einer erheblichen Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Zielunternehmens gewährleistet. Dabei muss die Inlandstätigkeit eine gewisse Mindestintensität erreichen.

C. Anpassung weiterer rechtlicher und institutioneller Rahmenbedingungen

1. Digitale Privatautonomie

Funktionierender Wettbewerb setzt auch in der digitalen Welt informierte und entscheidungsautonome Verbraucher voraus. Erst wenn Verbraucher aktiv am Markt teilnehmen, von ihren Auswahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Anbietern Gebrauch machen und ihre Ansprüche durchsetzen, kann sich hinreichender Wettbewerb entfalten. Verbraucher können aber nur dann bewusste Entscheidungen treffen, wenn sie über eine ausreichende Informationsgrundlage, etwa über Preise, Qualität oder über die Verarbeitung ihrer persönlichen Daten, verfügen. Das Bundeskartellamt unterstützt daher das Anliegen des Grünbuches, Informationsasymmetrien abzubauen und die Souveränität der Verbraucher über ihre Daten zu stärken.

a) Allgemeine Transparenz- und Informationspflichten

Verschiedene im Grünbuch vorgeschlagene Maßnahmen zielen auf eine höhere Transparenz für Verbraucher.

Aus wettbewerblicher Sicht ist *Transparenz zwischen Anbietern und Nachfragern* generell positiv zu bewerten. Verbraucher benötigen Informationen über die Produkte und Dienste der Anbieter, um eine informierte Kaufentscheidung treffen zu können. Sind Produktinformationen nur schwer verfügbar, müssen Verbraucher oft erhebliche Suchkosten (etwa in monetärer Form oder Zeit) aufwenden. Maßnahmen, die Transparenz zwischen Anbietern und Nachfragern fördern, können Suchkosten vermindern und somit wettbewerbsfördernd wirken. In welchem Maße Transparenzmaßnahmen Suchkosten der Verbraucher vermindern und wettbewerbsfördernd wirken, hängt allerdings davon ab, welche Informationen offengelegt werden und in welchem Umfang und in welcher Weise dies geschieht. Je komplexer die Informationen und je größer die Informationsmenge, desto geringer ist der wettbewerbsfördernde Effekt.

Maßnahmen zur Schaffung von Transparenz zwischen Anbietern und Nachfragern haben jedoch den Nebeneffekt, dass sie auch die *Transparenz zwischen den Anbietern* erhöhen. Je nach Art der Information, der Konzentration und der Charakteristika des Marktes kann dies

das Koordinationsrisiko steigern. Anbietern kann es so erleichtert werden, ihr wettbewerbliches Verhalten aufeinander einzustellen und sich – auch zu Lasten der Verbraucher – wettbewerblich aus dem Wege zu gehen. Transparenzregeln bezüglich geschäftssensibler Informationen sind deshalb wettbewerblich generell kritisch zu sehen.

Im Ergebnis hängt die Wirkung von Transparenzmaßnahmen demnach vom Detailgrad der veröffentlichten Informationen und von ihrer wettbewerblichen Relevanz ab. Grundsätzlich gilt: Je abstrakter die Information ist oder je eher sie den Wettbewerbern ohnehin bekannt ist, desto eher überwiegen die wettbewerblich positiven Wirkungen von Transparenzregeln zugunsten der Nachfrager.

aa) Transparenzregeln für Vergleichs- und Bewertungsportale

Im Hinblick auf Vergleichs- und Bewertungsportale schlägt das Grünbuch vor, Portale zu verpflichten, die dem von ihnen verwendeten Algorithmus zugrunde liegenden Wertungskriterien zu konkretisieren und in allgemeiner Form zu veröffentlichen. Dies soll es Verbrauchern ermöglichen, zu erkennen, ob eine Plattform tatsächlich der Information oder eher der Absatzförderung dient. Der Algorithmus selbst soll als Geschäftsgeheimnis besonderen Schutz genießen.

Zwar lässt sich aus der bisherigen Fallpraxis des Bundeskartellamtes nicht abschließend feststellen, ob eine gesetzliche Regelung zur Offenlegung von Wertungskriterien von Vergleichs- und Bewertungsportalen zwingend erforderlich ist. Aus Sicht des Bundeskartellamtes erscheint es aber, wie von Verbraucherschutzseite öfters gefordert, grundsätzlich wünschenswert, kenntlich zu machen, ob eine Plattform der Information oder primär der Absatzförderung dient. Auf diese Weise können Informationsasymmetrien zwischen Anbietern und Nachfragern vermindert werden. Allerdings dürfte eine Pflicht zur Kenntlichmachung verschiedene Schwierigkeiten mit sich bringen. So ist zunächst unklar, wie Vergleichs- und Bewertungsportale genau zu definieren sind und welche Geschäftsmodelle welcher Unternehmen unter entsprechende Transparenzregeln fallen sollen. Wie im Grünbuch angedeutet, sind Informations- und Absatzförderungsfunktion oft miteinander verwoben. Auch reine Verkaufsplattformen werden von Kunden mitunter zum Vergleich oder zur Bewertung von Produkten genutzt. In der Praxis dürfte daher schwer zu bestimmen sein, ob eine entsprechende Pflicht für eine Plattform gilt oder nicht.

