

Prof. Dr. Rupprecht Podszun: Digitale Fairness durchsetzen! Regeln für den B2P2C-Wettbewerb

Zusammenfassung

1. Ziel dieses Gutachtens ist es, wesentliche Ankerpunkte für die Regulierung von Intermediationsplattformen mit starken Netzwerkeffekten vorzuschlagen, d. h. für „Gatekeeper“ in sog. Business-to-Platform-to-Consumer-Konstellationen (B2P2C). Ein Rechtsrahmen für solche Plattformen (und Ökosysteme) sollte auf Fairness als Leitprinzip aufbauen. Hinzu tritt das Ziel, Wettbewerbschancen für alle Marktteilnehmer zu gewährleisten. Insbesondere ist es notwendig, gegen verzerrte Informationen, Exklusivitätsbindungen und Lock-in-Effekte vorzugehen – damit Verbraucher und Unternehmen gleichermaßen von Vielfalt und Wahlmöglichkeiten profitieren können.
2. Die hier vorgesehenen Regeln sollten für alle B2P2C-Plattformen gelten, die zum „tipping“ neigen, d. h. die starke Netzwerkeffekte aufweisen, sodass Plattformen an der Schnittstelle von Unternehmen und Verbrauchern Monopolstellungen erlangen können.
3. Die Vorschläge bauen auf dem Gutachten des Autors mit dem Titel „Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft“ (fpmi, 2017) auf. Darin wurde analysiert, wie der Wettbewerb von Unternehmen in Plattformmärkten an den Rand gedrängt wird, insbesondere durch einen zum Monopol tendierenden Wettbewerb *um* den Markt; die Entstehung von Ökosystemen, die vertikal integrierte Produkte begünstigen; den Verlust der Kundenschnittstelle an Plattformbetreiber mit einem hohen Missbrauchspotenzial; sowie durch das Entstehen von Datenmacht. In solchen Märkten, die „kippen“ oder bereits „gekippt“ sind, müssen Innovation, Vielfalt und faire Wahlmöglichkeiten für Verbraucher gesichert werden. Dazu wurden bereits 2017 u. a. eine Stärkung der Fusionskontrolle, Interoperabilitätsverpflichtungen und Vorschriften für den Datenzugang vorgeschlagen.
4. Das Kartellrecht allein genügt nicht, um den potenziellen Schaden für Wettbewerb und Fairness abzuwenden. Verfahren der Wettbewerbsbehörden wegen Missbrauch von Marktmacht und Fusionskontrollfälle sind wichtige Meilensteine für die Entwicklung von Wettbewerbsgrundsätzen der digitalisierten Wirtschaft. Die vereinzelt und langwierigen Verfahren leisten für die betroffenen Märkte jedoch zu wenig – und das zu spät. Im europäischen Recht der unlauteren Geschäftspraktiken fehlt eine zentrale Durchsetzungsinstanz, die auf Augenhöhe mit den „super platforms“ ist. Nationale Durchsetzungsmechanismen, insbesondere das privatrechtliche

Durchsetzungsregime in Deutschland, können dieses Defizit nicht ausgleichen. Einige Marktteilnehmer können so quasi grenzenlos von Rechtsverletzungen profitieren.

5. Die aktuellen Initiativen der Europäischen Kommission zur Regulierung von Online-Plattformen sind ein wichtiger erster Schritt zur Erhöhung der Transparenz im Onlinehandel und bei Suchmaschinen. Zu den Mindeststandards, die in diesem Rahmen festgezurrut werden sollten, gehören (i) die Verpflichtung, die Kriterien für die Darstellung von Suchergebnissen transparent zu machen; (ii) die Verpflichtung, Zahlungen für die Darstellung der Suchergebnisse offen zu legen; (iii) die Verpflichtung zur Offenlegung der Bevorzugung eigener Dienste der Plattform; (iv) die Offenlegung von Praktiken, die die Freiheit von Unternehmen einschränken, bessere Bedingungen außerhalb der Plattform anzubieten; und (v) ein Kompensationsmechanismus für Verbraucher in Form eines Rechts auf Rücktritt und Schadensersatz.
6. Ein bloßes Transparenzregime mit fragmentierten Durchsetzungsbefugnissen wird nicht verhindern, dass Plattformen in einer „Gatekeeper“-Position die „Spielregeln“ selbst definieren. Transparenz ist ein zu schwaches Mittel, wenn die Akteure nicht auf Augenhöhe sind. Gegenüber Verbrauchern ändern Transparenzvorschriften wenig: Die digitale Realität ist, dass Informationen und Geschäftsbedingungen einfach „weggeklickt“ und angenommen werden.
7. Die EU sollte daher eindeutige Marktverhaltens- und Wettbewerbsregeln für B2P2C-Plattformen festlegen, die die folgenden Grundsätze umfassen:
 - a. Verbot der Verbraucherbeeinflussung durch vermeintlich neutrale Vergleiche, wenn die Ergebnisdarstellung tatsächlich durch Vergütungen beeinflusst wird (*Neutralität*);
 - b. Verpflichtung zur ex-ante-Klarstellung der Kriterien für die Aufnahme und Darstellung in Suchlisten inklusiver regelmäßiger Updates und inklusive Verbot der Selbstbevorzugung (*Verbot der Selbstbevorzugung*);
 - c. Beschränkung von Exklusivitätsbindungen und Bestpreisklauseln (MFN-Klauseln) in P2B-Verträgen für gleichartige Vertriebskanäle, damit der Wettbewerb zwischen Vertriebskanälen, Portalen und Diensten aufrechterhalten werden kann (*Verbot von Exklusivbindungen*).
8. Die EU sollte eine Aufsichtsinstanz einrichten, die über Durchsetzungsbefugnisse für solche Plattformverhaltensregeln verfügt (möglicherweise einschließlich einer Bußgeld-Kompetenz). Die Befugnisse sollten der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission übertragen werden. Diese Institution ist erfahren und renommiert, die Mitarbeiter haben ein klares Verständnis für Märkte und Wettbewerb und sind mit der Führung von Verfahren zur Bearbeitung grenzüberschreitender Fälle vertraut.

