

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Mitglied der Monopolkommission

Stellungnahme für das Fachgespräch zum Thema „Plattformen: Interoperabilität und Neutralität“ des Ausschusses Digitale Agenda am 14. Dezember 2016

Vorbemerkung: Die Monopolkommission ist ein unabhängiges Beratungsgremium, das die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät (vgl. § 44 GWB). Sie hat sich in mehreren Gutachten (insb. Sondergutachten 68, XX. und XXI. Hauptgutachten) mit Internetplattformen beschäftigt. Die vorliegenden Fragen werden auf Grundlage dieser Gutachten und aus wettbewerbspolitischer Sicht beantwortet.

1. Welche Bedeutung kommt der Interoperabilität und Neutralität im digitalen Zeitalter insgesamt und im Speziellen mit Bezug auf Plattformen zu? Welche Dimensionen von Interoperabilität und Neutralität gibt es? Was sind die Voraussetzungen für eine echte Plattformneutralität und -interoperabilität? Gibt es Beispiele? Was kann – aus deutscher und europäischer Sicht – von ihnen gelernt und was übertragen werden? Was sind Erfolgsfaktoren, um Neutralität und Interoperabilität effektiv zu sichern und warum ist dies aus Ihrer Sicht wichtig?

Die Monopolkommission versteht den Begriff der Interoperabilität im Folgenden als Möglichkeit der Nutzer eines Internetdienstes mit Nutzern eines anderen, konkurrierenden (Internet-) Dienstes direkt zu interagieren bzw. zu kommunizieren. Interoperabilität ist insofern zu unterscheiden von Aspekten wie Multihoming, also der parallelen Nutzung mehrerer Dienste, sowie der inzwischen in der Datenschutzgrundverordnung verankerten Datenportabilität, die eine Mitnahme von Daten zu einem konkurrierenden Dienst ermöglichen soll.

Die Bedeutung von Interoperabilität kann je nach Geschäftsmodell der Plattform variieren. Prinzipiell kann Interoperabilität zwar Lock-in-Effekten entgegenwirken und so zu einer Steigerung des Wettbewerbs beitragen. Allerdings dürfte sie bei vielen digitalen Diensten für die Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs nicht in jedem Fall zwingend sein, da eine parallele Nutzung mehrerer konkurrierender Anbieter möglich sein kann.

Bei der angesprochenen Neutralität kann z. B. zwischen einer inhaltlichen Neutralität und einer diskriminierungsfreien Bereitstellung von Diensten unterschieden werden. Inhaltliche Neutralität wurde in der Vergangenheit häufig mit Blick auf Suchmaschinen diskutiert. Allerdings ist eine inhaltliche Neutralität gerade bei der Darstellung von Internet-Suchergebnissen nicht sinnvoll, da diese für die Nutzer besser sind, wenn sie nach Nutzerpräferenzen gefiltert sind. Eine hiervon getrennte Frage betrifft mögliche Manipulationen von Suchergebnissen. Ein manipulatives Vorgehen dürfte allerdings kaum im Interesse der Betreiber der Suchmaschinen sein, weil sie im Falle des Bekanntwerdens mit einem erhebli-

chen Reputationsverlust rechnen müssten (SG 68, Tz. 249). Entsprechendes gilt im Prinzip für andere Internetdienste.

Zur diskriminierungsfreien Bereitstellung von Diensten ist anzumerken, dass das Kartellrecht eine Bevorzugung eigener Dienste nicht prinzipiell verbietet. Grenzen bestehen allerdings, wenn das entsprechende Unternehmen über Marktmacht verfügt und sich diese beispielsweise durch die Kopplung von Diensten zu eigen macht und seine Marktmacht auf andere Märkte ausweitet. Spezifische, über das Kartellrecht hinausgehende Regelungen sind aus Sicht der Monopolkommission allerdings nicht erforderlich. Denkbar wären allenfalls Transparenzvorschriften, sodass beispielsweise bei Suchmaschinen Verlinkungen zu eigenen Produkten kenntlich gemacht werden.

2. Nach welchen Kriterien lassen sich verschiedene Arten von Plattformen sinnvoll differenzieren? Sehen Sie es als sinnvoll an, eine einheitliche Definition von Plattformen unter Einbeziehung aller unterschiedlichen (Geschäfts-)Modelle zu suchen und festzuschreiben oder ist dies aus Ihrer Sicht nicht möglich? Ist ein einheitlicher Regulierungsrahmen für alle Plattformarten denkbar oder brauchen wir ggf. eine Sektor spezifische Regulierung – z. B. hinsichtlich wettbewerbsrechtlicher Perspektiven, aber auch mit Blick auf daten- und verbraucherrechtliche Fragestellungen oder auch Fragen der Meinungsfreiheits- und Vielfaltsicherung?