Darüber hinaus gibt es durchaus auch heute schon selbstverpflichtende Initiativen zur Offenlegung, wie Plattformen Inhalte gewichten. Allerdings ist häufig unklar, welche Wertungskriterien herangezogen können, um dem Verbraucher einen Rückschluss darauf zu ermöglichen,

ob eine Plattform der Information oder der Absatzförderung dient. Die bloße Veröffentlichung einer großen Zahl unterschiedlicher Kriterien bringt dem Verbraucher zumeist keinen zusätzlichen Nutzen. Nicht zuletzt kann eine Offenlegung von Wertungskriterien einer Plattform auch negative wettbewerbliche Wirkung haben. Wertungskriterien etwa auf Suchmaschinen werden regelmäßig und in engen zeitlichen Abständen angepasst, um relevante Treffer zu erzielen. Sie stellen einen wesentlichen Wettbewerbsparameter eines Suchmaschinenbetreibers dar. Eine Pflicht zur Veröffentlichung droht die damit einhergehende Wettbewerbsdynamik zu vermindern. Auf solche potentiell negativen Wirkungen von Transparenzregeln sollte bei der Entwicklung konkreter gesetzlicher Vorgaben Rücksicht genommen werden.

bb) Transparenzregeln zu personalisierter Preisdifferenzierung

Im Hinblick auf Plattformen, die personalisierte Preise setzen, schlägt das Grünbuch vor, dass diese Praktik und die Preisbildungskriterien offenzulegen sind.

Wirkung von Preisdifferenzierung

Grundsätzlich ist die Möglichkeit von Unternehmen, differenzierte Preise zu setzen, ein wesentliches Wettbewerbselement. Preisdifferenzierung kann positive Wohlfahrtseffekte haben. Käufer mit einer geringen Zahlungsbereitschaft, die ein Produkt bei einem einheitlichen oder kaum differenzierten Preis nicht gekauft hätten, können bei differenzierten Preisen ein Produkt ggf. doch kaufen.

Allerdings kann ein übermäßig hoher Grad an Preisdifferenzierung auch negative Wirkungen mit sich bringen. Mit dem Grad an Preisdifferenzierung steigen oft die Informationsasymmetrie zwischen Anbietern und Nachfragern und damit die Suchkosten für Verbraucher. Je stärker Preise von Verbraucher zu Verbraucher variieren, desto schwerer wird es für Verbraucher, Preise zu vergleichen. Sie können aus den Preisen, die andere Verbraucher zahlen, nur noch geringe – oder im Falle personalisierter Preise keine – Rückschlüsse auf den Preis ziehen, den sie selbst für ein Produkt zahlen. Anders als in preistransparenten Märkten profitieren Verbraucher mit geringer Suchaktivität nicht von einer hohen Suchaktivität anderer Verbraucher. Um diese Informationsasymmetrien abzubauen, müssen viele Verbraucher Suchkosten aufwenden, die umso höher sind, je stärker die Preise variieren.

Darüber hinaus zeigt jüngere ökonomische Forschung, dass Preisdifferenzierung im Fall eingeschränkt rational handelnder Verbraucher zu einem Absinken der Gesamtwohlfahrt führen kann, wenn sie auf den eher „naiven“ Verbraucher abzielt und diesem im Wege hoher Preise schadet, während andere, stärker rational handelnde Verbraucher wenig oder gar nicht von ihr profitieren.

Aus kartellrechtlicher Sicht gibt es Einschränkungen der Möglichkeiten der Preisdifferenzierung für marktbeherrschende Unternehmen. Ein Missbrauch kann etwa vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem beherrschten Markt Kunden durch Preisspaltung diskriminiert (BGH, 7.12.2010, KZR 5/10 – *Entega II*). Allerdings dürfen auch marktbeherrschende Unternehmen unterschiedlichen Kundengruppen unterschiedliche Preise abverlangen, sofern dies sachlich gerechtfertigt ist. Als sachliche Rechtfertigungsgründe sieht die Rechtsprechung etwa an, dass Kunden in unterschiedlichen regionalen Märkten leben oder ein niedrigerer Preis zur Gewinnung von Neukunden gesetzt wird.

