

Finanzplatz München Initiative



Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Digitale Fairness durchsetzen! Regeln für den B2P2C-Wettbewerb

Gutachten für die Finanzplatz München Initiative (fpmi)

München, Dezember 2018

Dieses Gutachten wurde 2018 von der Finanzplatz München Initiative (fpmi) in Auftrag gegeben.

Die Finanzplatz München Initiative (fpmi) ist eine Vereinigung der bayerischen Finanzinstitutionen. Die Initiative hat rund 50 Teilnehmer. Dabei handelt es sich um Finanzunternehmen (Banken, Versicherungen u. a.), Verbände und öffentliche Einrichtungen, die wissenschaftliche Forschung betreiben. Weitere Informationen: www.fpmi.de. Kontakt: [kontakt \(at\) fpmi.de](mailto:kontakt@fpmi.de).

Verfasser des Gutachtens ist Rupprecht Podszun, Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Affiliated Research Fellow am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb München. Professor Podszun war als Berater des Deutschen Bundestags, des Bundesjustizministeriums und des Bundeswirtschaftsministeriums in wettbewerbs- und verbraucherrechtlichen Fragen tätig. Er ist Mitglied des Vorstands von ASCOLA, der Academic Society for Competition Law. Diese Stellungnahme gibt er als Privatperson ab, sie gibt nicht notwendigerweise die Meinung einer dieser Institutionen wieder.

Kontakt: [podszun \(at\) hhu.de](mailto:podszun@hhu.de); [kontakt \(at\) fpmi.de](mailto:kontakt@fpmi.de)

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 festgezurr 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.

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.

Gliederung

Zusammenfassung	3
Executive Summary	5
1. Untersuchungsgegenstand.....	8
1.1 Ausgangspunkte.....	8
1.2 Defizite in Kartellrecht und Lauterkeitsrecht.....	9
1.2.1 Defizite der Kartellrechtsanwendung.....	9
1.2.2 Defizite der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts.....	10
1.2.3 Gefahr des Marktversagens	11
1.3 Ziel.....	12
2. Aktuelle Gesetzgebungsinitiativen.....	13
2.1 EU-Pläne zur Plattformregulierung.....	13
2.1.1 Verordnungsentwurf für das P2B-Verhältnis	14
2.1.2 Richtlinienentwurf für das P2C-Verhältnis	15
2.2 Transparenz: Notwendig, aber nicht hinreichend	16
2.3 Ansätze in der Reformdiskussion in Deutschland.....	17
3. Materielle Anforderungen	18
3.1 Vorüberlegungen	18
3.2 Neutralität.....	19
3.2.1 Ökonomische Legitimation des Neutralitätsgebots	19
3.2.2 Erforderlichkeit einer Regelung.....	21
3.2.3 Normative Anknüpfungspunkte	22
3.2.4 Handlungsempfehlung	22
3.3 Verbot der Selbstbevorzugung	23
3.3.1 Ökonomische Legitimation des Verbots der Selbstbevorzugung.....	23
3.3.2 Erforderlichkeit einer Regelung.....	24
3.3.3 Normative Anknüpfungspunkte	24
3.3.4 Handlungsempfehlung	25
3.4 Verbot von Exklusivbindungen	26
3.4.1 Ökonomische Legitimation des Verbots von Exklusivbindungen.....	26
3.4.2 Erforderlichkeit einer Regelung.....	27
3.4.3 Normative Anknüpfungspunkte	27
3.4.4 Handlungsempfehlung	27
3.5 Perspektiven	28
4. Normadressaten	28
4.1 B2P2C.....	29
4.2 Anknüpfungspunkt „Intermediationsmacht“	29
4.3 Handlungsempfehlung.....	30
5. Rechtsdurchsetzung	31
5.1 Anforderungen.....	31
5.2 Aktuelle Initiativen.....	32
5.3 Europäische Task Force in der Wettbewerbsdirektion.....	33
Abkürzungsverzeichnis	36

1. Untersuchungsgegenstand

In diesem Gutachten werden Vorschläge für den aktuellen Prozess der Plattformregulierung auf europäischer Ebene unterbreitet. Ziel dieser Vorschläge ist es, einen wettbewerbsoffenen Rahmen zu schaffen, der von digitaler Fairness geprägt ist. Dazu sind materielle Vorgaben für Plattformen und Portale erforderlich, die als Intermediäre zwischen Unternehmen und Verbrauchern stehen (Business-to-Platform-to-Consumer, B2P2C). Zudem sind Instrumente zu schaffen, die es ermöglichen, dass die Vorgaben schnell und effektiv durchgesetzt werden.

1.1 Ausgangspunkte

Immer mehr Transaktionen werden durch Plattformen vermittelt, die von Netzwerkeffekten profitieren und nach dem „winner takes it all“-Prinzip Märkte zum Kippen bringen („tipping“).¹ Verbraucher treffen ihre Auswahlentscheidung für den privaten Konsum mit Hilfe von Suchmaschinen und Vergleichsplattformen, wenn ihnen die Entscheidung nicht ohnehin schon durch digitale Assistenten wie *Amazon Alexa* abgenommen wird.² Die eigentlichen Leistungserbringer, also die Unternehmen, welche die Dienstleistung oder Ware anbieten, auf die es dem Kunden im Ergebnis ankommt, verlieren zunehmend den direkten Zugang zum Verbraucher. Der Wettbewerb zwischen Unternehmen, bislang stets als zentraler Treiber der Marktwirtschaft angesehen, wird an die Peripherie der Plattform gedrängt.³ Diese Phänomene wurden in dem Gutachten „Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft“ für die Finanzplatz München Initiative analysiert.⁴ Das vorliegende Gutachten gibt davon ausgehend Impulse für die Bestrebungen in der Europäischen Union zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für digitale Marktplätze.

Im folgenden Abschnitt werden Defizite der aktuellen Marktordnung und Ziele für die Zukunft benannt. In Kapitel 2 werden die aktuellen Gesetzgebungsvorschläge skizziert. In Kapitel 3 werden materielle Standards für digitale Marktplätze empfohlen. In Kapitel 4 wird beschrieben, an wen sich

¹ Europäische Kommission, Online Platforms – Staff Working Document, 25.5.2016, SWD(2016) 172; Europäische Kommission, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung E-Commerce, 10.5.2017, COM(2017) 229, 12; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 13 ff.; Plattform Industrie 4.0, Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, 2018, S. 46 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 32 ff.; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016; Christoph Busch, Fairness und Transparenz in der Plattform-Ökonomie, IWRZ 2018, 147.

² Vgl. Karin Sein, Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants, EuCML 2018, 179; Maurice E. Stucke/Ariel Ezrachi, How Digital Assistants Can Harm our Economy, Privacy, and Democracy, 32 Berkeley Technology Law Journal 1239 (2017).

³ Vgl. Rupprecht Podszun, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, fpmi-Gutachten 2018, S. 28.

⁴ Dazu siehe oben Fn. 3. Das Gutachten ist verfügbar unter <https://www.fpmi.de/de/positionen-details/items/innovation-vielfalt-faire-wahlmoeglichkeiten.html>.

diese Vorgaben richten sollen (Normadressaten). Kapitel 5 schließt mit einem Vorschlag zur Rechtsdurchsetzung.

1.2 Defizite in Kartellrecht und Lauterkeitsrecht

Kartellrecht und Lauterkeitsrecht sind die beiden den Wettbewerb ordnenden Rechtsmaterien. Ihre Durchsetzung in der Plattformökonomie stößt aber an Grenzen, sodass der Schutz der Verbraucher und des unverfälschten Wettbewerbs nicht mehr umfassend gewährleistet wird.

1.2.1 Defizite der Kartellrechtsanwendung

Das Kartellrecht bietet mit der generalklauselartigen Formulierung zentraler Normen materiellrechtlich zwar eine Handhabe für eine Vielzahl von Konstellationen. Die behördliche Rechtsdurchsetzung durch die exzellent ausgewiesenen Behörden, das Bundeskartellamt und die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, erzielen aber keine Breitenwirkung. Die drei wichtigsten Pionierverfahren dieser Behörden stehen beispielhaft für die Probleme der Kartellrechtsanwendung in der Plattformökonomie:

- Das Verfahren der Europäischen Kommission gegen Google wegen der Bevorzugung des eigenen Preisvergleichssystems bei der Google Suche dauerte sieben Jahre.⁵ Es ist zweifelhaft, ob die von der Kommission (neben der hohen Geldbuße) verfügten Abhilfemaßnahmen Wirkung erzielen, sie kommen aber jedenfalls zu spät.⁶
- Das Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook wegen der Sammlung von Daten auf Websites von Dritten ist zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen, dauert aber gleichfalls beinahe drei Jahre an.⁷ Es stößt auf Kritik, da es eigentlich, so die Kritiker, Datenschutz- oder Verbraucherschutzfragen betreffe, für die das Bundeskartellamt nicht zuständig sei.⁸
- Gegen die Betreiber von Hotelbuchungsplattformen wurden von Kartellbehörden in mehreren europäischen Ländern Verfahren wegen sog. Bestpreisklauseln (MFN-Klauseln) mit zum Teil unterschiedlichen Ergebnissen geführt.⁹ Bis heute sind die Verfahren zum Teil noch nicht rechts-

⁵ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 37940 – *Google Shopping*.

⁶ Vgl. zu Abhilfemaßnahmen Bo Vesterdorf/Kyriakos Fountoukakos, *An Appraisal of the Remedy in the Commission's Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law*, JECLAP 9 (2018), 3.

⁷ Vgl. die Pressemitteilungen Bundeskartellamt, 2.3.2016, „Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook“, sowie Bundeskartellamt, 19.12.2017, „Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren“; beide abrufbar auf www.bundeskartellamt.de.

⁸ Vgl. Stefan Thomas, *Wettbewerb in der digital economy: Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht?*, NZKart 2017, 92; Tobias Jäger/Daniel Wiedmann, *Bundeskartellamt gegen Facebook*, K&R 2016, 217.

⁹ Überblick bei Mette Alfter/Matthias Hunold, *Weit, eng oder gar nicht? Unterschiedliche Entscheidungen zu den Bestpreisklauseln von Hotelportalen*, WuW 2016, 525; nachfolgend noch LG Köln, 16.2.2017, Az. 88 O (Kart) 17/16.

kräftig abgeschlossen; die kartellrechtliche Behandlung der Bestpreisklauseln bleibt auch in der Literatur umstritten.¹⁰

Die Verfahren sind trotz ihrer Schwächen wichtige Meilensteine für die Entwicklung von Wettbewerbsgrundsätzen in der Plattformökonomie. Es handelt sich aber um vereinzelte Verfahren, die zum Teil zu einer national fragmentierten Marktordnung innerhalb der EU führen. Die Verfahren dauern lange, sie sind rechtsdogmatisch zum Teil umstritten und erfassen nur wenige Einzelfälle.¹¹

Für die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gem. §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV ist Marktmacht erforderlich. Dadurch können manche Phänomene der Plattformökonomie nicht erfasst werden: Das Missbrauchsverbot greift im Zweifel erst, wenn ein Markt bereits „gekippt“ ist, also nur noch ein Plattformbetreiber vorhanden ist. Diese Monopolsituation ist wettbewerbsökonomisch aber gerade zu vermeiden. Auch dadurch kommt der kartellrechtliche Eingriff im Zweifel zu spät. Dass die zugrundeliegende Marktabgrenzung der zunehmenden Konvergenz der Märkte nicht mehr gerecht wird, kann hier nur angedeutet werden.¹² Noch gänzlich ungelöst ist die Frage, wie sich die europäische Wettbewerbspolitik zu den aufsteigenden chinesischen Internetunternehmen wie Alibaba, Tencent oder Baidu positioniert.¹³

Für die betroffenen Märkte leistet die Kartellrechtsanwendung zu wenig – und das zu spät.