Zur Entwicklung von Kriterien: Die von der Monopolkommission untersuchten Plattformen treten als Intermediäre zwischen verschiedene Nutzergruppen im Internet. Sie vermitteln Informationsanfragen und -antworten und ermöglichen es den Nutzern, über die Plattform unmittelbar in Kontakt zueinander zu treten. Ein in der ökonomischen Literatur häufig herangezogenes Merkmal zur Charakterisierung von Plattformen sind indirekte Netzwerkeffekte. Diese liegen dann vor, wenn ein Anstieg der Nutzerzahlen auf einer Plattformseite die Attraktivität der Plattform für eine Nutzergruppe auf einer anderen Plattformseite erhöht. Eine weitergehende Unterteilung ist in sogenannte Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen möglich.¹ Erstere verfolgen hierbei das Ziel einer direkten Transaktion zwischen beiden Nutzergruppen, es liegen wechselseitig positive indirekte Netzwerkeffekte vor (z. B. Handels- oder Buchungsplattformen). Bei Nicht-Transaktionsplattformen ist demgegenüber keine direkte Transaktion das Ziel, positive indirekte Netzwerkeffekte wirken häufig nur in eine Richtung (z. B. bei werbefinanzierten Plattformen).

Neben solchen mehrseitigen Plattformen existieren zahlreiche Angebote, die sich an nur eine Nutzergruppe richten (z. B. nicht-werbefinanzierte Kommunikationsdienste). Bei diesen spielen indirekte Netzwerkeffekte aufgrund der fehlenden zweiten Nutzergruppe keine Rolle, stattdessen kommt direkten Netzwerkeffekten eine besondere Bedeutung zu. Direkte

¹ Filistrucchi/Geradin/Van Damme/Affeldt, Market definition in two-sided markets: Theory and practice, Journal of Competition Law and Economics 2014, 10 (2), 293-339.

Netzwerkeffekte beziehen sich auf die Größe des Netzwerks und liegen vor, wenn die Attraktivität einer Plattform für einen Nutzer mit der Gesamtzahl der Nutzer steigt.

Die Frage einer Definition von Plattformen wurde schon bei der Ausarbeitung des Referentenentwurfs zur 9. GWB-Novelle diskutiert. In der Begründung des Regierungsentwurfs (BR-Drs. 606/2016, S. 47) wurde darauf hingewiesen, dass der „Begriff der Plattform [...] in der juristischen Literatur bisher nicht einheitlich verwendet [wird]. Da sich eine Definition erst mit der Zeit herausbilden [werde, würden] Plattformen im Folgenden wie in der ökonomischen Literatur teilweise synonym zum Begriff der mehrseitigen Märkte verwendet.“

Dieser Ansatz entspricht grundsätzlich der Position der Monopolkommission (SG 68, Fn. 12). Eine präzisere Definition von Plattformen wäre jedoch schwierig und erscheint angesichts der Vielzahl von Plattform-Geschäftsmodellen auch nicht sinnvoll. Zum einen besteht die Gefahr, dass Neuentwicklungen davon möglicherweise nicht erfasst würden. Zum anderen ist aus rechtlicher Sicht fraglich, ob eine Definition bzw. Kriterien für die Differenzierung von Plattformen für eine Regelung plattformbezogener Sachverhalte erforderlich sind.

Zum Regulierungsrahmen ist anzumerken, dass Plattformen schon heute vielen Regelungen, die allerdings zumeist nicht plattformspezifisch sind (z. B. Wettbewerbs-, Daten- und Verbraucherschutzregeln), unterliegen. Inwiefern es einer plattformspezifischen Regulierung bedarf, lässt sich nicht allgemein sagen. Daher ist ein einheitlicher Regulierungsrahmen für Plattformen abzulehnen. Eine wettbewerbsbezogene Regulierung von Plattformen erscheint sodann nicht erforderlich (SG 68, Tz. 258 ff., 330 ff.). Dies gilt zumindest unter der Voraussetzung, dass die Plattformnutzer ausreichende Möglichkeiten haben, ihre Rechte gegenüber dem Plattformbetreiber wirksam durchzusetzen. In dieser Hinsicht bestehen allerdings Defizite im Daten-, Urheber-, Verbraucher- bzw. Zivilrecht und in der Medienregulierung (SG 68, Tz. 529 ff., 591). So wurde z. B. das Vorgehen des BKartA gegen Facebook u. a. mit wiederholten Datenschutzverstößen des Unternehmens begründet.² Das mag darauf hindeuten, dass das Datenschutzrecht durch die Datenschutzbeauftragten nicht ohne Weiteres wirksam durchgesetzt wird.