Transparenzregeln für Preissetzungskriterien

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist der Wunsch, Verbraucher darüber zu informieren, ob und wie ein Anbieter personalisierte Preise setzt, daher nachvollziehbar. Eine gesetzliche Regelung zur Offenlegung der Preispolitik – auch in abstrakter Form – und der Preissetzungskriterien kann jedoch wettbewerbliche Risiken und Implementierungsschwierigkeiten aufwerfen.

Erstens lässt sich die Praxis personalisierter Preise nicht trennen von der Praxis personalisierter Rabatte. Die Offenlegung der Preispolitik müsste sich daher, um effektiv zu sein, auch auf Rabatte erstrecken. Rabatte können jedoch nicht nur monetär, d. h. in Form von Preisnachlässen, sondern auch nicht monetär gewährt werden – beispielsweise in Form von Sonderkonditionen, Zahlungsaufschüben, Sonderkündigungs- oder Rückgaberechten, einem größeren Leistungsspektrum oder Endgerätesubventionen. Informationen über derartige Rabattformen und die Kriterien, nach denen solche Vergünstigungen gewährt werden, berühren jedoch den Bereich der wettbewerblich besonders zu schützenden Preissetzungsfreiheit von Unternehmen. Eine Pflicht zur Offenlegung solcher Information kann dazu führen, dass Wettbewerber ihre eigene Preispolitik an der Preispolitik ihrer Wettbewerber ausrichten können und ein gleichförmiges Preisverhalten bei tendenziell hohem Preisniveau im Markt entsteht, oder dass Anbieter auf solche Rabattgewährungen von vornherein verzichten.

Zweitens erscheint es naheliegend, dass die Offenlegung von Preissetzungskriterien kaum Informationsasymmetrien abbaut. Die Preissetzungsmechanismen im Onlinehandel sind komplex. Unternehmen berücksichtigen nicht selten hunderte einzelner Faktoren jeweils mit unterschiedlichem Gewicht bei der Bestimmung des Preises. Im Falle der Offenlegung wären Verbraucher daher mit einer Fülle von Faktoren konfrontiert, deren Bedeutung sie in der Praxis kaum ermessen können. Überdies können Unternehmen auch bewusst Intransparenz über ihre Preissetzungsmechanismen schaffen, indem sie Faktoren aufnehmen, die nur marginalen Einfluss auf den Preis haben. In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass das Ziel, eine höhere Transparenz auf Verbraucherseite zu erzielen, nicht erreicht oder gar unterlaufen wird.

Drittens dürfte eine Offenlegungspflicht von individualisierter Preissetzung in der Praxis nur schwer umsetzbar sein. In der Regel lässt sich keine klare Grenze ziehen zwischen Formen der Preisdifferenzierung, über deren Anwendung keine Informationspflicht besteht, und Formen der individualisierten Preissetzung, über die ein Unternehmen informieren muss. Individualisierte Preissetzung ist keine binäre Strategie in dem Sinne, dass sie entweder angewendet wird oder nicht. Vielmehr handelt es sich bei individueller Preissetzung um eine graduelle Strategie, nach der Preise mehr oder weniger stark individualisiert sind. Individualisierte Preissetzung in Onlineshops erfolgt auf die gleiche Weise wie andere Formen der Preisdifferenzierung auch: Auf Basis von Daten versucht ein Onlineshop-Betreiber, eine Einschätzung über die Zahlungsbereitschaft eines Kunden zu erhalten. Hierzu wird der Kunde anhand verschiedener, im Einzelfall sehr ausgefeilter, Kriterien typisiert. Anschließend wird ihm ein zu dieser Typisierung passend erscheinender Preis angeboten. Je genauer die Typisierung, desto stärker personalisiert ist der Preis. Dabei dürfte es in der Praxis kaum möglich sein zu definieren, ab welchem Grad der Individualisierung eine Pflicht zur Offenlegung der Preissetzungskriterien einschlägig sein soll und anhand welcher Kriterien ein solcher Grad bestimmt werden soll. Aus Sicht des Bundeskartellamtes bestehen daher Zweifel, ob eine solche Regelung – sofern sie nicht jegliche Formen von Preisdifferenzierung umfassen soll – praxisgerecht umgesetzt werden kann.