1.2.2 Defizite der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts

Im Recht des unlauteren Wettbewerbs sind die Regeln der UGP-Richtlinie¹⁴, die im UWG umgesetzt sind (und durch Normen zum Mitbewerberschutz ergänzt werden), zwar grundsätzlich in der Lage, viele Erscheinungsformen unlauterer geschäftlicher Handlungen abzudecken.

Die Normen sind aber nicht auf eine digitale Geschäftswelt hin formuliert. So muss erst jeweils im Einzelfall der Transfer von Offline- zu Online-Welt geleistet werden, etwa wenn die Grundsätze der

¹⁰ Siehe etwa Lisa Hamelmann/Justus Haucap/Christian Wey, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf Buchungsplattformen am Beispiel von HRS, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 72, 2015; Daniel Zimmer/Martin Blaschczok, Most-Favoured-Customer Clauses and Two-Sided Platforms, *Journal of European Competition Law and Economics* 2014, 187; Maren Tamke, Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreisklauseln von Internetplattformen, *WuW* 2015, 594; René Galle, Bestpreisklauseln von Hotelportalen und Kartellrecht, *WuW* 2014, 587; Dietmar Fiebig, Internet-Vergleichsportale und Kartellrecht, *WuW* 2013, 812.

¹¹ Kritisch auch Stephanie Pautke/Jörg-Martin Schultze, Wettbewerbsbeschränkungen im Kontext digitaler Plattformen, 2018, *WUW*1279707.

¹² Vgl. Rupprecht Podszun, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, *fpmi-Gutachten* 2018, S. 16. Siehe auch Sebastian Wismer/Arno Rasek, Market definition in multi-sided markets, *OECD Paper DAF/COMP/WD(2017)33*, 2017.

¹³ Siehe zur Globalisierungsstrategie dieser Unternehmen Kai Jia/Martin Kenney/John Zysman, *Global Competitors? Mapping the Internationalization Strategies of Chinese Digital Platform Firms*, 2018, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3220936>. Zur kritischen Bewertung siehe Nicolas Petit, *Chinese State Capitalism and Western Antitrust Policy*, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2798162>. Diese Plattformen werden im Folgenden nicht explizit behandelt. Die Adressatenstellung der vorgeschlagenen Regelungen ist unabhängig von konkreten Unternehmen.

¹⁴ Richtlinie 2005/29/EG.

verschleierte Werbung in Printmedien auf Online-Vergleichsportale übertragen werden. Dabei kann es zu einem *status-quo-bias* kommen, also der Akzeptanz des bereits etablierten Zustands, da geschäftliche Praktiken im Onlinebereich als üblich und damit als zulässig angesehen werden, obwohl sie normativ kritisch gesehen werden müssen.¹⁵

In Deutschland wird, anders als in fast allen anderen EU-Mitgliedsstaaten, das Lauterkeitsrecht ganz überwiegend privatrechtlich durch Mitbewerber und Verbände durchgesetzt. Typischerweise wird mit Abmahnungen und einstweiligen Anordnungen gearbeitet. Dieses System ist schnell und effizient, es stößt aber an Grenzen, wenn die privaten Akteure Rechtsverstöße nicht ermitteln können.¹⁶ Das ist bei digitalen Geschäftsmodellen zunehmend der Fall, da viele Plattformanbieter Automatisierung, Datenverarbeitung und Algorithmen einsetzen, die von außen schwer zu durchschauen sind. Das geschäftliche Verhalten wird zu einer „black box“. Die Ermittlungsschwierigkeiten stehen einer effektiven Rechtsdurchsetzung im Weg.

Die erwirkten Unterlassungsverpflichtungen gelten nur zwischen den Parteien. Größere Breitenwirkung kann nicht erzielt werden.¹⁷ Außerdem setzt der private Rechtsschutz voraus, dass sich eine private Partei findet, die bereit ist, den Rechtsstreit vor Gericht zu tragen. Das ist bei einer asymmetrischen Machtverteilung, bei hoher Finanzkraft der Gegenseite (etwa bei Verfahren gegen mächtige Plattformbetreiber wie Google) und der Unsicherheit bei der Übertragung von Tatbestandsmerkmalen von offline zu online eine hohe Hürde. Dass ein Verbraucherverband eine wegweisende Untersagungsverfügung wie gegen den *Amazon Dash Button* erstreitet, hat Seltenheitswert.¹⁸

In Deutschland fehlt eine zentrale Behörde, die dieses Ermittlungs- und Durchsetzungsdefizit auffangen könnte. Es gibt – anders als im Kartellrecht – auch keine zentrale europäische Behörde, die auf Augenhöhe mit global agierenden Plattformbetreibern agieren könnte.

1.2.3 Gefahr des Marktversagens

Angesichts der Durchsetzungsdefizite im Wettbewerbsrecht droht ein Marktversagen in Märkten, in denen Intermediäre, also die Betreiber von Suchmaschinen, Transaktionsplattformen oder Vergleichsportalen, zentrale Schlüsselpositionen erhalten.¹⁹ Diese Unternehmen besetzen im *Business-to-Platform-to-Consumer*-Segment (B2P2C) Positionen als „Gatekeeper“ und steuern Angebot und

¹⁵ Zum *status quo bias* William Samuelson/Richard Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, Journal of Risk and Uncertainty 1 (1988), 7.

¹⁶ Rupperecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 170 ff.

¹⁷ Rupperecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 172.

¹⁸ LG München I, 1.3.2018, Az. 12 O 730/17.

¹⁹ Zum Begriff des Marktversagens siehe Michael Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 76 f.

Nachfrage, etwa wenn Amazon Lieferanten von Gütern und Verbraucher zusammenführt oder wenn über ein Vergleichsportal die Informationsbeschaffung des Verbrauchers zu einer Dienstleistung gesteuert wird. Die zentralen Betreiber eröffnen „digitale Marktplätze“, für deren Funktionieren sie verantwortlich sind. Aus ihrer zentralen Rolle als „Matchmaker“ und „Informationsbroker“ erwächst eine besondere Verantwortung für das Funktionieren von Märkten.

Dabei ist hervorzuheben, dass viele der Plattformanbieter einen herausragenden, innovativen Beitrag zur Wertschöpfung leisten. Gerade die digitalen Marktplätze sind jedoch für Verzerrungen anfällig: Erstens sind mehrseitige Märkte, die in diesen Fällen vorliegen, durch Netzwerkeffekte charakterisiert.²⁰ Diese führen häufig zu einem Wettbewerb um den Markt. Ist dieser von einer Plattform gewonnen, kommt der Wettbewerb zwischen Plattformbetreibern zum Erliegen („winner takes it all“). Wettbewerb als disziplinierender Faktor fällt damit aus. Zweitens kann durch die Steuerung von Informationen und Daten das zentrale Element der Entscheidungsbildung der Marktteilnehmer beeinflusst werden. Wenn eine Suchmaschine beispielsweise bestimmte Angebote aus sachfremden Gründen favorisiert, führt dies zu Entscheidungen von Verbrauchern auf falscher Informationsgrundlage und in der Folge zu Fehlallokationen in der Wirtschaft. Drittens kann die fehlende Ermittlung und Durchsetzung von Rechtsverstößen zu einer „Unfairness-Dividende“ führen, mit der Unternehmen, die sich unlauter verhalten, ihre Finanzkraft ausbauen können. Mittelfristig sind ein Vertrauensverlust der Verbraucher und eine negative Sogwirkung hin zu Rechtsverstößen für Unternehmen zu befürchten.

Diesen Gefahren kann wegen der dargestellten Defizite des Kartell- und Lauterkeitsrechts nicht umfassend begegnet werden. So besteht die Gefahr eines schleichenden Marktversagens.

1.3 Ziel

An die Stelle spektakulärer, aber begrenzt wirkender Einzelfallentscheidungen wie *Google Shopping* muss daher ein regelbasiertes Ordnungskonzept für B2P2C-Transaktionen treten.²¹ Dieses Regelungskonzept muss EU-weit einheitlich gelten und durchgesetzt werden. Drei Einzelziele können dafür identifiziert werden:

Erstens ist sicherzustellen, dass ein fairer Wettbewerb auf der Plattform möglich ist, der ohne Verzerrungen durch sachfremde Gründe oder Eigeninteressen des Plattformbetreibers stattfindet (Sicherung des *on-platform*-Wettbewerbs).

²⁰ Jean-Charles Rochet/Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, 1(4) Journal of the European Economic Association 990 [2003]; David Evans, The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 20 Yale Journal on Regulation 325 [2003].

²¹ Vgl. Friso Bostoen, Internet Policy Review 2018 7(1), 1, 19, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3161328>.

Zweitens müssen Ausweichmöglichkeiten erhalten bleiben, um die Macht der Intermediäre nicht zu perpetuieren. Dafür ist erforderlich, dass Verbrauchern alternative Informations- und Bezugsmöglichkeiten zur Plattform so weit wie möglich zur Verfügung stehen. Nur bei derartigem Restwettbewerb ist der Intermediär gezwungen, sich effizient und innovativ zu verhalten.

Drittens ist die Rolle des Verbrauchers als informiert entscheidendem „Schiedsrichter im Wettbewerb“ zu erhalten.²² Die Auswahlentscheidung des Verbrauchers bestimmt Erfolg und Misserfolg der Anbieter. In dieser normativen Leitvorstellung ist die Idee des „Leistungswettbewerbs“ enthalten:²³ Unternehmen sollen sich aufgrund ihrer Leistungen im Wettbewerb durchsetzen, nicht durch die Behinderung von Wettbewerbern, durch Rechtsverstöße, durch die Ausbeutung von Kunden oder aufgrund ihrer Markt- und Finanzmacht.²⁴ Das setzt auch voraus, dass die Verbraucher sich auf Basis korrekter, nicht verzerrter Informationen entscheiden können. Nur so bleibt die Schiedsrichterfunktion beim Verbraucher und geht nicht auf den Plattformbetreiber über.

2. Aktuelle Gesetzgebungsinitiativen

Die Überlegungen zu einem marktordnenden Ansatz für die Plattformökonomie, der die unter 1.3 genannten Ziele verfolgt, sind in der EU bereits weit fortgeschritten.

2.1 EU-Pläne zur Plattformregulierung

Zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Gutachtens wird über den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten verhandelt.²⁵ Der Verordnungsentwurf (VO-E) ist auf das Verhältnis Plattform – Unternehmen (P2B) ausgerichtet.

²² Vgl. Olaf Sosniza in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, 2014, § 1 UWG Rn. 27.