Während eine einheitliche Regulierung von Plattformen aufgrund der Vielzahl von Geschäftsmodellen nicht zielführend ist, kann im Einzelfall eine „sektorspezifische“ Regulierung erforderlich sein. Hierbei ist allerdings zu unterscheiden zwischen einer Regulierung der Plattform selbst und einer Regulierung der Anbieter bzw. der über eine Plattformseite erbrachten Dienste. Beispiele:

- Werbefinanzierte Plattformen: Diensteanbieter müssen die Nutzer grundsätzlich darauf hinweisen, dass sie Nutzerdaten zur Erstellung von Profilen verwenden (§ 15 Abs. 3 TMG; SG 68, Tz. 76, 565). Zwar handelt es sich um schon bestehende Hinweispflichten, aber diese werden offenbar in der Praxis nicht beachtet.

² BKartA, Pressemitteilung vom 2. März 2016.

- Sharing Economy: Regelungen können für die Anbieter auf Plattformen notwendig sein, um einen hinreichenden Verbraucherschutz zu gewährleisten. Beispielsweise können für Anbieter, die über Vermittlungsplattformen entgeltlich Fahrdienste anbieten, zur Gewährleistung einer sicheren Personenbeförderung Mindestanforderungen zur Qualifikation der Fahrer und zur Verkehrssicherheit der Fahrzeuge definiert werden. Aufgabe der Plattform wäre u.a. zu überprüfen, dass die Anbieter die definierten qualitativen Mindestanforderungen erfüllen (XXI. HG, Tz. 1266-1279).
- FinTechs: Plattformen für Schwarmfinanzierungen (crowd funding) führen Kreditgeber und -nehmer ohne Zwischentreten einer Bank zusammen, was ein höheres Risiko für Anleger bedeutet. Zum Anlegerschutz ist in § 2 VermAnlG bereits eine Anlagebegrenzung eingeführt worden (die Regelung dürfte allerdings über das erforderliche Maß hinausgehen; vgl. XXI. HG, Tz. 1424).

3. Welche Vorteile und welche Gefahren bergen die verschiedenen Dimensionen der Neutralität und Interoperabilität – und für wen? Welchen Beitrag kann Interoperabilität dazu leisten, Marktzutrittschancen zu erhöhen und Wettbewerb zu fördern? Geht es primär um „reine“ Digitalwirtschaft und den Handel oder sind auch andere Wirtschaftszweige (Industrie 4.0) und Verbraucher betroffen? Wenn ja, wie?

Die Wettbewerbswirkungen von Interoperabilität können je nach Geschäftsmodell variieren. Grundsätzlich können durch Interoperabilität mögliche Lock-in-Effekte und damit eine potenziell erhebliche Wechselbarriere für Nutzer reduziert werden. Dies kann wiederum die Marktzutrittschancen für neue Unternehmen verbessern, vorausgesetzt die mit der Interoperabilität einhergehenden Kosten sind nicht so hoch, dass sie gerade kleinere Unternehmen vom Markteintritt abhalten.

Eine besondere Bedeutung hat Interoperabilität beispielsweise bei klassischen Telekommunikationsdiensten, da erst hierdurch die Kommunikation über unterschiedliche Infrastrukturen hinweg ermöglicht wird. Eine Übertragung des Prinzips der Interoperabilität auf neue Kommunikationsdienste, wie beispielsweise Messenger-Dienste, ist prinzipiell denkbar. Hier ist jedoch kritisch anzumerken, dass es sich um einen weitgehenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit handelt und die parallele Nutzung mehrerer Dienste (Multihoming) vergleichsweise einfach ist. Eine relevante Hürde können hier jedoch Anforderungen an die Abgabe von Daten darstellen. Das ist etwa der Fall, wenn die Teilnahme an einer einzelnen Kommunikationsgruppe voraussetzt, dass der Nutzer in das vollständige Auslesen seines Adressverzeichnisses und deren anschließende Verwendung durch den Anbieter des Messenger-Dienstes einwilligen muss. Dieses Problem ist jedoch im Rahmen einer datenschutzrechtlichen Lösung zu bewältigen. Bei anderen Internetdiensten, wie etwa Fahrdienstvermittlern oder Handelsplattformen, könnte zur Verhinderung von Lock-in-Effekten bereits eine effektive Datenportabilität, welche beispielsweise die Mitnahme der erhaltenen Bewertungen umfasst, ausreichend sein.

4. Wo und wie kann bzw. sollte Neutralität festgeschrieben werden? Wer sorgt für Interoperabilität und wie werden Standards in diesem Bereich gesetzt? Wer sollte sie Ihrer Meinung nach setzen? Sind einheitliche Standards wünschenswert oder aufgrund der Bandbreite der verschiedenen Anwendungsfälle nicht praktikabel? Inwiefern macht es hierbei einen Unterschied, ob es sich um B2B- oder B2C-Plattformen handelt? In welchem Verhältnis steht Interoperabilität zu offenen Standards?