Zusammenfassend besteht das Risiko, dass sich die Offenlegung von Preissetzungsstrategien und Preissetzungskriterien wettbewerbshemmend auswirkt. Überdies können Transparenzpflichten unter Umständen schwer zu implementieren sein. Beides kann dazu führen, dass die beabsichtigte positive Wirkung von Transparenzpflichten beeinträchtigt oder nicht erreicht wird.

b) Kontrolle der Nutzer über personenbezogene Information: Datensouveränität

Das Bundeskartellamt unterstützt das Anliegen des Grünbuchs, die Kontrolle der Verbraucher über ihre Daten zu stärken. Grundsätzlich kann eine stärkere Datensouveränität den Wettbewerb zwischen digitalen Plattformen stärken und dort, wo marktmächtige Unternehmen tätig sind, datenbezogenen missbräuchlichen Verhaltensweisen vorbeugen. Einige Maßnahmen zur Stärkung der Datensouveränität sind bereits auf europäischer Ebene in der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) angelegt worden, darunter beispielsweise Privacy-by-Default- oder Privacy-by-Design-Ansätze.

Wie sich die einzelnen Maßnahmen zur Stärkung der Datensouveränität auf den Wettbewerb auswirken, wird letztlich jedoch von ihrer konkreten Ausgestaltung abhängen. Als Beispiel sei die im Grünbuch genannte erleichterte Datenportabilität genannt. Sie ist als Recht auf Datenübertragbarkeit bereits in der DS-GVO verankert. Die vereinfachte Übertragung von Inhaltsdaten von einem auf den anderen Anbieter senkt die Wechselkosten für Verbraucher und kann (je nach Art des Dienstes, dem Vorliegen von Netzwerkeffekten etc.) auch zu einer Verringerung der „Lock-in“-Effekte beitragen. Den Nutzern wird folglich ein Anbieterwechsel oder eine parallele Nutzung mehrerer Plattformen oder Netzwerke mit ähnlichem Angebot („Multi-Homing“) erleichtert, so dass der Wettbewerb zwischen digitalen Plattformen gestärkt und Marktzutrittschranken abgebaut werden können. Auch der Verhaltensspielraum marktmächtiger oder marktstarker Anbieter kann durch drohende Abwanderungen von Nutzern begrenzt werden. Allerdings wird sich in der Praxis zeigen müssen, inwieweit das Recht auf Datenportabilität praktisch umgesetzt werden kann. Dabei können technische Standards oder Schnittstellen, die u. U. für eine Datenportabilität notwendig sind, die Entwicklung innovativer Geschäftsmodelle einschränken und Marktzutrittschranken aufbauen, wenn ihre Implementierung mit hohen Kosten verbunden ist. Auch ist der Nutzen von Datenportabilität begrenzt, wenn der Wert des Internet-Dienstes gerade in der Interaktion des Nutzers mit anderen Nutzern besteht, wie dies bei „Social-Media“-Plattformen der Fall ist. Da das Recht auf Datenportabilität nur die eigenen Nutzerdaten umfasst, die Nutzerdaten jedoch erst durch die Kombination mit korrespondierenden Antworten/Reaktionen anderer Nutzer (z. B. Chats, Kommentare, Likes) wertvoll sind, kann ein Nutzer trotz Datenportabilität aufgrund direkter Netzwerkeffekte bei einem Dienst „gefangen“ sein („Lock-in“).

Ähnliche ambivalente Auswirkungen auf den Wettbewerb können auch die im Grünbuch angesprochenen Regelungen zu einem ausdifferenzierten Identity Management oder Selbst- und Koregulierungsansätze haben. Selbst- und Koregulierungssysteme können gerade im sehr dynamischen Umfeld der digitalen Wirtschaft eine Alternative zu staatlicher Regulierung darstellen. Werden solche Systeme implementiert, ist es wichtig, dass diese kartellrechts- und wettbewerbsrechtskonform ausgestaltet werden.

Für einen effektiven Datenschutz wird es weiterhin auch Regelungen zur Erhebung und Verarbeitung von Daten bedürfen. Auch diese Regelungen können im Wettbewerb grundsätzlich unterschiedliche Wirkungen haben. Auf der einen Seite können strenge Datenschutzregelungen wettbewerbshemmend sein. So verteuern beispielsweise komplexe Datenschutzanforderungen an Unternehmen in der Regel den Marktzutritt. Daraus entstehende Marktzutrittschranken können insoweit die Wettbewerbsintensität mindern. Ebenso besteht die Gefahr,

dass strenge Datenschutzregelungen die Möglichkeiten für neue Geschäftsmodelle einengen und damit Innovationen hemmen.

Auf der anderen Seite könnten durch Datenschutzregelungen aber gerade auch Marktzutritts-schranken abgebaut werden. Sind Daten Teil oder Vorprodukt eines Plattformangebots, und wirken auf diesem Markt wechselseitige indirekte Netzwerkeffekte, kann eine exklusive Herrschaft über Daten neuen Wettbewerbern den Markteintritt erschweren. Strengere Datenschutzregelungen könnten dann bei etablierten Anbietern die Erzielung von Netzwerkeffekten beschränken und so neuen Anbietern den Markteintritt erleichtern.