²³ Vgl. auch Johannes Laitenberger, 10.10.2017, „EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective“, Rede bei MLex/Hogan Lovells, Brüssel, S. 5, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_15_en.pdf. Siehe auch Thorsten Käseberg, Wettbewerbspolitik in dieser Legislaturperiode: 10. GWB-Novelle und Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, NZKart 2018, 441, der sich als zuständiger Referatsleiter im Bundeswirtschaftsministerium für die anstehende GWB-Novellierung auf den Begriff des Leistungswettbewerbs beruft.

²⁴ BVerfG, 6.2.2002, Az. 1 BvR 952/90, GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz. Vgl. Peter Ulmer, Der Begriff „Leistungswettbewerb“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565, 567; BGH, NJW 1976, 2013.

²⁵ Europäische Kommission, 26.4.2018, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM(2018) 238, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:0238:FIN>. Zu den vorangehenden Diskussionen siehe <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/platforms-to-business-trading-practices>. Die Ausführungen hier beziehen sich, soweit nicht weiter ausgewiesen, auf diesen Kommissionsvorschlag, da zum Zeitpunkt der Abfassung des Gutachtens nicht absehbar ist, welche Anpassungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren vorgenommen werden. Vgl. zum Projekt insgesamt Busch, EuCML 2017, 227 ff.; ders., IWRZ 2018, 147.

Daneben tritt – für das Verhältnis von Plattformen zu Verbrauchern (P2C) – der sog. „New Deal for Consumers“.²⁶ Unter diesem Titel hat die Europäische Kommission Änderungen verbraucherschützender Richtlinien einschließlich deutlich verschärfter Sanktionen vorgeschlagen.²⁷

2.1.1 Verordnungsentwurf für das P2B-Verhältnis

Kern des VO-E sind Transparenzpflichten, die von Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen gegenüber ihren gewerblichen Nutzern einzuhalten sind. Es geht also beispielsweise um das Verhältnis von Amazon Marketplace gegenüber Händlern, die dort vertreiben, oder von Booking.com zu Hotels. Die Kommission macht in der Zielbestimmung zu dem Vorschlag deutlich, wo sie die derzeitigen Gefahren sieht:

„Die Abhängigkeit der Unternehmen von bestimmten Online-Diensten führt dazu, dass die Anbieter solcher Online-Vermittlungsdienste nach Gutdünken potenziell schädliche Handelspraktiken anwenden können, die den Absatz, den gewerblicher Nutzer über sie abwickeln, einschränken und auch deren Vertrauen untergraben können.“²⁸

Diese Gefahrenanalyse greift einige der oben genannten Aspekte auf und betont – ohne Einschränkung – die Abhängigkeit der gewerblichen Nutzer von Intermediären. Ein Marktmachtfilter, wie im Kartellrecht, wird nicht gesetzt. Entsprechend sind die Normadressaten in Art. 1 VO-E i. V. m. Art. 2 VO-E Online-Suchmaschinen und Online-Vermittlungsdienste.

Die Kommission schlägt im Wesentlichen folgende Standards vor:

- Geschäftsbedingungen der Normadressaten müssen klar formuliert sein (Art. 3 VO-E);
- wird der Kontakt mit einem Anbieter auf der Plattform ausgesetzt oder beendet, muss dies objektiven Kriterien folgen und eindeutig kommuniziert werden (Art. 3, 4 VO-E);
- die wichtigsten Parameter für Rankings sind den gewerblichen Nutzern zu erläutern, einschließlich der Möglichkeiten, das Ranking durch Geldzahlungen zu beeinflussen (Art. 5 VO-E);
- zu erläutern ist den gewerblichen Nutzern, inwiefern eigene Angebote im Verhältnis zu Angeboten anderer Anbieter differenziert behandelt werden (Art. 6 VO-E);

²⁶ Europäische Kommission, 11.4.2018, A New Deal for Consumers, siehe Pressemitteilung IP/18/3041, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm mit weiterführenden Hinweisen.

²⁷ Europäische Kommission, 11.4.2018, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993, der Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0185&from=EN>. Siehe dazu Föhlich, CR 2018, 583.

²⁸ Europäische Kommission, 26.4.2018, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM(2018) 238, dort „Gründe und Ziele des Vorschlags“, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:0238:FIN>.

- es ist über den Zugang zu personenbezogenen Daten zu informieren, etwa wenn der Anbieter Zugang zu Daten haben möchte, die aus den Transaktionen generiert werden (Art. 7 VO-E);
- Einschränkungen, die den gewerblichen Nutzern für ihre Angebote auf alternativen Vertriebswegen auferlegt werden, müssen angegeben und erläutert werden (Art. 8 VO-E).

Die Kommission beschränkt sich in ihrem Vorschlag damit auf Transparenzvorgaben. Ge- oder Verbote bestimmter Klauseln sind nicht vorgesehen. Vermieden werden so etwa plötzliche Umsatzeinbrüche einzelner Unternehmen wegen Änderungen im Ranking oder in den Geschäftsbedingungen, die immer wieder berichtet werden.²⁹

In Art. 9-13 VO-E sind Mechanismen vorgesehen, um die Durchsetzung dieser Rechte zu verbessern. Diese werden unter 5.2 erläutert.

Die Vorschriften stellen einen wichtigen ersten Schritt dar, um einen fairen Wettbewerb auf der Plattform und die Offenhaltung möglicher alternativer Vertriebswege zu sichern. Sie reichen allerdings dafür nicht aus.

2.1.2 Richtlinienentwurf für das P2C-Verhältnis

Mit dem „New Deal for Consumers“ will die Kommission die Verbraucherschützenden Richtlinien an die digitalisierte Wirtschaft anpassen. Dazu wird insbesondere ein neues Durchsetzungsregime festgelegt (siehe dazu unter 5.2.). Materiell wird, soweit hier relevant, insbesondere Folgendes vorgesehen:

Das Verbot verschleierte Werbung wird in Bezug auf Online-Suchanfragen neu gefasst. Im Anhang der UGP-Richtlinie³⁰, die in Deutschland als Anhang zum UWG umgesetzt ist, soll geregelt werden, dass es stets unzulässig ist, wenn nicht transparent gemacht wird, dass die Darstellung von Suchergebnissen durch Zahlungen beeinflusst wurde (sog. kostenpflichtige Platzierung oder kostenpflichtige Berücksichtigung, Art. 1 Nr. 6 RL-E).

In die Verbraucherrechte-Richtlinie³¹, die in Deutschland primär im BGB umgesetzt ist, soll u. a. eine Bestimmung aufgenommen werden, nach der Verbraucher auf Online-Marktplätzen über die Hauptparameter für das Ranking der Angebote informiert werden (Art. 2 Nr. 4 RL-E).

²⁹ Siehe nur beispielhaft Heise Online, 28.6.2018, „Plötzlich sinkende Downloads: Android-Entwickler fürchten um Existenzgrundlage“, abrufbar unter <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Plötzlich-sinkende-Downloads-Android-Entwickler-fuerchten-um-Existenzgrundlage-4093046.html>; sowie Wirtschaftswoche, 29.8.2017, „Wenn der Vertrieb über den Onlineriesen im Fiasko endet“, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/kleinhaendler-auf-amazon-wenn-der-vertrieb-ueber-den-onlineriesen-im-fiasko-endet/20231368.html>.

³⁰ Siehe oben Fn. 14.

³¹ Richtlinie 2011/83/EU.

Eine ausdrückliche Entsprechung zur Regel in der Verordnung, dass über die Differenzierung zwischen eigenen Angeboten und fremden zu informieren ist, also Transparenz hinsichtlich der Selbstbevorzugung, fehlt.

Auch die Regeln im Richtlinienentwurf sind auf Transparenz ausgerichtet, sodass Verbraucher besser informiert Entscheidungen treffen können. Allerdings sieht der Entwurf selbst vor, dass bei Nutzung von Kommunikationsmitteln, die nur begrenzt Raum oder Zeit für Informationen bieten, nur ein Mindestmaß an Informationen zu gewähren ist (Art. 2 Nr. 6 RL-E). Gemeint sind etwa Smartphone-Bildschirme oder sprachgesteuerte digitale Assistenten. Zu den Mindestinformationen gehören weder Informationen über die Kriterien der Auswahl oder Darstellung noch über Provisionszahlungen.

Schon damit wird die Möglichkeit des Verbrauchers, als Schiedsrichter in einem Leistungswettbewerb zu entscheiden, erheblich eingeschränkt.

2.2 Transparenz: Notwendig, aber nicht hinreichend

Transparenzvorgaben, wie sie von der Kommission vorgeschlagen werden, sind notwendig. Zutreffende Informationen ermöglichen überhaupt erst die informierte Entscheidung, die im Zentrum der marktmäßigen Koordination von Angebot und Nachfrage steht. Es ist daher zu begrüßen, wenn klargestellt wird, welche Informationen als wesentlich gelten und welche Anforderungen an die Art der Darstellung zu stellen sind. Der Blick in die Praxis zeigt, dass hier dringender Handlungsbedarf besteht, wenn etwa Vergleichsportale nicht ausweisen, dass das neutral scheinende Ranking durch Zahlungen beeinflusst ist.³² Fehlt eine entsprechende Information, kann ein durch Verbraucher entschiedener Leistungswettbewerb gar nicht stattfinden. Transparenzverpflichtungen allein genügen aber nicht.

Das Transparenzmodell geht davon aus, dass eine Verhandlungssituation vorliegt, in dessen Rahmen Informationsasymmetrien abgebaut werden. Die Information soll den Partner in die Lage versetzen, eine bewusste Entscheidung zu treffen und ggf. in Verhandlungen einzutreten.

Das scheidet in zwei Konstellationen schon grundsätzlich aus: Zum einen gibt es im Onlinebereich viele Situationen, die gar nicht auf eine vertragliche Bindung angelegt sind, etwa bei Suchmaschinen. Google beispielsweise schließt mit den Betreibern von Websites keinen Nutzungsvertrag. Eine Offenlegung der Google-Rankingparameter eröffnet daher keine Verhandlungsmöglichkeiten. Zum

³² Vgl. BGH, 27.4.2017, Az. I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265 m. Anm. Philipp Eckel – Preisportal; OLG München, 6.4.2017, Az. 29 U 3139/16, MMR 2017, 703 – Versicherungsvergleichsportale. Vgl. auch den Bericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Vergleichsportale, der zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Gutachtens noch nicht öffentlich war.

anderen liegt in einigen Konstellationen Abhängigkeit vor. Ohne Ausweichmöglichkeiten sind Verhandlungen oder die Suche nach Alternativen schlicht unmöglich. Einem Unternehmen, das auf die Vermittlungsdienste einer Plattform angewiesen ist, um Waren an bestimmte Verbraucher absetzen zu können, hilft es nicht, wenn es vor Abschluss der Transaktion weiß, zu welchen ungünstigen oder sich wandelnden Bedingungen die Transaktion zustande kommt. Durch Transparenz über Rankingmuster kann das geschäftliche Verhalten zwar besser geplant werden. Die Unternehmen bleiben aber der Willkür des Portalbetreibers ausgesetzt. Das gleiche gilt für Verbraucher, die wegen hoher Wechselkosten oder durch Lock-in-Effekte an eine Plattform gebunden sind.