Die Monopolkommission hat bisher nur zum Aspekt der Standardsetzung Stellung genommen und beschränkt sich deshalb in ihrer Antwort auf diesen Aspekt. Standards können sowohl vom Staat als auch von Unternehmen gesetzt werden. Letzterenfalls ist aber sicherzustellen, dass der Standard nicht zum Nachteil Dritter ausgestaltet ist und dass Unternehmen nicht allein oder durch koordiniertes Vorgehen ermöglicht wird, wettbewerbsbehindernde Standards durchzusetzen (SG 68, Tz. 572).

Darüber hinaus spielen offene Standards eine wichtige Rolle für die Interoperabilität sowie die Bereitstellung von Diensten auf nachgelagerten Märkten. Zudem können von Open Source Projekten wichtige Wettbewerbseffekte ausgehen. Ein bekanntes Beispiel ist der Markt für Internet Browser, in dem mit dem Mozilla Firefox eine auf Open Source basierende Alternative zum einst dominierenden Internetexplorer von Microsoft geschaffen wurde.

5. Welchen Plattformen kommt – auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen – eine besondere Stellung und auch Verantwortung zu und ergibt sich hieraus eine besondere Notwendigkeit der Regulierung beispielsweise hinsichtlich der Vorgabe von Neutralität und Interoperabilität? Welche besondere Rolle kommt hierbei möglicherweise Suchmaschinen als erster Orientierungspunkt für Nutzerinnen und Nutzer im Internet zu?

Aus Wettbewerbssicht kann Plattformen mit einer marktbeherrschenden Stellung eine „besondere Verantwortung“ zukommen. Das hat nach den EU-Missbrauchsregeln zur Folge, dass die Plattform eine marktbeherrschende Stellung durch jedes Verhalten missbrauchen kann, das den Wettbewerb beeinträchtigt bzw. ihre Marktmacht stärkt, selbst wenn es nicht auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruht.

Allerdings ist bislang unklar, ob bzw. auf welchen Märkten es Plattformen mit einer marktbeherrschenden Stellung gibt. Dies ist u. a. darauf zurückzuführen, dass die Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen schwierig ist. Eine solche Stellung dürfte jedenfalls noch nicht aus einer großen Marktkonzentration auf lediglich einer Plattformseite folgen, da die Wechselwirkungen zwischen den über die Plattform verbundenen Märkten zu berücksichtigen sind (vgl. SG 68, Tz. 197, 198 ff. zu Suchmaschinen; Tz. 489 aus rechtlicher Sicht).

Suchmaschinen spielen angesichts der Informationsfülle im Internet auch losgelöst von Fragen der Marktbeherrschung eine zentrale Rolle, indem sie Webseiten auffindbar machen und damit einen aus ökonomischer Sicht wichtigen Beitrag zur Senkung von Transaktionskosten leisten. Aus dieser Rolle kann jedoch aus wettbewerblicher Sicht keine Notwendigkeit zur Regulierung einzelner Suchmaschinen abgeleitet werden. Da es alternative Suchma-

schinen gibt, die das Auffinden von Webseiten ermöglichen, kann es sich bei einzelnen Suchmaschinen nicht um „wesentliche Einrichtungen“ im kartellrechtlichen Sinne handeln, was jedoch Voraussetzung für eine entsprechende Regulierung wäre.

Auch aus dem möglicherweise missbräuchlichen Verhalten einer marktbeherrschenden Suchmaschine lässt sich derzeit keine Notwendigkeit einer Regulierung ableiten. Grundsätzlich sind Wettbewerbsprobleme in verschiedener Hinsicht denkbar. Beispielsweise kann eine Bevorzugung eigener Dienste bei der Anzeige von Suchergebnissen oder die willkürliche Nichtaufnahme einer Webseite ein missbräuchliches Verhalten einer marktbeherrschenden Suchmaschine darstellen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Suchmaschinen ein Gestaltungsspielraum bei der Gestaltung der Suchergebnisse einzuräumen ist.

Eine besondere Regulierung von Suchmaschinen, wie sie etwa mit Bezug auf den Suchalgorithmus diskutiert wurde, ist aus mehreren Gründen nicht sinnvoll. So würde eine staatliche Kontrolle des Suchalgorithmus, falls sie technisch überhaupt zu realisieren wäre, einen erheblichen Einsatz öffentlicher Mittel erfordern. Der Nachweis einer missbräuchlichen Gestaltung des Algorithmus wäre auch im Fall eines solchen technischen Zugriffs schwer zu führen. Auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung des Suchalgorithmus ist nicht zu befürworten. Wäre der Algorithmus öffentlich bekannt, hätten Betreiber von Webseiten die Möglichkeit, ihre Seiten so zu optimieren, dass die Anzeige von Suchergebnissen nach deren Relevanz erheblich beeinträchtigt würde.