Letztlich ist die konkrete Ausgestaltung des Datenschutzrechts eine politische Abwägungs-Entscheidung, bei der auch nicht-wettbewerblichen Aspekten ein maßgebliches Gewicht zukommen kann. Dabei können bestimmte datenschutzrechtliche Vorgaben den Besonderheiten digitaler Plattformen anzupassen sein. Wichtig aus wettbewerblicher Sicht ist eine konsequente Durchsetzung des Datenschutzrechts gegenüber allen Teilnehmern, um ein Level-Playing-Field und damit einen fairen Wettbewerb zwischen Anbietern zu schaffen. Vor diesem Hintergrund ist das in der DS-GVO verankerte Marktortprinzip ein richtiger Schritt.

Wie im Grünbuch dargestellt, können datenschutzrechtliche Fragestellungen unter Umständen auch kartellrechtsrelevant sein. Zwar ist der Datenschutz keine originäre Aufgabe des Kartellrechts (EuGH, Urteil vom 23.11.2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*; KOM, Entscheidung vom 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/Whatsapp*). Allerdings kann das Kartellrecht auf Verstöße gegen datenschutzrechtliche bzw. AGB-rechtliche Vorschriften anwendbar sein, wenn der Verstoß einen sogenannten Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzern darstellt (BGH, Urteil vom 6.11.2013, KZR 58/11, *VBL-Gegenwert*). Im März 2016 hat das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen die Facebook Inc., USA, die irische Tochter des Unternehmens sowie die Facebook Germany GmbH, Hamburg, eingeleitet. Das Bundeskartellamt geht dem Verdacht nach, dass Facebook durch die Ausgestaltung seiner Vertragsbestimmungen zur Verwendung von Nutzerdaten seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht. Es besteht der Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen. Es wird unter anderem überprüft, welcher Zusammenhang zwischen der möglichen marktbeherrschenden Position des Unternehmens und der Verwendung derartiger Klauseln besteht.

c) Besondere Regelungsbedürfnisse bei Suchmaschinen?

Das Grünbuch hält das Wettbewerbsrecht grundsätzlich für geeignet, Antworten auf mit Blick auf die Marktstellung von Suchmaschinen aufgeworfene Fragen zu geben.

Das Bundeskartellamt stimmt der im Grünbuch geäußerten Auffassung zu, dass das Instrumentarium des nationalen und europäischen Kartellrechts grundsätzlich ausreichend ist, um den Wettbewerb von Plattformbetreibern und Suchmaschinenbetreibern sicherzustellen. Dies spiegelt sich wider in der kartellbehördlichen Fallpraxis. So hat das Bundeskartellamt beispielsweise kartellrechtliche Verfahren gegen die Hotelbuchungsplattformen HRS und Booking geführt und ihnen die Verwendung so genannter Bestpreisklauseln untersagt (BKartA, B9-66/10 - *HRS*; BKartA, B9-121/13 - *Booking*). Neben den umfangreichen Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission gegen Google hat auch das Bundeskartellamt Missbrauchsvorwürfe gegen Google geprüft. So ist es einer Beschwerde der Verwertungsgesellschaft VG Media nachgegangen, die von Google verlangte, ein Entgelt für die Nutzung kurzer Textausschnitte im Suchdienst Google News zu erhalten. Google war nicht bereit, hierfür ein Entgelt zu zahlen und hat stattdessen auf die Nutzung der Textausschnitte in ihrem Suchdienst verzichtet. Nach Prüfung des Sachverhalts hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass der Verdacht eines missbräuchlichen Verhaltens nicht vorliegt. Das hier geprüfte Verhalten Googles ist aus der Sicht des Bundeskartellamtes mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht missbräuchlich und sachlich gerechtfertigt, denn auch ein Marktbeherrscher ist grundsätzlich nicht verpflichtet, bestimmte Produkte oder Rechte für seine Dienstleistung einzukaufen. Ein ungerechtfertigter Eingriff in die Ergebnisliste von Suchanfragen war nicht erkennbar (BKartA, B6-126/14 - *Google/VG Media*).

Im Bereich des europäischen Kartellrechts führt die Europäische Kommission derzeit Verfahren gegen Google. Sie erhebt den Vorwurf, dass Google seine marktbeherrschende Stellung im Bereich der Suchdienste (Bevorzugung Google-eigener Dienste auf den Googles Suchergebnisseiten), der Onlinewerbung-Aktivitäten (Ausschließlichkeitsverpflichtungen, die Werbepartner daran hindern, bestimmte Arten konkurrierender Werbung auf ihren Internetseiten zu schalten) sowie des Android-Betriebssystems (exklusive Vorinstallation von Google-Apps auf Endgeräten; Beschränkung von Geräteherstellern, Android-Versionen weiterzuentwickeln; Kopplung oder Bündelung von bestimmten Google-Diensten auf Android-Endgeräten) missbraucht habe.