Auf Transparenz zu setzen, bedeutet auch, an einem überkommenen Regulierungsmodell festzuhalten: Es ist anerkannt, dass die schlichte Bereitstellung von Informationen nicht zu besseren oder informierteren Entscheidungen führt.³³ Der „information overload“ führt eher zu einer noch größeren Ignoranz der Informationsmasse statt zu einer bewussteren Entscheidung. Gerade Verbraucher, zum Teil aber wohl auch Unternehmen, lesen und verarbeiten Informationen, etwa in AGB, nicht. Aufklärung wird „weggeklickt“.³⁴ Darin zeigt sich eine „rationale Apathie“,³⁵ da der Aufwand der Informationsverarbeitung in der Regel unverhältnismäßig ist. Die Entscheidung der Verbraucher zur Ignoranz ist aber auch deshalb rational, da sie über zwingende Vorschriften vor den gravierendsten Benachteiligungen in AGB geschützt werden. Genau dieser zweite Schritt fehlt jedoch im Regelungsmodell der Kommission. Hierin liegt ein struktureller Fehler der europäischen Entwürfe. Transparenz ist immer nur der erste Baustein eines mehrstufigen Interventionsmodells. Auf die Offenlegung und die Möglichkeit der Kenntnisnahme folgt ergänzend der Schutz vor besonders nachteiligen oder überraschenden Klauseln durch zwingendes Recht. Ein Regelungsmodell, das Transparenz ohne nachfolgende Ge- und Verbotsnormen vorsieht, ignoriert die Erkenntnisse zum Umgang mit Informationen im Rechtsverkehr. Es bleibt zahnlos.

2.3 Ansätze in der Reformdiskussion in Deutschland

Der Vollständigkeit halber ist auf Reformansätze in Deutschland zu verweisen. Das Kartellrecht wurde im Zuge der 9. GWB-Novelle 2017 in ersten Schritten an die digitale Ökonomie angepasst.³⁶ Die

³³ Omri Ben-Shahar/Carl E. Schneider, More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure, 2014; Gert Straetmans, Misleading practices, the consumer information model and consumer protection, EuCML 2016, 199; Geraint Howells, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, Journal of Law and Society 2005, 349; siehe auch Wolfgang Schön, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung - zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, Festschrift Canaris, 2007, S. 1191 ff.

³⁴ David A. Hyman/David J. Franklyn, Search Bias and the Limits of Antitrust: An Empirical Perspective on Remedies, Univ. of San Francisco Law Research Paper No. 2013-15, 2015, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2260942>.

³⁵ Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, S. 515; Horst Eidenmüller, Recht als Produkt, JZ 2009, 641 (650); Hannes Unberath/Johannes Cziupka, Dispositives Recht welchen Inhalts?, AcP 209 (2009), 37.

³⁶ Dazu Christian Kersting/Rupprecht Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017.

10. GWB-Novelle ist in Planung.³⁷ Für diese hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mehrere Studien anfertigen lassen, um auszuloten, welche weiteren Schritte unternommen werden können. Ein Gutachten befasst sich mit der Frage, welche Durchsetzungsdefizite im Lauterkeitsrecht bestehen und ob das Bundeskartellamt insoweit ergänzend zur privaten Rechtsdurchsetzung tätig werden könnte.³⁸ Ein weiteres Gutachten ist der Frage gewidmet, wie die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht fortentwickelt werden kann.³⁹

Auch in Deutschland ist aber klar, dass die wesentliche regulatorische Antwort auf die Plattformökonomie eine europäische Antwort sein muss. So hat das Bundeswirtschaftsministerium eine „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ eingesetzt, die als „Plattform für eine Debatte zur Weiterentwicklung insbesondere auch des europäischen Wettbewerbsrechts“ dienen soll.⁴⁰

3. Materielle Anforderungen

Die Vorschläge der Kommission sind um weitergehende Ge- und Verbotsnormen zu ergänzen, die den Zielen (Sicherung des *on-platform*-Wettbewerbs, Erhalt alternativer Vertriebswege, Ermöglichung der Schiedsrichter-Funktion des Verbrauchers) verpflichtet sind.

3.1 Vorüberlegungen

Die Vorschläge der Kommission stellen den Versuch dar, ein umstrittenes Gebiet in „tastender Weise“ regulatorisch anzugehen. Regulatorische Zurückhaltung ist grundsätzlich wünschenswert.⁴¹ Legt man allerdings den Maßstab des Telekommunikationsrechts an,⁴² wann gesetzgeberische Interventionen geboten sind, zeigt sich, dass ordnende Eingriffe in der Plattformökonomie angemessen sind. In § 10 Abs. 2 TKG wird ein Eingreifen bejaht für Märkte,

„[...] die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und

³⁷ Vgl. Thorsten Käseberg, Wettbewerbspolitik in dieser Legislaturperiode: 10. GWB-Novelle und Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, NZKart 2018, 441.

³⁸ Rupprecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, 2018, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.html>; siehe auch dies., GRUR 2018, 1004 ff.

³⁹ Heike Schweitzer/Justus Haucap/Wolfgang Kerber/Robert Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html>.

⁴⁰ Siehe Mandat der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2018, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/einsetzung-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile.

⁴¹ Vgl. Friso Bostoien, Internet Policy Review 2018 7(1), 1, 19, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3161328>.

⁴² Heike Schweitzer/Thomas Fetzer/Martin Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper 2016, S. 56.

auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.“⁴³

Die drei hier genannten Kriterien sind auf Plattformmärkten greifbar: Durch Netzwerkeffekte entstehen Marktzutrittsschranken, es besteht eine Tendenz zur Monopolisierung, kartellrechtliche Mittel genügen nicht. In der Folge droht ein Marktversagen. Dafür gibt es zumindest, wie unter 1.2.3 dargelegt, erhebliche Indizien. In Anbetracht der Tatsache, dass es bei den folgenden Vorschlägen nicht um eine „Regulierung der Plattformökonomie“ geht, sondern lediglich um das Einziehen bestimmter Leitplanken für die Tätigkeit von Plattformbetreibern, ist nach diesem Maßstab ein gesetzgeberischer Eingriff gerechtfertigt. Die für die Kodifizierung notwendige Herausbildung wettbewerblicher Grundsätze hat in den Kartellbehörden und Gerichten weitgehend stattgefunden. Die folgenden drei Empfehlungen sind aus dieser Praxis heraus entwickelt. Sie verursachen auch für kleinere und mittlere Intermediäre keine erheblichen Kosten.

3.2 Neutralität

Empfohlen wird, bei Vergleichen und Suchergebnissen, die den Anspruch erheben oder den Eindruck erwecken, neutral und objektiv zu sein, ein Verbot vorzusehen, Vergütungen an den Intermediär für die Platzierung zu berücksichtigen. Das Prinzip „pay to play“ wird damit untersagt. Abgestellt wird die Praxis, dass in Suchergebnissen solche Unternehmen bevorzugt behandelt werden, die an den Plattformbetreiber eine Zahlung geleistet haben. Dies bedeutet ein Neutralitätsgebot für den Portalbetreiber, das über die reine Transparenzpflicht, die in den Entwürfen der Kommission vorgesehen ist,⁴⁴ hinausgeht.

3.2.1 Ökonomische Legitimation des Neutralitätsgebots

Such- und Vergleichsergebnisse sollen dem Verbraucher eine Hilfestellung bei der Entscheidung für bestimmte Produkte oder Dienstleistungen geben. Gelingt das, wird die wettbewerbliche Situation verbessert, da die Schiedsrichter-Funktion des Verbrauchers voll entfaltet werden kann. Werden die Informationen aber verzerrt dargestellt, trifft der Verbraucher eine schlecht informierte Entscheidung. Das führt zu volkswirtschaftlich schädlichen Fehlallokationen.⁴⁵

⁴³ Der hier festgelegte Drei-Kriterien-Test geht zurück auf Erw.Gr. 9 der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003, 2003/311/EG, sog. „Märkteempfehlung“. Siehe auch Plattform Industrie 4.0, Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, 2018, S. 47; Hubertus Gersdorf in: Gerald Spindler/Fabian Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 10 TKG Rn. 30 ff.; Raimund Schütz in: Martin Geppert/Raimund Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 10 TKG Rn. 14 ff.

⁴⁴ Art. 5 Abs. 1 UA 2 VO-E und Art. 1 Nr. 6 RL-E. Dazu siehe auch oben 2.1.

⁴⁵ Michael Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 249 ff.

Die Berücksichtigung von Zahlungen an den Informationsintermediär führt zu einer solchen Verzerrung: Das Suchergebnis ist dann nicht mehr an neutral-objektiven Kriterien aus Sicht des Verbrauchers ausgerichtet, also an leistungswettbewerblichen Kriterien. Vielmehr fließt – aus Sicht des Verbrauchers – ein sachfremder Parameter in die Darstellung ein.⁴⁶

Sachfremd ist dieser Parameter, da die finanzielle Vergütung an den Intermediär kein Faktor ist, der die Auswahlentscheidung nach dem eigentlich nachgefragten Produkt bereichern könnte: Kein Verbraucher entscheidet sich deshalb für ein bestimmtes Auto, weil der Autohändler an den Betreiber eines Vergleichsportals eine Zahlung geleistet hat. Dieser Umstand bezieht sich nämlich auf einen vorgelagerten Markt, nicht den eigentlichen Markt der Auswahl. Im Gegenteil: Der Effekt kann ausschließlich ein negativer sein, da durch die Zahlung nämlich ggf. eine Priorisierung in der Darstellung der Suchergebnisse stattfindet, die weniger leistungsstarke Angebote nach vorne zieht.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein rational investierender Werbetreibender nur dann Zahlungen leisten wird, wenn daraus trotz der Sachfremdheit ein Werbeeffect beim Verbraucher eintritt. Es wird also geradezu auf die Fehlverarbeitung der Information durch den Verbraucher abgezielt:⁴⁷ Statt seine Entscheidung auf neutral-objektiver Informationsgrundlage zu treffen, entscheidet sich der Verbraucher auf Basis der durch Vergütung verzerrten Informationen. Auf den Punkt gebracht bedeutet dies: Suchlisten und Rankings mit erkaufte Platzierungen ist die Irreführung von Verbrauchern inhärent.

Mittelfristig wird dadurch das Vertrauen in Vergleiche und Suchlisten erschüttert. Das kann zur Folge haben, dass die volkswirtschaftlich gewünschte Bereitstellung vergleichender Informationen aufgrund mangelnden Verbrauchervertrauens am Markt verschwindet.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. BGH, 27.4.2017, Az. I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265, 1267 m. Anm. Philipp Eckel – Preisportal.

⁴⁷ Oren Bar-Gill, Competition and Consumer Protection: A Behavioral Economics Account, NYU Law and Economics Research Paper No. 11-42, 2011, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1974499>; Petra Persson, Attention Manipulation and Information Overload, NBER Working Paper No. w23823, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3049715>.

⁴⁸ Vgl. Heike Schweitzer/Thomas Fetzer/Martin Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper 2016, S. 13.