Schließlich hält die Monopolkommission eine Entflechtung von allgemeiner Suche und spezialisierten Diensten (z. B. eigenen Kartendiensten), wie sie teilweise vorgeschlagen wird, für nicht geeignet, etwaige Marktverzerrungen effektiv zu mindern. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint sie auch unverhältnismäßig und könnte allenfalls dann erwogen werden, wenn eine Suchplattform über eine irreversibel verfestigte Marktmacht verfügt.

Eine spezielle Regulierung ist aus wettbewerblicher Sicht auch deswegen nicht angezeigt, da es bereits heute möglich ist, missbräuchliches Verhalten einer marktmächtigen Suchmaschine zu erfassen (SG 68, Tz. 486 ff.). Das Problem ist hier eher die verfahrensmäßige Durchsetzung dieser Regelungen (vgl. Fall Google). Wichtig ist daneben, dass die Möglichkeiten der Nutzer von Suchmaschinen (Inhalteanbieter, Suchende) zur Wahrung ihrer Rechte (Urheber-, Datenschutz-, Verbraucherschutzrechte usw.) verbessert werden (SG 68, Tz. 514 ff.).

6. Teilweise wird eine Regulierung von infrastrukturähnlichen Plattformen und deren Verpflichtung zur Neutralität gegenüber vor- und nachgelagerten Diensten gefordert. Eine ex-post-Kontrolle wird als zu langsam und wenig wirksam angesehen. Wie lassen sich infrastrukturelevante Plattformen definieren und wie sollte die Regulierung konkret ausgestaltet werden?

Aus Sicht der Monopolkommission ist der Begriff der „infrastrukturähnlichen bzw. -relevanten Plattform“ unklar.

Die Monopolkommission unterstützt die bisherige (kartellbehördliche) Praxis, präventiven Verfahren (Fusionskontrolle) den Vorzug gegenüber einem nachträglichen Eingreifen zu geben (SG 68, Tz. 458). Das nachträgliche Missbrauchsrecht müsste schneller durchgesetzt werden, z. B. durch einstweilige Maßnahmen (SG 68, Tz. 509 ff.). Dass das 2010 eröffnete Verfahren gegen Google bislang nicht abgeschlossen ist, deutet auf Probleme des Verfahrensrechtsrahmens hin.

Die Monopolkommission hat sich etwa mit Blick auf Suchmaschinen und soziale Netzwerke gegen eine wettbewerbsbezogene Regulierung ausgesprochen (SG 68, Tz. 258 ff., 330 ff.). Bei solchen regulatorischen Eingriffen bestünde das Risiko, dass sie entweder wirkungslos wären (so ist z. B. die Regulierung eines Suchalgorithmus zu komplex) oder die Funktionsweise der Plattformen beeinträchtigen würden. Bei international tätigen Plattformen wäre eine Durchsetzung regulatorischer Anordnungen auch schwierig.

Die Monopolkommission hält, wie gesagt, allerdings eine Verbesserung des Schutzes der Plattformnutzer (z. B. durch Datenschutz-, Verbraucherschutz- oder Urheberrecht) für erforderlich.

7. Wie stehen Sie zu Vorschlägen einer möglichen Regulierung solcher Plattformen, die inzwischen erheblichen Einfluss auf die Meinungsbildung haben? Inwieweit bedarf es hier Vorgaben zur Absicherung von Meinungsfreiheit und -vielfalt?

Die Bereitstellung von digitalen Medieninhalten erfolgt über eine Vielzahl von Anbietern und Formaten, von den Internetauftritten herkömmlicher Medienunternehmen über die Dienste von Aggregatoren bis hin zu nutzergenerierten Informationsquellen (z. B. Blogs). Eine immer wichtigere Rolle nehmen insofern Newsaggregatoren (z. B. Google News) und soziale Netzwerke (Facebook, Youtube, Twitter) ein. Anders als traditionelle Medien werden viele dieser neuen Medien nicht redaktionell-journalistisch aufgearbeitet.

Die Erhöhung der Transparenz im Internet ist grundsätzlich wichtig, sodass Nutzer z. B. leichter erkennen können, ob ihnen Inhalte aufgrund ihrer Präferenzen oder z. B. aufgrund einer redaktionellen Zusammenstellung angezeigt werden. Eine inhaltsbezogene Medienregulierung ist im Bereich der digitalen Ökonomie hingegen gegenwärtig abzulehnen. Es bestehen bisher keine Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Regulierung zum Schutz der Meinungsfreiheit erforderlich und der damit verbundene Eingriff in den Wettbewerb somit zu rechtfertigen wäre (SG 68, Tz. 563 ff.).