Auch wenn die Google-Verfahren der Europäischen Kommission bereits seit einigen Jahren anhängig sind, zeigen die Fallbeispiele, dass das Kartellrecht geeignet ist, die wettbewerblichen Probleme digitaler Plattformen und insbesondere von Suchmaschinen zu adressieren

und abzustellen. Die komplexen, sehr spezifischen und ermittlungsintensiven Sachverhalte verdeutlichen ferner, wie schwierig eine allgemeine Marktregulierung von digitalen Plattformen und Suchmaschinen nach dem Vorbild einer sektorspezifischen Marktregulierung in anderen Bereichen wäre.

2. Level-Playing-Field zwischen TK-Diensten und OTTs

Das Bundeskartellamt unterstützt das Anliegen des Grünbuchs, dass der telekommunikationsrechtliche Regulierungsrahmen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und Over-the-Top-Diensten (OTT-Diensten) führen darf.

Die Frage eines Level-Playing-Fields stellt sich immer dann, wenn OTT-Dienste in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu Telekommunikationsdiensten stehen. Die im Grünbuch dargestellte Unterscheidung zwischen Substitut-OTT und Komplementär-OTT ist daher ein hilfreicher Ausgangspunkt für Überlegungen zum Anpassungsbedarf des Regulierungsrahmens. Auch bei Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses gilt aber, dass nicht pauschal das gesamte telekommunikationsrechtliche Regulierungsregime auf die im Wettbewerb stehenden OTT-Dienste übertragen werden kann. Es ist dem Grünbuch daher darin zuzustimmen, dass genau analysiert werden muss, welche Regelungen zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Das Grünbuch unterscheidet insoweit zwischen der Marktregulierung und den sonstigen Regulierungsvorschriften des TKG. Diese Unterscheidung ist auch aus Sicht des Bundeskartellamtes sinnvoll.

Die wettbewerbsbezogene Marktregulierung (Zugangs- und Entgeltregulierung) bezieht sich aufgrund hoher Duplizierungskosten und Netzwerkeffekte nahezu ausschließlich auf Infrastrukturbetreiber. OTT-Dienste kommen als reine Diensteanbieter als Adressaten dieser Regulierung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung nicht in Betracht. Sie können aber eine Rolle spielen, wenn es um die Frage geht, ob bzw. wie intensiv Telekommunikationsunternehmen reguliert werden müssen. Bereits heute kann die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Marktanalysen OTT-Dienste berücksichtigen, wenn diese die Wettbewerbsintensität eines (Endkunden-)Marktes erhöhen und dies Rückwirkungen auf den Markt hat, der Gegenstand der Marktanalyse ist. Inwieweit dies der Fall ist und die Regulierungsbedürftigkeit von Telekommunikationsunternehmen reduziert, ist im Einzelfall für jeden regulierten Markt zu entscheiden. Das Bundeskartellamt wird diese Fragen im Rahmen seiner Einvernehmens- und Stellungnahme-rechte begleiten. Ein gesetzgeberischer Änderungsbedarf besteht aus Sicht des Bundeskartellamtes insoweit nicht.

Anders sieht es bei der sonstigen sektorspezifischen Regulierung aus. Diese Regelungen knüpfen nicht an das Kriterium der Marktbeherrschung an und dienen primär ganz anderen Regelungszwecken als der Herstellung von Wettbewerb. Sie können zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, indem sie die wettbewerblichen Spielräume der Telekommunikationsdienste beschränken bzw. ihnen einseitig kostenintensive regulatorische Verpflichtungen auferlegen. Da die Regelungszwecke dieser Vorschriften sehr unterschiedlich sind, erscheint es sachgerecht – wie im Grünbuch vorgeschlagen – eine einzelregelungsbezogene Betrachtung vorzunehmen. Hierfür wäre es hilfreich, wenn im Einzelnen evaluiert würde, ob und in welchem Ausmaß die einzelnen Vorschriften zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

Eine pauschale Anwendung aller sonstigen Regulierungsvorschriften auf Substitut-OTT-Dienste durch eine Änderung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ nach § 3 Nr. 24 TKG erscheint dagegen nicht zielführend. Denn nicht alle Vorschriften, die für Telekommunikationsdienste gelten, können sinnvoll auf OTT-Dienste angewendet werden. Würde man allein die Begriffsdefinition anpassen, würden daher neue Rechtsunsicherheiten geschaffen. Wichtig ist aus wettbewerblicher Sicht aber, dass sowohl für klassische Telekommunikationsdienste als auch für OTT-Dienste ein verlässlicher Rechtsrahmen geschaffen wird. Vor dem Hintergrund des Urteils des VG Köln im Gmail-Verfahren (VG Köln, Urteil vom 11.11.2015, 21 K 450/15, *Gmail*) könnte insoweit eine Klarstellung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ nach § 3 Nr. 24 TKG überlegenswert sein. Selbst dann bliebe aber aus Sicht des Bundeskartellamtes bei der Anpassung des Regelungsrahmens eine einzelfallbezogene Herangehensweise geboten.