3.2.2 Erforderlichkeit einer Regelung

Rank	Average click rate
1.	34.35%
2.	16.96%
3.	11.42%
4.	7.73%
5.	6.19%
6.	5.05%
7.	4.02%
8.	3.47%
9.	2.85%
10. (end of the first general search results page)	2.71%
11. (beginning of the second general search results page)	1.11%
12. and beyond	<1%

Transparenz ist kein milderes, gleich wirksames Mittel gegen die Verzerrung durch Vergütung: Transparenz mag zwar im besten Fall die sonst fehlende Verbraucherskepsis aktivieren. Wie unter 2.2 dargelegt, genügt die Bereitstellung von Informationen jedoch nicht. Im speziellen Fall von Suchlisten ist zu beachten, dass Verbraucher ohnehin nur eine geringe Anzahl von Suchergebnissen überhaupt wahrnehmen. In der *Google Shopping*-Entscheidung hat die Kommission dies eindrucksvoll nachgewiesen.⁴⁹ Demnach fällt der Blick des Nutzers bei einer Google-Recherche auf die ersten drei bis fünf Suchergebnisse, die übrigen Suchergebnisse

werden weitgehend ignoriert. 95 % aller Klicks als Folge einer Suchanfrage werden zu den ersten zehn Suchergebnissen gesetzt (vgl. Tabelle Rank/Average click rate⁵⁰).

Der Effekt, dass später gelistete Ergebnisse weitgehend ignoriert werden, fällt bei kleineren Bildschirmen (Smartphones) noch deutlicher aus. Erst recht wird dies für sprachgesteuerte digitale Assistenten gelten, die keine oder nur eine sehr begrenzte Auswahl auditiv anbieten.

Dieses Ergebnis mag nicht für alle Vergleichsportale oder Suchlisten genauso stark ausfallen wie für die allgemeine Internetsuche. Es wird aber in der Tendenz ähnlich sein. Das bedeutet: Transparenz nützt leistungsstarken Anbietern nichts, wenn beispielsweise die Plätze 1, 4 und 5 eines Rankings durch gekaufte Platzierungen vergeben sind.

Hinzu kommt, dass der Werbeeffect bleibt: Entscheidet sich der Verbraucher nicht sofort, wird in der Erinnerung im Zweifel nicht mehr detailliert abrufbar sein, welcher der erstplatzierten Anbieter in einer Suchliste sein Ergebnis erkaufte und welcher es durch Leistung erarbeitet hat.

Der Vorteil eines Verbots im Verhältnis zur Offenlegung der Ranking-Parameter besteht darin, dass keine Rechtsstreitigkeiten darüber zu führen sind, welches die wesentlichen Parameter sind. Geschäftsgeheimnisse, insbesondere der Algorithmus, können gewahrt bleiben.⁵¹

⁴⁹ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740, Ziff. 454 ff. - Google Shopping.

⁵⁰ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740, Ziff. 457 - Google Shopping.

3.2.3 Normative Anknüpfungspunkte

Für ein entsprechendes Verbot der kostenpflichtigen Berücksichtigung gibt es im geltenden Recht bereits Anknüpfungspunkte. Verschleierte Werbung, also das fehlende Offenlegen einer zugrundeliegenden Finanzierung, ist gem. § 5a Abs. 6 UWG bzw. Art. 7 Abs. 2 UGP-Richtlinie untersagt. In diesen Normen wird auf den Fall abgezielt, dass z. B. eine Zeitschrift einen Beitrag abdruckt, der wie ein redaktioneller Beitrag aussieht, ohne dass erkennbar ist, dass der Beitrag bezahlt wurde. Es ist also Transparenz herzustellen.

Es bleibt auch nach der hier empfohlenen Regelung einem Betreiber eines Vergleichsportals unbenommen, Werbeplätze auf seiner Website zu verkaufen. Diese dürfen aber nicht in das Ranking einfließen oder dessen Sortierung beeinflussen. Die vom Verbraucher nachgefragte Leistung des Intermediärs liegt bei solchen Suchen und Vergleichen gerade in der leistungsgerechten Zusammenstellung. Hinzu kommt, dass das Darstellungsformat eines Suchergebnisses sehr viel anfälliger für Täuschungen ist als etwa das Layout einer Zeitschrift.

Keine Rechtfertigung liegt in der notwendigen Finanzierung des Angebots des Portalbetreibers. Dogmatisch folgt dies schon daraus, dass unlautere und volkswirtschaftlich schädliche Geschäftsmodelle gerade nicht den Schutz der Rechtsordnung genießen können. Es ist dem Portalbetreiber aber auch nicht versagt, außerhalb der Darstellung der Suchergebnisse Werbung zu zeigen oder andere Finanzierungsquellen zu finden.

Erkaufte Rankingplätze sind auch nicht mit den sogenannten Werbekostenzuschüssen im stationären Handel vergleichbar. Im Offline-Handel wird dadurch nämlich nicht das gesamte Geschäftsmodell des Ladengeschäfts systematisch verzerrt: Im Ladengeschäft werden nicht vorgelagert Informationen für eine nachgelagerte Transaktion nachgefragt, sondern es geht gleich um das Gut selbst. Der Verbraucher kann das Produkt betrachten und vor Ort prüfen. Die Informationsbeschaffung und -prüfung liegt in seiner Hand. Das ist online gerade anders.

3.2.4 Handlungsempfehlung

Da erkaufte Rankings, Suchergebnisse oder Bewertungen die Informationsgrundlage verzerren und für den Verbraucher keinen Mehrwert bieten, sondern nur dazu geeignet und dazu gedacht sind, diesen irrezuführen, sind sie *systematisch* unlauter. Sie führen zudem in volkswirtschaftlich bedenklicher Weise zu einer Fehlallokation von Ressourcen. Da Transparenz nicht genügt, um diese negativen Effekte aufzuheben, ist ein Verbot erkaufter Platzierungen erforderlich.

⁵¹ Vgl. BDI, Stellungnahme zum EU-Verordnungsvorschlag Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, 18.7.2018, Ziff. 4.

3.3 Verbot der Selbstbevorzugung

Empfohlen wird, die Bevorzugung eigener Produkte und Leistungen der Intermediäre in der Ergebnisdarstellung bei Suchen und Rankings, das sog. „self-preferencing“, zu untersagen.⁵² Die „Gatekeeper“ der digitalen Marktplätze träge damit ein Gleichbehandlungsgebot, das über die Pflicht zur Transparenz hinausgeht.⁵³ Damit wird auch der Praxis entgegen gewirkt, dass sog. „White-Label“-Produkte, deren Herkunft für Verbraucher nicht erkennbar ist, die aber dem Konzern des Plattformanbieters zuzurechnen sind, eingeführte Produkte verdrängen.

3.3.1 Ökonomische Legitimation des Verbots der Selbstbevorzugung

Die Bevorzugung eigener Angebote der Intermediäre gegenüber fremden stellt für Verbraucher ebenso eine Problematik dar wie die Verzerrung des Angebots durch Vergütungen.⁵⁴ Wiederum wird statt einer neutral-objektiven Information das Ranking aus nicht-leistungsbezogenen Gründen manipuliert; entsprechend kommt es zu Entscheidungen auf Basis irreführender Informationen und also zu Fehlallokationen. Die Wirkung für Verbraucher ist identisch.

Hinzu kommt, dass die Selbstbevorzugung der Plattformbetreiber zu einer Monopolisierung weiterer Märkte führen kann, die durch den Transfer von Marktmacht oder durch die Ausnutzung von Informationsasymmetrien erreicht wird. Die volkswirtschaftlich problematische Wirkung von Netzwerkeffekten ist die Tendenz, dass diese zu vermachteten Marktstrukturen führen.⁵⁵ Wer die zentrale Operationsschnittstelle in einem mehrseitigen Markt besetzt, kann dies zum Nukleus eines Ökosystems machen. Innerhalb dieser Ökosysteme werden zunehmend eigene Dienstleistungen und Produkte durchgesetzt, da aufgrund von Lock-in-Effekten, hoher Wechselkosten, Bequemlichkeitsverzerrungen und Informationssteuerung alternative Angebote nicht mehr wahrgenommen werden. Die eigenen Produkte und Dienstleistungen werden aber nicht leistungsgerecht durchgesetzt. Es kommt vielmehr zu Hebelwirkungen („leveraging“), also der Nutzung von Macht in einem Segment zugunsten eines anderen, und zu konglomeraten Effekten, etwa der Ausnutzung von Portfolioeffekten oder der Koordination.⁵⁶ Werden Angebote von Konkurrenten systematisch zurückgesetzt,

⁵² Diese Forderung wird für das Ranking in Suchergebnissen auch vom Committee on Industry, Research and Energy des Europäischen Parlaments getragen, siehe Opinion vom 23.11.2018, 2018/0112(COD), Amendment 56. Vgl. auch Paul-Jasper Dittrich, Online Platforms and How to Regulate Them, Jacques Delors Institut Policy Paper 227, 2018, S. 10.

⁵³ Vgl. Art. 6 VO-E.

⁵⁴ Dazu siehe oben 3.2.1.

⁵⁵ Vgl. die Regierungsbegründung zu § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB, BT-Drucks. 18/10207, S. 49. Kritisch David S. Evans, Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights But Not Sleepy Monopolies, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3009438>. Evans historisch grundierte Analyse übersieht m.E. die neuere Tendenz zur Immunisierung von Geschäftsmodellen, dazu Ariel Ezrachi/Maurice E. Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 145 ff.

⁵⁶ Vgl. Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 Rn. 35 ff.; Torsten Körber, Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse, WuW 2008, 522, 528 m.w.N.

kann sich ein leistungsorientierter *on-platform*-Wettbewerb nicht entwickeln. Wer als Betreiber eines Marktplatzes Dritten Zugang eröffnet, ist auch gehalten, seine zentrale Rolle nicht zu missbrauchen. Das Geschäftsmodell Marktplatz ist dann von sonstigen Aktivitäten zu trennen.

3.3.2 Erforderlichkeit einer Regelung

Die Regelung ist erforderlich. Ein milderer Mittel wäre die Schaffung von Transparenz für Verbraucher. Das ist im Richtlinienvorschlag der Kommission bislang nicht vorgesehen, würde aber aus den unter 3.2.2 bereits zu kostenpflichtigen Angeboten gemachten Gründen auch nicht genügen.

Die Erläuterung der „differenzierten Behandlung“ für gewerbliche Nutzer der Online-Portale, wie sie derzeit im VO-E vorgesehen ist, mag zwar einige Missstände beheben. Das bloße Wissen darum, nicht gleichbehandelt zu werden, eröffnet aber noch nicht die Chance auf Teilnahme an einem Leistungswettbewerb.

3.3.3 Normative Anknüpfungspunkte

Das Verbot der Selbstbevorzugung ist im europäischen Recht vorgeprägt durch die *Google Shopping*-Entscheidung der Kommission.⁵⁷ Die Kommission hatte als Leitprinzip festgehalten:

„Customers and users should have the opportunity to benefit from whatever degree of competition is possible on the market and competitors should be able to compete on the merits for the entire market and not just for a part of it.“⁵⁸

In dem Fall ging es um die schlechtere Positionierung von anderen Preisvergleichsanbietern in Google-Suchergebnissen im Verhältnis zur Google-Preissuche. Die Kommission wies nach, dass auf verschiedenen Märkten wettbewerbsschädigende Auswirkungen durch diese Selbstbevorzugung eintraten.⁵⁹ Eine sachliche Rechtfertigung für die Selbstbevorzugung konnte die Kommission nicht erkennen.⁶⁰ Im Ergebnis attestierte sie Google die Ausdehnung der eigenen Marktmacht durch leistungsfremde Mittel und schuf damit einen Präzedenzfall für digitale Märkte.⁶¹

Die Kommission stützte ihre Entscheidung auf Art. 102 AEUV, also das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht. Nicht jeder Portalbetreiber, der von der hier empfohlenen Regelung erfasst würde, ist allerdings als marktmächtig zu qualifizieren. Die hier ausgesprochene Empfehlung dehnt also die Grundsätze aus *Google Shopping* auf Intermediäre im B2P2C-Geschäft allgemein aus. Eine normative

⁵⁷ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740 – Google Shopping.