8. Welcher Änderungen bedarf es am regulatorischen Rahmen, damit dieser den Marktrealitäten der Plattformmärkte gerecht werden kann, bzw. welcher Änderungen bedarf es, um den rechtlichen Rahmen anwendbar zu machen und zu beschleunigen?

Aus Sicht der Monopolkommission ist, wie bereits gesagt, eine einheitliche Regulierung von Plattformen nicht zu empfehlen. Stattdessen ist eine Betrachtung erforderlich, die hinsichtlich der jeweils betroffenen Märkte und der Regelungsziele differenziert. Grundsätzlich soll-

te der bestehende regulatorische Rahmen fortlaufend daraufhin überprüft werden, ob sich durch die Marktentwicklung regulatorisch bedingte Wettbewerbsverzerrungen zwischen schon vorhandenen und neuen (digitalen) Anbietern ergeben.

Die Monopolkommission stellt also zur Diskussion, bei regulatorischen Schieflagen zwischen alten und neuen Angeboten die Notwendigkeit eines Fortbestandes der Regulierung für alle Beteiligten zu überprüfen. Soweit wegen des Auftretens neuer Anbieter eine Anpassung des Regulierungsrahmens notwendig erscheint, sollten die Regeln möglichst einheitlich sein, um eine künstliche Fragmentierung von Märkten zu vermeiden. Eine solche Fragmentierung kann zwar aufgrund von unterschiedlichen ordnungs- und kulturpolitischen Zielen der jeweiligen nationalen Gesetzgebung zu rechtfertigen sein, jedoch nur in dem zur Zielerreichung jeweils erforderlichen und angemessenen Umfang (SG 68, Tz. 538 ff.).

9. Reichen die mit der Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorgesehenen Regelungsvorschläge, um auf die Besonderheiten der Plattformmärkte zu reagieren und um das zentrale Ziel, fairen Wettbewerb auf den digitalen Märkten sicherzustellen, tatsächlich zu erreichen? Werden mit diesen Änderungen die Weichen ausreichend dafür gestellt, dass Kartellbehörden auch digitale Märkte und Plattformen überprüfen und effektiv gegen Missbrauch vorgehen können?

Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich den Regierungsentwurf zur Anpassung des GWB an die Belange der digitalen Ökonomie (XXI. HG, Tz. 1 ff.). Das auf das Transaktionsvolumen abstellende neue Aufgreifkriterium dürfte dazu beitragen, auch wettbewerblich relevante Übernahmen von Plattformdiensten ohne eigene Umsätze zu erfassen. Die gesetzliche Konkretisierung, dass ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann, ist sachgerecht, da insbesondere die Rechtsprechung die Annahme eines Marktes in derartigen Fällen in der Vergangenheit verneint hatte.

Die Aufnahme zusätzlicher, besonders zu beachtender Kriterien zur Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerken (direkte und indirekte Netzwerkeffekte; die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer; Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten; Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten; innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck) ist aus Sicht der Monopolkommission zwar nicht zwingend. Anzumerken ist insoweit, dass bereits mehrere der im bestehenden § 18 Abs. 3 GWB enthaltenen Kriterien eine Berücksichtigung von Merkmalen mehrseitiger Märkte und Netzwerke erlauben und der Kriterienkatalog des § 18 Abs. 3 GWB nicht abschließend ist. Eine gesetzliche Konkretisierung ist dennoch vertretbar, sofern durch die ausdrückliche Aufzählung einzelner Kriterien die Berücksichtigung weiterer wichtiger Kriterien nicht ausgeschlossen wird.

Nicht gänzlich überzeugend erscheint allerdings die vorgeschlagene Aufzählung. Zwar geben die ersten drei genannten Kriterien (direkte und indirekte Netzwerkeffekte; die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer; Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerk) wesentliche der nach Evans/Schmalensee (2007) für Platt-

formmärkte relevanten Kriterien für eine Marktkonzentration wieder.³ Ebenfalls bedeutende Kriterien wie Nutzungsbeschränkungen, z. B. in Form der Heterogenität der Nutzer, sowie der Grad der Differenzierung von Plattformen werden jedoch nicht ausdrücklich, sondern lediglich in der Entwurfsbegründung genannt.⁴ Darüber hinaus ist zwar eine stärkere Berücksichtigung des Zugangs zu Daten aufgrund ihrer zunehmenden Bedeutung als Einsatzfaktor insbesondere im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten sinnvoll. Vergleichbares gilt für das Kriterium des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks, da die Marktmacht von digitalen Unternehmen aufgrund des häufig hohen Innovationsdrucks im Internet begrenzt sein kann. Beide Kriterien sind indes nicht ausschließlich in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke bedeutsam. Daher könnte es sich im Hinblick auf die künftige Entscheidungspraxis als problematisch erweisen, dass sie nur in diesem Zusammenhang und nicht in § 18 Abs. 3 GWB ausdrücklich genannt werden.