Eine Anpassung des Regelungsrahmens ist grundsätzlich in beide Richtungen denkbar: eine Lockerung der Regulierung oder ihre Ausweitung auf OTT-Dienste. Aus wettbewerblicher Sicht ist wichtig, dass – wo notwendig – überhaupt ein Level-Playing-Field hergestellt wird. Zur Vermeidung einer überschießenden Regulierung ist es aber aus wettbewerblicher Sicht auch sinnvoll, stets zu fragen, ob die entsprechenden Regulierungsvorschriften noch notwendig sind oder abgeschafft werden können. Entscheidend bei der Angleichung des Regelungsrahmens wird letztlich die Ratio der betreffenden Einzelvorschriften sein (z. B. Aspekte der öffentlichen Sicherheit bei der Vorratsdatenspeicherung).

Das Grünbuch wirft die Frage auf, ob eine Anpassung des Regelungsrahmens durch eine Einbeziehung von OTT-Diensten in den Anwendungsbereich des TKG vorzugswürdig ist oder besser außerhalb des TKG neue materielle Regelungen für (alle) OTT-Plattformen geschaffen werden sollen, etwa im Rahmen eines Digitalgesetzbuches. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes ist eine pauschale Aussage auf der Basis des derzeitigen Diskussionsstands schwierig.

Es ist davon auszugehen, dass nicht alle Regelungen, die auf Substitut-OTT übertragen werden können, auch sinnvoll und notwendig auf Komplementär-OTT anwendbar sind. Die im Grünbuch aufgeworfene Frage lässt sich erst beantworten, wenn nach einer einzelregelungsbezogenen Betrachtung feststeht, welche Vorschriften auf (welche Art von) OTT-Dienste ausgedehnt werden sollen.

3. Breitbandausbau

Das Grünbuch spricht sich für eine stärker investitions- und innovationsfreundliche Ausgestaltung des Rechtsrahmens und der Regulierungspraxis aus.

Das Bundeskartellamt begrüßt eine investitions- und innovationsfreundliche Regulierung. Teilweise entsteht in der Diskussion allerdings der Eindruck, eine solche Ausrichtung der Regulierung würde erfordern, dass das Wettbewerbsziel der Regulierung in den Hintergrund rücken müsste. Das ist aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht nachvollziehbar. Schließlich zeigt die Erfahrung, dass Wettbewerb der beste Treiber für Innovationen und Investitionen ist. Auch bei der digitalen Infrastruktur ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es bei einer entsprechenden Nachfrage zu einem marktgetriebenen Ausbau kommt. In Gebieten, in denen z. B. aufgrund der dünnen Besiedelung ein wirtschaftlicher Ausbau nicht möglich ist, wird ohnehin auf staatliche Subventionierung zurückgegriffen werden müssen.

Nicht weiterführend erscheint eine pauschale Lockerung der Regulierung, die dem Incumbent höhere Erlöse verschaffen soll. Denn es ist nicht zu erwarten, dass der Incumbent hierdurch erwirtschaftete Zusatzerlöse in Gebieten investiert, in denen sich ein Netzausbau eigentlich nicht rechnet. Auch wäre zu befürchten, dass eine pauschale Lockerung der Regulierung des Incumbents zu Lasten der Wettbewerber geht. Eine Schwächung des Wettbewerbs führt aber selten zu mehr Investitionen. Der Wettbewerbsfokus der Regulierung sollte daher nicht aufgegeben werden.

4. Institutioneller Rahmen

Das Grünbuch führt aus, dass es eines geeigneten institutionellen Rahmens bedarf, um der Dynamik und der Wirkungsbreite der Digitalisierung auch institutionell gerecht zu werden. So sollen Wettbewerbs-, Markt- und Verbraucherfragen von kompetenten öffentlichen Einrichtungen wahrgenommen werden. Eine neu zu schaffende Digitalagentur könne als Kompetenzzentrum des Bundes andere Fachbehörden wie das Bundeskartellamt oder

Verbraucherschutzstellen begleitend unterstützen und insbesondere Kompetenz in ökonomischer, rechtlicher und technischer Dimension aufbauen.