⁵⁸ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740, Rz. 339 – Google Shopping.

⁵⁹ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740, Rz. 589 ff. – Google Shopping.

⁶⁰ Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740, Rz. 653 ff. – Google Shopping.

⁶¹ Vgl. Thomas Höppner, Google Search (Shopping): Etablierte Missbrauchskriterien für digitalen Präzedenzfall, WuW 2017, 421.

Rechtfertigung findet diese Empfehlung zum einen im Schutz der Verbraucher vor einer Marktverzerrung, zum anderen in der für Marktplätze erforderlichen Chancengleichheit. Hinzu kommt, dass durch die sich selbst verstärkenden Effekte, die durch das Bevorzugen eigener Inhalte möglich sind, das „tipping“ von Märkten gefördert wird. Plattformbetreiber, die durch geschickte Informationssteuerung primär ihre eigenen Angebote durchsetzen, sichern damit ihre Stellung ab und integrieren immer weitere Bereiche in ihr wirtschaftliches Ökosystem – eine für die MAGAF-Unternehmen bekannte Expansionsstrategie.⁶²

Rechtlich betrachtet kommt die Empfehlung einem Diskriminierungsverbot gleich. In die Pflicht zur Gleichbehandlung werden die Plattformbetreiber und Vergleichsportalanbieter wegen ihrer Tätigkeit als marktsteuernde Akteure genommen: Sie eröffnen Marktplätze, verteilen Informationen und koordinieren Angebot und Nachfrage. Wer diese Rolle übernimmt, muss sich auch an die Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit solcher Märkte halten; das rechtfertigt die Auferlegung von Gleichbehandlungspflichten. Diskriminierungen sind unzulässig, wenn ihnen der sachliche Grund fehlt und eine Eignung zur Benachteiligung im Wettbewerb gegeben ist.⁶³ Für die Bevorzugung eigener Angebote streiten keine Sachgründe, wohl aber geht damit eine Benachteiligung anderer, ebenso effizienter Wettbewerber einher. Wenn die eigenen Angebote günstiger oder qualitativ besser sind als andere Angebote, können sie sich im Leistungswettbewerb unter gleichen Wettbewerbsbedingungen durchsetzen. Sind sie es nicht, besteht seitens der Verbraucher kein Interesse daran, diese Angebote bevorzugt gegenüber anderen angezeigt zu bekommen.

3.3.4 Handlungsempfehlung

Die Bevorzugung eigener Angebote bei der Darstellung von Suchergebnissen erschwert es für den Verbraucher, eine gut informierte Auswahl zu treffen. Bislang ist dafür nicht einmal ein Transparenzregime in Richtung der Verbraucher vorgesehen. Selbst wenn ein solches vorläge, würde die Verbraucherentscheidung aber immer noch verzerrt. Insbesondere führt die Diskriminierung anderer Angebote aber dazu, dass die ohnehin vorhandenen Monopolisierungs- und Ausdehnungstendenzen von Plattformen verstärkt werden. Andere Unternehmen starten auch bei ebenso effizienter Leistungserbringung von einer schlechteren Position aus. Empfohlen wird daher, die Betreiber von digitalen Marktplätzen und Informationsintermediäre zu verpflichten, alle Anbieter auf dem Markt, sich selbst eingeschlossen, gleich zu behandeln.

⁶² Vgl. schon früh Jürgen Kühling/Nicolas Gauß, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, MMR 2007, 751. Siehe auch die Analyse der Entscheidung Europäische Kommission, 23.2.2016, Fall M.7813 – Sanofi/Google in Rupprecht Podszun, Dismembering Producers from Customers, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 2/2018, 50.

⁶³ Vgl. EuGH, 19.4.2018, Rs. C-525/16 – MEO; BGH, 12.4.2016, Az. KZR 30/14 – NetCologne.

3.4 Verbot von Exklusivbindungen

Empfohlen wird, über die Pflicht zur Transparenz hinaus⁶⁴ Beschränkungen zu verbieten, die die Intermediäre Unternehmen für das Anbieten ihrer Leistungen auf anderen Wegen auferlegen.⁶⁵ Mit solchen Beschränkungen sind insbesondere Exklusivbindungen, Bestpreisklauseln (sog. „MFN-“ oder „APPA-Klauseln“) oder Wettbewerbsverbote gemeint. So muss es Unternehmen grundsätzlich erlaubt sein, ihre Angebote bei konkurrierenden Plattformen oder auf der eigenen Website zu günstigeren Konditionen anzubieten.

Durch das an den Portal- oder Plattformbetreiber gerichtete Verbot, solche Bedingungen einseitig durchzusetzen, wird dem Leistungserbringer nicht die Möglichkeit genommen, von sich aus auf verschiedenen Vertriebswegen zu denselben Konditionen zu vertreiben. Es belässt aber die Entscheidungsautonomie darüber beim Unternehmen und bietet damit auch einen Anreiz zu Preissenkungen, wenn die dadurch entstehenden Mengeneffekte auf eigenen Vertriebskanälen realisiert werden können.

3.4.1 Ökonomische Legitimation des Verbots von Exklusivbindungen

Ausschließlichkeitsbindungen beschränken die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher und die Angebotsmöglichkeiten der Leistungserbringer. Insbesondere kann es zu einer Marktabschottung kommen.⁶⁶ Dies begünstigt die jeweils stärkste Plattform und den jeweils stärksten Portalbetreiber, sodass die Gefahr des „tippings“ samt der damit einhergehenden Wettbewerbsverkürzung steigt. Der Restwettbewerb wird durch eine Tendenz zur Gleichförmigkeit des Angebots systematisch eingeschränkt, da sich alternative Vertriebswege nur bei Inkaufnahme eigener Einbußen durch günstigere Konditionen am Markt bekannt machen können.⁶⁷ Der Anreiz für Verbraucher, alternative Vertriebswege zu testen, wird ebenso geringer wie der Anreiz für Leistungserbringer, sich an neue Portale zu binden. Das erschwert den Marktzutritt. Der Innovationswettbewerb wird eingeschränkt, da sich neuartige Angebote weniger gut am Markt durchsetzen können.

Teilweise führen Ausschließlichkeitsbindungen aber auch zu Effizienzen: So können Suchkosten für Verbraucher reduziert werden. Investitionen werden amortisiert, da das Trittbrettfahrerproblem gelöst wird (also etwa die Suche auf einer besonders innovativen Plattform vorgenommen wird, die Buchung dann aber auf der Website des Anbieters unternommen wird). Deshalb gilt im Kartellrecht

⁶⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 VO-E.

⁶⁵ Diese Forderung wird auch vom Committee on Industry, Research and Energy des Europäischen Parlaments getragen, siehe Opinion vom 23.11.2018, 2018/0112(COD), Amendment 67.

⁶⁶ Vgl. Daniel Zimmer in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 342 ff.; Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2017, Ch. 10.8.

⁶⁷ Dabei wird davon ausgegangen, dass nur der intern berechnete Preis einer Bindung unterliegt.

für solche Beschränkungen ein differenziertes Regime, bei dem im Einzelfall abgewogen werden kann.⁶⁸ Die klassischen Effizienzvorträge bei Ausschließlichkeitsbindungen sind aber zugeschnitten auf ein vertikales Zuliefer-Vertriebsverhältnis. Die Unterschiede zur B2P2C-Konstellation sind erheblich.⁶⁹

Die negativen Wirkungen einer Verbraucherschädigung und Marktabschottung scheinen derzeit theoretisch denkbare Effizienzgewinne zu überwiegen. Daher scheint es ökonomisch vorzugswürdig, die Offenhaltung alternativer Vertriebswege als Regelungskonzept umzusetzen statt einen regulatorischen Flickenteppich zuzulassen.

3.4.2 Erforderlichkeit einer Regelung

Mildere Mittel sind nicht ersichtlich. Die schlichte Transparenz, die im Verordnungsentwurf vorgesehen ist, erbringt keine wesentlichen Verbesserungen;⁷⁰ kartellrechtliche Regeln genügen, wie dargestellt, nicht.

3.4.3 Normative Anknüpfungspunkte

Normative Anknüpfungspunkte für ein derartiges Verbot ergeben sich vor allem aus dem Kartellrecht, das sowohl aus Art. 101 AEUV als auch aus Art. 102 AEUV immer wieder in verschiedenen Konstellationen zur Prüfung solcher Klauseln gekommen ist.⁷¹

Neben der Rechtsprechung zu den Bestpreisklauseln ist für den Digitalbereich auf die Entscheidung *Google Android* der Europäischen Kommission hinzuweisen. Google war hier untersagt worden, durch verschiedene Einschränkungen bei der Nutzung des Betriebssystems Android die eigene Stärke auf verschiedenen Märkten abzusichern.⁷² Auch darin lag eine Behinderung alternativer Wege, den Verbraucher – ohne Google – zu erreichen.

3.4.4 Handlungsempfehlung

Beschränkungen für alternative Wege im Wettbewerb entfalten automatisch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Darunter leiden vor allem die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher und der

⁶⁸ Vgl. Daniel Zimmer in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 342 ff. m.w.N.; Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2017, Ch. 10.8d.

⁶⁹ Vgl. nur die Beispiele bei Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2017, Ch. 10.8d. sowie in Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010/C 130/01, Ziff. 128 ff.

⁷⁰ Siehe oben 2.2.

⁷¹ Vgl. Bundeskartellamt, 4.12.2017, Az. B6-132/14-2 – CTS Eventim; Georg-Klaus de Bronett in: Gerhard Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 22 Rn. 104 ff.; Daniel Zimmer in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 342 ff. m.w.N.; Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2017, Ch. 10.8d.

⁷² Europäische Kommission, 18.7.2018, Fall 40099 – Google Android (noch unveröffentlicht).

Innovationswettbewerb. Dass diese im Onlinebereich durch Effizienzen aufgewogen werden, ist nicht ersichtlich. Es wird daher empfohlen, die Regel in Art. 8 VO-E als Verbotsnorm auszugestalten.

3.5 Perspektiven

Einige der hier empfohlenen Regeln ergeben sich in bestimmten Konstellationen schon jetzt aus dem geltenden Recht. Andere Probleme werden weiterhin durch kartellrechtliche Verfahren erfasst, wie sich in der Einleitung von Verfahren gegen Amazon im Jahr 2018 durch die Europäische Kommission (wegen des Umgangs mit Daten) und das Bundeskartellamt (wegen Geschäftsbedingungen) manifestiert.⁷³ Die hier empfohlenen Regeln stellen erste Leitplanken für digitale Marktplätze und Informationsintermediäre dar – nicht mehr und nicht weniger. Dies ist für alle beteiligten Unternehmen im Sinne der Rechtssicherheit eine Vereinfachung. Zu einer Hemmung von Innovationen führen die hier vorgesehenen Schritte nicht. Sie wirken vielmehr darauf hin, dass sich leistungsstarke Angebote auch beim Verbraucher durchsetzen können.