Zu begrüßen wäre es, wenn der deutsche Gesetzgeber die 9. GWB-Novelle im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten nutzen würde, das deutsche Missbrauchsverfahrensrecht zu überprüfen: Auch im deutschen Recht ist zu beobachten, dass das BKartA auf einstweilige Maßnahmen verzichtet und stattdessen (wie die EU-Kommission) auf Zusagenverfahren zurückgreift. Das gilt auch in eildürftigen Fällen. Der Rechtsschutz für nicht verfahrensbeteiligte Dritte ist dann allerdings stark eingeschränkt (vgl. SG 68, 506 ff.). Das Google-Verfahren auf EU-Ebene deutet zudem darauf hin, dass mit Zusagenverfahren auch nicht immer ein Zeitgewinn gegenüber einem herkömmlichen Untersagungsverfahren verbunden ist.

Kritisch erscheint auch die Freistellung von Pressekooperationen und die nach Veröffentlichung des Regierungsentwurfs diskutierte Erweiterung der Freistellung auf Rundfunkkooperationen: Solche Ausnahmen vom Kartellverbot führen zu einem Auseinanderfallen von deutschem und europäischem Recht. In der Tendenz entsteht auch ein Widerspruch, wenn Pressekooperationsregeln die Möglichkeiten zur Zusammenarbeit erweitern, während die Pressefusionsregeln die Möglichkeiten zu Zusammenschlüssen einschränken. Als Grundsatz gilt zudem, dass Sonderregelungen nur bei einer sachlichen Rechtfertigung zu befürworten sind. Eine solche Rechtfertigung liegt noch nicht darin, dass einzelne Branchen Schwierigkeiten haben, sich an Marktveränderungen anzupassen.

³ Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, *Competition Policy International* 3 (1), 2007, S. 151-179.

⁴ BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 50.

10. Welche Bedeutung hat die Entstehung des sog. „Internet of Things“, des maschinellen Lernens sowie der „Künstlichen Intelligenz“ für Plattformen, Interoperabilität und den entsprechenden Regelungsbedarf? Welche Anforderungen stellen sie an die Maßnahmen für IT-Sicherheit? In welchem Zusammenhang stehen Interoperabilität, freie und offene Software und Überprüfbarkeit von Codes mit Fragen des Datenschutzes und der Privatsphäre? Welche Potentiale liegen aus Ihrer Sicht in nationalen oder europäischen Strategien zur Förderung und Entwicklung neuer Plattformen mittels Open Source Standards, Open Data und Cross-Plattform-Lösungen?

Unbeantwortet – Keine wettbewerbsrechtliche Relevanz erkennbar.

11. Insbesondere in der Digitalwirtschaft spielen vor allem internationale Plattformen eine Rolle. Auf welcher Ebene (national, europäisch, international) besteht regulatorisch der beste Ansatzpunkt? Welche Instrumente sind für die Regulierung in diesem Bereich geeignet? Wie gehen andere Länder mit den Herausforderungen der Plattformökonomie und ihrer Interoperabilität um? Wo gibt es Best-Practice-Beispiele? Wie bewerten Sie bereits bestehende Regelungsansätze bzw. Vorschläge?

Die Frage betrifft eine Vielzahl von Aspekten und lässt sich an dieser Stelle nur teilweise beantworten. Hinsichtlich der Teilfrage nach dem regulatorischen Ansatzpunkt ist zu berücksichtigen, dass die Anbieter von Plattformdiensten ein Interesse daran haben, mit ihrem Angebot möglichst viele Nutzer zu erreichen. Das kann dazu führen, dass sie ihre Plattform von vornherein grenzüberschreitend ausrichten. Die über Plattformen angebotenen Dienste können allerdings sowohl zu rein internetbasierten Angeboten (z. B. bei Informationsdiensten) als auch zu lokal schon vorhandenen Angeboten (z. B. Personenbeförderung durch Taxis, Übernachtungsangebote) in Wettbewerb treten.