Das Bundeskartellamt teilt die Aussage des Grünbuchs, dass Wettbewerbs-, Markt- und Verbraucherfragen von kompetenten öffentlichen Einrichtungen wahrgenommen werden sollen. Im Bereich der Wettbewerbsaufsicht existieren mit den Landeskartellbehörden und dem Bundeskartellamt seit Jahrzehnten etablierte Institutionen für die öffentliche Rechtsdurchsetzung.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes bestehen auch nachvollziehbare Gründe, die für eine Stärkung der *öffentlichen Durchsetzung des Verbraucherschutzes* sprechen. Der zivilrechtlichen Durchsetzung – ob im Kartellrecht oder in anderen Rechtsgebieten wie etwa dem Verbraucherschutz – sind gewisse Grenzen immanent. In deren Folge können Durchsetzungslücken entstehen, die sowohl auf Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten, auf der Schnellebigkeit bestimmter Branchen oder Geschäftsmodelle, auf Schwierigkeiten bei der Wiedergutmachung von Massenschäden oder auf der besonderen wirtschaftlichen Machtposition einzelner Anbieter beruhen können. Behördliche Ermittlungs- und Durchsetzungsinstrumente können bei drohenden Vollzugsdefiziten von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung einen Mehrwert bieten, etwa durch Abstellungsanordnungen mit Sofortvollzug, durch Rückerstattungsanordnungen oder durch die Abschöpfung rechtswidrig erzielter Vorteile. Hiermit können Unternehmen über die einzelne Vertragsbeziehung hinaus adressiert werden und daneben Breitenwirkung für eine ganze Branche erzielt werden. Eine das Zivilrecht ergänzende behördliche Zuständigkeit sollte aber beschränkt sein auf Verstöße, die über ein gesamtwirtschaftlich bedeutsames Gewicht verfügen, die über die Interessen Einzelner hinausgehen und denen durch eine behördliche Durchsetzung effektiv abgeholfen werden kann.

Die Erfahrungen aus anderen Staaten, die kombinierte Wettbewerbs- und Verbraucherbehörden etabliert haben (u. a. USA, Großbritannien, Niederlande, Irland, Italien) zeigen, dass erhebliche Synergieeffekte zwischen der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts und des Verbraucherschutzrechts bestehen. Die in der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung seit Langem erprobten Mittel sind gleichermaßen für den Einsatz auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes geeignet. Die internationalen Erfahrungen mit der organisatorischen Integration von Verbraucherschutz und Wettbewerbsaufsicht zeigen nicht nur im Hinblick auf das Instrumentarium, sondern auch inhaltlich erhebliche Synergiepotentiale auf. Wettbewerbsschutz ist in vielen Bereichen eng mit verbraucherrechtlichen Fragestellungen verwoben. Gerade im Bereich der immer wichtiger werdenden digitalen Wirtschaft können wirtschaftliche Belange der Verbraucher gleichermaßen durch Marktmacht wie durch die relative Unter-

legenheit im Vertragsverhältnis beeinträchtigt werden. Wie bereits dargestellt, können Verstöße gegen datenschutzrechtliche bzw. AGB-rechtliche Vorschriften auch kartellrechtlich relevant sein, wenn der Verstoß einen nach dem GWB verbotenen sogenannten Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzern darstellt.

Im Bereich der Markt- und Wettbewerbsaufsicht werden die bestehenden Aufgaben bereits von existierenden Fachbehörden wahrgenommen. Diese verfügen über weitreichende Ermittlungskompetenzen sowie angesichts einer langjährigen Praxis über fundiertes wirtschaftliches und technisches Know-how im Bereich digitaler Märkte und Geschäftsmodelle. Informationen und Daten, die für die Beurteilung eines Falles benötigt werden, sind zumeist markt- und unternehmensspezifisch und werden jeweils für eine bestimmte fallspezifische Fragestellung bei den Marktteilnehmern ermittelt. Das kartellrechtliche Instrument der Sektoruntersuchung ermöglicht darüber hinaus – unabhängig von konkreten Einzelfällen – eine umfassende Untersuchung und Analyse der Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in bestimmten Wirtschaftszweigen. Überdies stehen die Behörden an den Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten unmittelbar in regelmäßigem und engem formellen und informellen Austausch mit den anderen zuständigen Fachbehörden. Dieser Austausch wird getragen durch Regeln zum Informationsaustausch und zur Zusammenarbeit, die gesetzlich u. a. im GWB verankert sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoller, die Markt- und Wettbewerbsaufsicht in den Händen der bestehenden Fachbehörden zu belassen und ggf. deren Ressourcen zu stärken, als neue Institutionen zur Unterstützung dieser Behörden einzurichten.