Die Kommission sieht in Art. 14 VO-E selbst eine Überprüfung der Vorschriften im Drei-Jahres-Rhythmus vor. Dadurch soll sichergestellt werden, dass eventuelle Überregulierungen oder Defizite rasch erkannt und abgestellt werden können.

4. Normadressaten

Die hier ausgesprochenen Empfehlungen sollen für B2P2C-Plattformen und B2P2C-Portalbetreiber gelten, die auf Märkten tätig sind, auf denen wegen Netzwerkeffekten die Gefahr des „tippings“ besteht. Verpflichtet werden sollen damit gerade diejenigen Betreiber von Portalen, Plattformen und Suchmaschinen, die die Schnittstelle zwischen Verbrauchern und Unternehmen besetzen, den Informationsfluss steuern und die potentiell diese Schnittstelle monopolisieren können.

Die im RL-E der Kommission⁷⁴ vorgesehenen Regelungen adressieren jeweils alle Unternehmen gleichermaßen. Spezifische Informationspflichten werden allerdings für „Online-Marktplätze“ statuiert. Ein Online-Marktplatz ist ein „Diensteanbieter, der es Verbrauchern ermöglicht, [...] Online-Verträge mit Unternehmen und Verbrauchern abzuschließen“ (Art. 2 Abs. 1 Nr. 19 RL-E).

⁷³ Vgl. Competition Policy International, 19.9.2018, Meldung „EU: Vestager opens probe into Amazon“, abrufbar unter <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-vestager-opens-probe-into-amazon-use-of-data-about-merchants>; Bundeskartellamt, 29.11.2018, Pressemitteilung „Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon“, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

⁷⁴ Siehe oben 2.1.

Der VO-E der Kommission richtet sich an „Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen“ (Art. 1 Abs. 2 VO-E). Als Online-Vermittlungsdienste werden gem. Art. 2 Nr. 2 VO-E Transaktionsplattformen angesehen, die es Unternehmen ermöglichen, Transaktionen mit Verbrauchern einzugehen. Als Online-Suchmaschinen werden gem. Art. 2 Nr. 5 VO-E allgemeine Suchwebsites eingestuft, die für den Nutzer „grundsätzlich auf allen Websites“ suchen.

4.1 B2P2C

Empfohlen wird, grundsätzlich an der Normadressatenrichtung von Richtlinie und Verordnung festzuhalten. Klarzustellen ist, dass der Anwendungsbereich weit greift und sowohl Vergleichsportale als auch soziale Netzwerke einschließt, auch wenn es nicht unmittelbar zu Vertragsabschlüssen kommt.⁷⁵ Verpflichtungen, die in der Richtlinie niedergelegt werden, sollten nicht an eine Transaktion geknüpft werden, sodass auch andere Anbieter (Suchmaschinen, Vergleichsportale), die einen besonderen Einfluss auf die Auswahlentscheidung des Verbrauchers haben, ggf. erfasst sind.

Wird diesem Vorschlag gefolgt, entsteht ein Regime, das umfassend darauf ausgerichtet ist, Plattformen in die Pflicht zu nehmen, die die Schnittstelle zwischen Verbrauchern und Unternehmen besetzen. Die von den Ver- und Gebotsnormen adressierten Unternehmen sind potenzielle „Gatekeeper“. Da eine solche Stellung einen mehrseitigen Markt voraussetzt, erfassen die Regelungen solche Konstellationen, in denen Netzwerkeffekte wirken können.⁷⁶ Bei Netzwerkeffekten besteht stets die Gefahr, dass ein Wettbewerb um den Markt entsteht, an dessen Ende nur eine einzige Plattform übrigbleibt. Eine weitergehende Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Plattformen ist nicht geboten.⁷⁷ Das Phänomen der Netzwerkeffekte ist mehrseitigen Märkten eigen. Im Übrigen sind die hier empfohlenen Vorschriften auf solche Verhaltensweisen zugeschnitten, die typischerweise zu Verbraucher- und Wettbewerbsschädigungen führen. Es besteht also kein regulatorisches Überziehen der Anforderungen.

4.2 Anknüpfungspunkt „Intermediationsmacht“

Der Anknüpfungspunkt für die hier empfohlenen Verpflichtungen liegt darin, dass einige Unternehmen die Entscheidungen anderer Marktteilnehmer über die Informationsverteilung erheblich steuern und Angebot und Nachfrage zentral koordinieren können. Dies trifft – in unterschiedlichen Graden, aber im Kern identisch – auf die Betreiber von Plattformen, Vergleichsportalen, Suchmaschinen und

⁷⁵ Vgl. Christoph Busch, Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie, IWRZ 2018, 147, 148.

⁷⁶ Vgl. Jean-Charles Rochet/Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, 1(4) Journal of the European Economic Association, 2003, 990 ff.

⁷⁷ Vgl. zur Abgrenzung nur Andreas Engert, Digitale Plattformen, AcP 218 (2018), 304, 305 ff.

erst recht auf die Betreiber von wirtschaftlichen „Ökosystemen“ zu. Sie alle bieten eine Infrastruktur für wirtschaftliche Entscheidungen anderer Marktteilnehmer. Ihnen kommt „Intermediationsmacht“ zu.⁷⁸

Dieser Begriff ist auch ein zentrales Element in der Studie für das Bundeswirtschaftsministerium von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, die vorschlagen, „Intermediationsmacht“ als Anknüpfungspunkt für Marktbeherrschung in das Kartellrecht aufzunehmen.⁷⁹ Dieser Vorschlag ist zu begrüßen, wird dadurch doch klargestellt, dass nicht nur im Angebot oder in der Nachfrage wirtschaftliche Macht konzentriert werden kann, sondern auch in der Vermittlungsleistung.

Das Kartellrecht, das Vermachtungssituationen grundsätzlich erfasst, genügt für die Statuierung dieser besonderen Verantwortung nicht, da es für die Anwendung von §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV Marktbeherrschung oder Abhängigkeit voraussetzt.

Der Nachweis von Marktbeherrschung ist stets mit großem Aufwand verbunden und kann nur im Einzelfall erfolgen. Problematisch ist, dass der bisherige Ansatz zur Abgrenzung von Märkten und zur Bestimmung von Marktmacht die wirtschaftliche Rolle von Plattformen kaum adäquat abbildet.⁸⁰

Der Nachweis von Abhängigkeit wiederum setzt voraus, dass abhängige Unternehmen sich gegen diejenigen stellen, von denen sie abhängig sind, was die Rechtsdurchsetzung erheblich erschwert („Ross und Reiter“-Problematik).⁸¹

Angesichts dieser Defizite ist das hier vorgeschlagene Modell vorzugswürdig: Es legt Mindeststandards für alle digitalen Marktplätze und Informationsportale unabhängig von der konkreten Position des Intermediärs fest.

4.3 Handlungsempfehlung

Das Entscheidende an der Intermediation ist der infrastrukturelle, zentral koordinierende Charakter dieser Informations- oder Transaktionsvermittlung, sodass automatisch eine Schlüsselstellung („Gatekeeper“-Position) gegeben ist. Intermediäre im B2P2C-Geschäft können sowohl die Angebotsentscheidung der Unternehmen steuern als auch die Nachfrageentscheidung der Verbraucher. Es ist

⁷⁸ Vgl. zur zunehmenden Heranziehung des Intermediärs als Verantwortlichem in anderen Rechtsbereichen Boris Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (Medienrecht); Gerhard Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 BGB Rn. 733 ff. (Deliktsrecht); Ansgar Ohly, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (Immaterialgüterrecht).

⁷⁹ Heike Schweitzer/Justus Haucap/Wolfgang Kerber/Robert Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, 2018, S. 66 ff.

⁸⁰ Vgl. Andrea Lohse, Marktmachtmissbrauch bei Plattformen?, ZHR 2018, 321; Maren Tamke, Marktmacht in digitalen Märkten nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2018, 503; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016.

⁸¹ Vgl. Bundeskartellamt, 3.7.2014, Az. B2-58/09, Ziff. 86 – Edeka.

geboten, Unternehmen an einer solchen Schlüsselstelle eine „besondere Verantwortung“ für das Funktionieren der Märkte im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu marktbeherrschenden Unternehmen zuzuweisen.⁸²

5. Rechtsdurchsetzung

Die materiellen Standards bedürfen einer effektiven Durchsetzung. Empfohlen wird dazu, über die bisher vorliegenden Vorschläge hinaus, die Einrichtung einer europäischen Aufsichtsinstanz bei der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission.

5.1 Anforderungen

Derzeit werden in der Plattformökonomie Kartellbehörden (und außerhalb Deutschlands auch Verbraucherschutzbehörden) teilweise ebenso tätig wie private Kläger (z. B. Verbraucherverbände). Die so eingeleiteten Verfahren erreichen aber keinen umfassenden Rechtsschutz:

- Die Ermittlung von Rechtsverstößen ist für private Kläger häufig nicht durchführbar.⁸³ Mit hoheitlichen Befugnissen ist die Ermittlung zwar möglich, es gibt in Deutschland und auf zentraler Ebene in der EU aber bislang keine Behörden, die den wirtschaftlichen Verbraucherschutz durchsetzen.
- Die Verfahren erzielen keine Breitenwirkung für andere Plattform- und Portalbetreiber, da zivilgerichtliche Urteile nur *inter partes* wirken und Entscheidungen der Kartellbehörden nur einzelne Unternehmen binden.⁸⁴
- Für einzelne Verbraucher, aber auch für Verbände fehlt häufig der Anreiz, gegen Rechtsverstöße vorzugehen, weil es sich bei der finanziellen Einbuße um Streuschäden handelt oder weil das Prozessrisiko zu hoch ist, insbesondere bei finanzstarken Gegnern.⁸⁵
- Das Vorgehen ist in der EU national fragmentiert. So kam es bei Hotelbuchungsplattformen zu mehreren abweichenden Entscheidungen über Bestpreisklauseln.⁸⁶

⁸² St. Rspr. seit EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, Rn. 57 – Michelin. Siehe Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 130.

⁸³ Rupprecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 170 ff.

⁸⁴ Rupprecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 172 f.

⁸⁵ Rupprecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 176 f.

⁸⁶ Mette Alfter/Matthias Hunold, Weit, eng oder gar nicht? Unterschiedliche Entscheidungen zu den Bestpreisklauseln von Hotelportalen, WuW 2016, 525.

- Kartellbehördliche Verfahren erzielen ihre Wirkungen zu spät, da sie zu lange dauern und Abhilfemaßnahmen schwer zu entwickeln sind.⁸⁷

Die bisher geführten Verfahren in Einzelfällen geben wichtige Orientierung für die wettbewerbliche Ordnung. Zugleich wurde deutlich, dass mit langwierigen Einzelfallentscheidungen keine Rechtssicherheit und keine Ordnung der digitalen Marktplätze und Informationsforen geschaffen werden kann. In der Folge können einige Marktteilnehmer quasi grenzenlos von Rechtsverletzungen profitieren, da weder materielle Standards noch eine effektive Durchsetzung gegeben sind. Ein Durchsetzungsregime für digitale Marktplätze muss daher umfassende, europäische Regelungen vorsehen.