Das vollständige Gutachten steht unter www.fpmi.de zum Download bereit.

Executive Summary

1. The objective of this expert opinion is to suggest key rules for regulating third-party intermediation platforms with strong network effects, i.e. for gatekeepers in Business-to-Platform-to-Consumer-constellations (B2P2C). A regulatory framework for such platforms (and ecosystems) should be built on fairness as a guiding principle and on the aim of ensuring competition for all market participants. In particular, it is necessary to target information biases, exclusivity and lock-in effects to the benefit of choice and variety for customers and businesses alike.
2. The rules envisaged here should apply to all B2P2C platforms with a tendency of “tipping”, i.e. operating with strong network effects where platforms tend to gain monopoly positions at the interface of businesses and consumers.
3. The proposals build on the author’s expert opinion “Innovation, Variety & Fair Choice: New Rules for the Digital Economy” (fpmi, 2017). In that opinion, the focus was on the shift in competition where competition is pushed to the periphery, in particular through competition for the market (with the tendency to monopoly); the emergence of ecosystems favouring vertically integrated products; the loss of the customer-interface to platforms with a high potential of abuse; and the emergence of data power. In such “tipping” or “tipped” markets it is essential to ensure innovation, variety and fair choice for consumers. In the 2017 opinion high level principles were suggested, i.a. strengthening of merger control, interoperability obligations and data access rules.
4. Competition law alone is not sufficient to capture the potential harm to competition and fairness. Cases on abuse of market power by dominant platforms and merger control cases serve as important landmark decisions to develop competitive principles for the digital economy. Such sporadic, lengthy proceedings however do “too little too late” for the markets. The European law on unfair commercial practices lacks a central enforcement agency that can keep up with so-called super platforms. National enforcement mechanisms, notably the private enforcement regime in Germany, cannot make up for this deficit. Some market actors thus can profit limitlessly from the violations of the law.
5. The current European Commission’s initiatives for regulating online intermediation services are an important first step to increase transparency in e-commerce and online search. Minimum standards that need to be established in this framework are (i) the obligation to make criteria of displaying search results transparent; (ii) the obligation to disclose payments for the display of search results; (iii) the obligation to disclose self-preferencing (i.e. the privileging of own services of the platform); (iv) the disclosure of practices limiting the freedom of businesses to offer better conditions outside the platform; and (v) a compensation mechanism for consumers in the form of a right to withdraw and seek damages.

6. A mere transparency regime with fragmented enforcement powers will not prevent such platforms that are in a gatekeeping position from defining the “rules of the game”. Transparency is a too weak remedy if players are not at arm’s length. On the P2C side it does not capture the digital reality in which consumers simply “click away” and accept information, terms and conditions.
7. The EU should thus stipulate clear market conduct and competition rules for B2P2C platforms embracing the following principles:
 - a. ban of nudging consumers by pretending to deliver neutral comparisons while rankings are effectively influenced by remuneration received (neutrality);
 - b. the obligation to provide upfront transparency on criteria for listings including regular updates plus a ban on self-preferencing (ban on self-preferencing);
 - c. the limitation of exclusivity clauses and best price regimes (MFN clauses) in P2B contracts for identical distribution channels, in order to keep up competition across distribution channels, portals and services (ban on exclusivity).
8. The EU should establish a supervisory authority at EU level with enforcement powers for such platform conduct rules, potentially including the power to hand down fines. Such powers should be vested with the EU Commission’s Directorate General for Competition. This body is an experienced and renowned authority with a clear understanding of markets and competition and with the necessary experience for procedures to handle cross-border cases.

The complete opinion can be viewed and downloaded at www.fpmi.de.