Dies kann zu Konflikten führen, wenn die regulatorische Zuständigkeitsverteilung und das Gebiet, in denen Plattformen tätig sind, auseinanderfallen. Grundsätzlich sollten regulatorische Maßnahmen auf der Ebene angesiedelt werden, auf der – in rechtlicher Hinsicht – die zu bekämpfenden Gefahren auftreten, wobei zwischen den Belangen der Gefahrenabwehr und den Belangen des Wettbewerbs abzuwägen ist. So ist es z. B. sinnvoll, dass die Wettbewerbsregeln weitgehend EU-weit harmonisiert sind, da Wettbewerbsgefährdungen bei grenzüberschreitend tätigen Plattformen ebenfalls grenzüberschreitend auftreten. Für Zwecke eines effektiven Datenschutzes ist es ebenfalls sinnvoll, dass grundlegende Normen auf EU-Ebene existieren. Das schließt jedoch nicht aus, dass dieser Schutz national unterschiedlich weitreichend ausgestaltet wird, da die Mitgliedstaaten bestimmen können, welcher Schutz für die jeweils betroffene Einzelperson erforderlich ist. Bei der Wohnungsvermittlung handelt es sich um ein lokales Geschäft, bei dem auch viele Gefahren (z. B. Verfügbarkeit von Wohnraum, Störung der Nachbarn) lokal auftreten.

Außerdem ist – in tatsächlicher Hinsicht – zu berücksichtigen, auf welcher Ebene die betreffenden Regelungen am besten umgesetzt werden können. Vermieden werden sollten in diesem Zusammenhang rein einzelstaatliche Lösungen, wenn diese zu einem europäischen

Flickenteppich mit unterschiedlichen Regelungen führen würden, weil solche Regelungen zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen führen und weil sie Umgehungslösungen provozieren würden (Regulierungsarbitrage).

Wenn die Zuständigkeitsverteilung und das Gebiet, in denen Plattformen tätig sind, auseinanderfallen, dürfte sich – als allgemeiner Grundsatz – häufig eine Regulierung auf mehreren Ebenen anbieten. Die europäischen Regelungen zur Netzneutralität sind ein Beispiel dafür, dass regulatorische Grundsätze auf europäischer Ebene festgelegt werden können, während die Details in der Umsetzung nationalen Regulierungsbehörden überlassen werden können. Für das Datenschutzrecht hat die Monopolkommission eine zweistufige Behördenstruktur vorgeschlagen. Danach sollten nationale Behörden in Fällen von regionaler/nationaler Bedeutung und zentrale Behörden (z. B. auf EU-Ebene) in Fällen von grenzüberschreitender Bedeutung zuständig sein. Eine derartige Abstufung der Zuständigkeiten könnte zur besseren Durchsetzung des Datenschutzrechts beitragen (SG 68, Tz. 98 f., 594 f.). Die Ende 2015 verabschiedete Datenschutz-Grundverordnung statuiert ein komplexeres Verfahren, das in Fällen grenzüberschreitender Relevanz weiterhin die Zuständigkeit der nationalen (Feder führenden) Aufsichtsbehörden vorsieht, diese aber zu einer engen Kooperation untereinander im Rahmen eines Zusammenarbeits- (Art. 60 DSGVO) und Kohärenzverfahrens (Art. 63 DSGVO) verpflichtet. Hinzu tritt der Europäische Datenschutzausschuss (EDA) als neues Koordinierungsgremium, das anders als die Vorgängereinrichtung unter der Datenschutzrichtlinie (die Art. 29-Datenschutzgruppe) in Streitfällen nunmehr auch für die nationalen Aufsichtsbehörden bindende Beschlüsse treffen kann (Art. 65 Abs. 1 DSGVO). Die Effektivität dieses Verfahrens wird sich mit der Geltung der Datenschutzgrundverordnung ab dem 25. Mai 2018 noch zeigen müssen.

Zum Vorgehen anderer Länder und zur Frage von Best Practices: Die internationalen Ansätze zum regulatorischen Umgang mit Plattformdiensten sind nach dem Eindruck der Monopolkommission sehr unterschiedlich. Dies betrifft insbesondere die Frage, auf welcher Ebene und wie weitgehend reguliert werden sollte. So hat das House of Lords im Vereinigten Königreich zunächst eine umfassende Untersuchung durchgeführt, zu der es auch die Monopolkommission (auf Basis des SG 68) angehört hat und auf deren Basis es Vorschläge für eine marktkonforme und in vielen Fällen eher europäische Regulierung gemacht hat.⁵ Dagegen hat der französische Gesetzgeber auf nationaler Ebene bereits ambitionierte Regelungen verabschiedet.⁶

Noch stärker unterscheiden sich die Schwerpunkte, die von den jeweils zuständigen Stellen in Bezug auf die über Plattformen angebotenen Dienste gesetzt werden. Allerdings werden

⁵ House of Lords, Select Committee on European Union, 10th Report of Session 2015–16, Online Platforms and the Digital Single Market, HL Paper 129; abrufbar: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf>

⁶ Informationen hier: https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201603/projet_de_loi_pour_une_republique_numerique.html

für Einzelfragen durchaus auch ähnliche Lösungen gewählt (z. B. Einführung von Schwellenwerten bzw. Bagatellgrenzen in der Wohnraum- und Taxiregulierung).