5.2 Aktuelle Initiativen

Die Europäische Kommission setzt im VO-E auf eine Verbesserung des internen Beschwerdemanagements des Plattformbetreibers, Mediation zwischen Plattform und Unternehmen, kollektive Klagemöglichkeiten von Verbänden vor nationalen Gerichten und Selbstregulierung durch Verhaltenskodizes (Art. 9-13 VO-E). Eingesetzt wird zudem eine Beobachtungsstelle für die Online-Plattformwirtschaft („Observatory“).⁸⁸ Eine behördliche Durchsetzung der Transparenzpflichten ist nicht vorgesehen.

Nach diesem Modell verbleibt die Durchsetzung der Standards allein in den Händen der beteiligten Unternehmen. Weigern sich die Plattformbetreiber, ihren Pflichten nachzukommen, hängt es von den Mitteln der Betroffenen ab, ob sie Rechtstreue durchsetzen können. Das ist gerade für die problematischen Konstellationen der Abhängigkeit zweifelhaft.

Im RL-E geht die Europäische Kommission darüber hinaus. Für den Bereich der hier besonders interessierenden Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG), deren Durchsetzung derzeit den Mitgliedstaaten überlassen ist, fordert sie:

- individuelle Verbraucherrechte, die auf die Kündigung eines Vertrags oder die Geltendmachung von Schadensersatz gerichtet sind (Art. 1 Nr. 4 RL-E);
- wirksame Sanktionen, die durch Behörden oder Gerichte verhängt werden können, einschließlich der Möglichkeit von Geldbußen in Höhe von bis zu 4 % des Jahresumsatzes des Gewerbetreibenden, soweit es sich um weitverbreitete Verstöße handelt (Art. 1 Nr. 5 RL-E).

⁸⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Ziff. 504; Nicholas Economides/Ioannis Lianos, A Critical Appraisal of Remedies in the E.U. Microsoft Cases, Columbia Business Law Review 2 (2010), 346.

⁸⁸ Kommission, Beschluss vom 26.4.2018, C(2018) 2393.

Entsprechende Bußgelder sind auch für Verstöße gegen andere Richtlinien vorgesehen; angelehnt ist das 4-%-Modell an Art. 83 DSGVO. Im deutschen UWG gibt es derartige Befugnisse (von § 20 UWG abgesehen) aktuell nicht.

Individuelle Sanktionsmöglichkeiten der Verbraucher sind zu begrüßen, da sie Ausfluss der Schiedsrichter-Funktion sind und die Lösung von Verträgen erlauben, die mit Rechtsverstößen zustande gekommen sind. Allerdings wird die Wirkung dieser Möglichkeit angesichts geringer Klageanreize der Verbraucher praktisch begrenzt bleiben.

In Deutschland wurden kollektive Rechtsschutzinstrumente mit der Musterfeststellungsklage gestärkt.⁸⁹ Diese dürfte allerdings nicht geeignet sein, um die hier adressierten Rechtsverstöße abzustellen.

Eine behördliche Rechtsdurchsetzung des Lauterkeitsrechts ist in Deutschland derzeit, von Ausnahmebereichen abgesehen, nicht gegeben. Das Bundeskartellamt wäre als wettbewerbsorientierte Behörde sicher geeignet, in diesem Bereich tätig zu werden.⁹⁰ Eine erste Ermittlungsbefugnis für Verstöße gegen Verbraucherrecht wurde dem Bundeskartellamt mit der 9. GWB-Novelle übertragen (§ 32e Abs. 5 GWB). Das Amt hat daraufhin Untersuchungen zu Vergleichs- und Bewertungsportalen sowie zum Umgang mit Daten durch Smart-TV-Anbieter eingeleitet.⁹¹ Eher fernliegend ist der Vorschlag, eine „Digitalagentur“ einzurichten, die als nationale Regulierungsbehörde für das Internet agiert.⁹² Dies könnte zu einer für den Wettbewerb gefährlichen Verselbstständigung der Regulierung führen.

5.3 Europäische Task Force in der Wettbewerbsdirektion

Eine effektive Rechtsdurchsetzung setzt heute auf einen „Mix“ verschiedener Durchsetzungsinstrumente.⁹³ Individuelle Rechtsbehelfe von Verbrauchern treten neben kollektive Rechtsbehelfe, die über Verbände geltend gemacht werden, ergänzend werden Kartell- und Verbraucherschutzbehörden tätig, hinzu treten die Selbstregulierung und niederschwellige Konfliktlösungsmechanismen, etwa Mediation.

⁸⁹ §§ 606 ff. ZPO. Vgl. Erich Waclawik, Die Musterfeststellungsklage, NJW 2018, 2921.

⁹⁰ Vgl. Rupprecht Podszun/Christoph Busch/Frauke Henning-Bodewig, Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?, GRUR 2018, 1004.

⁹¹ Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 12.6.2017 zur Sektoruntersuchung Vergleichsportale, sowie BKartA, Pressemitteilung vom 13.12.2017 zu Smart-TV. Näher zu diesen neuen Befugnissen Rupprecht Podszun/Gregor Schmieder in: Christian Kersting/Rupprecht Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 85 ff.

⁹² BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 101; vgl. Ingo Brinker, Verbraucherschutz im GWB, NZKart 2017, 141.

⁹³ Vgl. Lothar Michael in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2012, § 41; Robert Baldwin/Martin Cave/Martin Lodge, Understanding Regulation, 2011, Kap. 7; Annetje Ottow, Market & Competition Authorities, 2015, S. 162 ff.

Für die hier vorliegenden Probleme zeichnet sich mit den Vorschlägen der Kommission ab, dass die „Werkzeugkiste“ um einige Werkzeuge bereichert wird. Das ist zu begrüßen. Es fehlt allerdings noch ein Element: die zentrale europäische Rechtsdurchsetzung. Dazu sollte eine europäische Task Force gebildet werden, die die Einhaltung der Regeln überwacht und ein rasches Durchsetzungsregime einführt.⁹⁴

Die weltweit ausgerollten Geschäftsmodelle großer Portalbetreiber erfordern eine institutionelle Antwort seitens der Europäischen Union insgesamt. Die nationale Fragmentierung fördert zwar den regulatorischen Wettbewerb um die beste Lösung, kann aber auch heißen, dass es zu unterschiedlichen Maßstäben, sich widersprechenden Entscheidungen und Hemmnissen in der Rechtsdurchsetzung kommt, wie die Auseinandersetzung um die Bestpreisklauseln von Hotelbuchungsplattformen zeigt.

Es bietet sich an, eine Task Force in der Generaldirektion Wettbewerb anzusiedeln, die Fälle von unionsweiter Bedeutung aufgreift und Entscheidungen trifft, die Orientierung für sonstige Behörden bieten. Dabei sollte die Task Force solche Fälle aufgreifen, die entweder volkswirtschaftlich besonders bedeutsam sind oder in denen Unsicherheit über die rechtlichen Anforderungen besteht. Hier ließe sich eine Anlehnung an das Kriterium der unionsweiten Bedeutung im Fusionskontrollrecht suchen. Gemäß Art. 1 Fusionskontroll-VO⁹⁵ greift die Kontrollzuständigkeit der Europäischen Kommission ein, wenn die betroffenen Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreichen. Dieses Kriterium ist insofern hilfreich, weil es rein formal ist und einfach bestimmt werden kann (anders als beispielsweise eine Marktanteilsschwelle).

Die Task Force sollte Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse erhalten, die denen im Kartellrecht ähneln. In Art. 1 Nr. 5, 2 Nr. 4, 3 und 4 RL-E wird den Mitgliedsstaaten aufgegeben, entsprechende Sanktionen für Verstöße im B2C-Bereich vorzusehen. Einen weiteren Anhaltspunkt bietet die Liste der „Mindestbefugnisse“ in Art. 9 der neugefassten CPC-Verordnung⁹⁶, wie z. B. der Zugang der Behörde zu Daten und Räumlichkeiten, die Sperrung von Websites und von Sanktionen wie etwa Bußgeldern.

Die Generaldirektion Wettbewerb in der Europäischen Kommission ist dafür die am besten geeignete Institution. Sie ist dank ihrer kartellrechtlichen Aktivität mit der Ermittlung von Rechtsverstößen und der Führung von Verfahren vertraut, hat also exekutive Erfahrung gegenüber Unternehmen. Sie ist

⁹⁴ Ähnlich Alexandre de Stree, *Online Intermediation Platforms and Fairness*, Université de Namur, 2018, S. 24, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3248723>.

⁹⁵ VO (EG) Nr. 139/2004.

⁹⁶ VO (EU) Nr. 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004.

zudem durch eine starke Wettbewerbsorientierung und ökonomische Analyse geprägt, sodass innovative, wettbewerbsbelebende Ansätze nicht erstickt werden.

Das Problem der langen Verfahrensdauer, das sich in den kartellrechtlichen Verfahren stellt, wird sich angesichts der klarer gefassten Tatbestände nicht in gleicher Weise ergeben.

Eine solche Task Force könnte die digitalen Marktplätze so ordnen, dass der Leistungswettbewerb eine faire Chance hat.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis	GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	i. V. m.	In Verbindung mit
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
APPA	Across Platform Parity Agreements	JECLAP	Journal of European Competition Law and Practice
Art.	Artikel	JZ	Juristenzeitung
Aufl.	Auflage	K&R	Kommunikation & Recht
Az.	Aktenzeichen	Kap.	Kapitel
B2P2C	business to platform to consumer	LG	Landgericht
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie	m. Anm.	mit Anmerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
BGH	Bundesgerichtshof	MAGAF	Microsoft Apple Google Amazon Facebook
BKartA	Bundeskartellamt	MFN	Most Favoured Nation
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	MMR	Multimedia und Recht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
bzw.	beziehungsweise	Nr.	Nummer
Ch.	Chapter	NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
CPC	Consumer Protection Cooperation	OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
CR	Computer & Recht	OLG	Oberlandesgericht
d. h.	das heißt	P2B	platform to business
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung	P2C	platform to consumer
Erw.Gr.	Erwägungsgrund	RL-E	Richtlinien-Entwurf
EU	Europäische Union	Rn.	Randnummer
EuCML	Journal for European Consumer and Market Law	Rz.	Randziffer
EuGH	Europäischer Gerichtshof	S.	Seite
f./ff.	folgende	sog.	sogenannte/r
gem.	gemäß		
ggf.	gegebenenfalls		

St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
TKG	Telekommunikationsgesetz	z. B.	zum Beispiel
u. a.	unter anderem	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
UA	Unterabsatz	Ziff.	Ziffer
UGP	Unlautere Geschäftspraktiken	ZPO	Zivilprozessordnung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
Vgl.	Vergleiche		
VO-E	Verordnungs-Entwurf		

www.fpmi.de

Finanzplatz München Initiative 

c/o Bayerische Börse AG

Karolinenplatz 6

80333 München

E-Mail: kontakt@fpmi.de