



STELLUNGNAHME

ZUM FRAGEBOGEN DER AG INTERMEDIÄRE VOM 14. DEZEMBER UND ZUM WORKSHOP AM 13. JANUAR

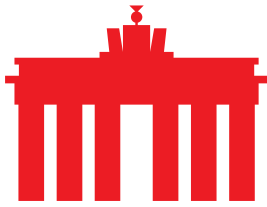
Berlin, 26.01.2016

eco begrüßt die Bemühungen der Bund-Länder-Kommission zur Neuordnung der Medienregulierung, bei der wettbewerbsrechtliche und medienrechtliche Vorgaben zur Vielfaltsicherung gleichermaßen in den Fokus gerückt werden. Nach einer ersten Stellungnahme und der Teilnahme am Workshop im September 2015, in denen jeweils eher übergeordnete Fragen diskutiert wurden, nimmt eco gerne die Gelegenheit wahr, auch zu den von der Arbeitsgruppe in Bezug auf die Aufsicht über Intermediäre ausgewählten Themenkomplexen Stellung zu nehmen.

Vorbemerkung

Bereits in der Stellungnahme im September hat eco darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber angesichts der Medienkonvergenz vor der Herausforderung steht, wegweisende Änderungen in verschiedenen Rechtsgebieten vornehmen zu müssen. Der künftige Rechtsrahmen sollte so ausgestaltet sein, dass konsistente und faire Wettbewerbsbedingungen für alle Akteure der Wertschöpfungskette herrschen. Dabei sollten Innovationen und Investitionen in Infrastruktur, Inhalte und neuartige Dienste unterstützt und gefördert werden. Das kann auch durch eine Reduzierung regulatorischer Vorschriften erreicht werden.

Veränderungen mit einer solchen Zielsetzung werden auch Auswirkungen auf die Aufsicht über die verschiedenen Akteure der Wertschöpfungskette haben. Eine Aufsichtsbehörde, eine freiwillige Selbstkontrolle oder andere Aufsichtsinstanzen müssen weiterhin das Ziel verfolgen, konsistente und faire Wettbewerbsbedingungen abzusichern oder diese im Bedarfsfall auch durchzusetzen. Etwaige Maßnahmen sollten in der Regel in Form einer ex-post-Aufsicht erfolgen. Eine Missbrauchskontrolle ist bereits jetzt auf Basis der bestehenden kartell- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen möglich, wenngleich die Verfahrenspraxis zeigt, dass aufgrund der langen Verfahrensdauer die Verstärkung einer möglichen Marktschädigung riskiert wird. Es sollte allerdings überprüft werden, ob der Adressatenkreis für die Regelungen näher bestimmt sowie die Kriterien



zur Beurteilung einer Diskriminierung von Inhalten oder Diensten präzisiert werden müssen.

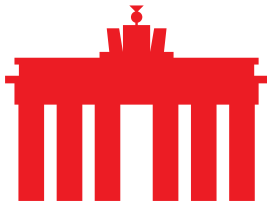
Zur Definition des Begriffs „Intermediär“

Bereits die im Fragebogen verwendete Definition des Begriffs „Intermediär“ macht deutlich, dass eine derartige Festlegung Schwierigkeiten birgt, da Intermediäre in vielen unterschiedlichen Formen, Modellen oder Geschäftsfeldern auftreten können. Eine Definition sollte sich daher nicht allein an bestimmten bekannten Ausprägungen orientieren, sondern offen genug sein, um weiteren Erscheinungsformen die nötigen Entwicklungsmöglichkeiten zu geben.

Intermediäre ermöglichen dem Nutzenden als Vermittler den Zugang zu einer ansonsten unüberschaubaren Zahl von Angeboten oder Inhalten und machen diese damit überhaupt erst auffindbar, zugänglich und wahrnehmbar. Damit unterscheiden sie sich wesentlich von anderen Mediengattungen, die noch aus einem relativ begrenzten Angebot eine Auswahl trafen. Bei der Fülle von Angeboten im Internet geht es für neue, noch nicht etablierte Angebote zunächst einmal um die Generierung von Aufmerksamkeit oder Sichtbarkeit. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Zugriff auf Inhalte immer häufiger nicht mehr über einen Intermediär, sondern direkt über eine Applikation des Anbieters geschieht. Doch auch diese muss zunächst einmal gefunden werden.

Ein zweiter, paralleler Zugangsweg für Inhalte bildet die individuell ausgestaltete Favoritenleiste des Nutzenden, die von ihm gesetzten Lesezeichen, die abonnierten RSS-Feeds oder das gewohnheitsmäßige Aufrufen einiger ausgesuchter Inhalte und Angebote. Daneben sind soziale Netzwerke getreten, welche die Nutzenden im zunehmenden Maße auf Inhalte aufmerksam machen und so einen weiteren Zugangs- bzw. Verteilerpunkt darstellen.

Horizontal wie vertikal ausgerichtete Suchmaschinen bieten einen wichtigen Weg der Auffindbarkeit für Inhalte und Angebote. Dabei werden Inhalte nicht redaktionsgleich ausgewählt, sondern die Ergebnisse stellen stets eine Antwort auf eine individuelle Anfrage dar. Diese Auflistung kann *per se* nicht vollkommen neutral sein. Es ist eben Sinn und Zweck eines Intermediärs, dem Nutzenden die bestmögliche Antwort auf eine Suchanfrage zu bieten. Diese Antwort muss zwangsläufig irgendeine Form der Rangfolge beinhalten. Dieser Rangfolge liegt eine Kombination von Faktoren zu Grunde, welche die Suche selbst und damit auch die Anzeige der Ergebnisse beeinflussen.



Zu den Fragen

Fragenkomplex I: Transparenz

Zu Frage 1: In welcher Form und durch wen kann eine Konkretisierung des Begriffs der „zentralen Kriterien“ der Aggregation, Selektion und Präsentation erfolgen?

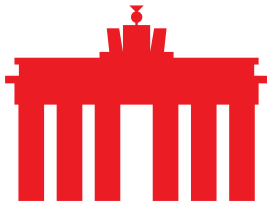
Ziel eines jeden Intermediärs sollte eine möglichst objektive, umfassende und diskriminierungsfreie Darstellung von Ergebnissen sein. Aus kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht wird die Frage zu prüfen sein, welcher Grad an Einflussnahme auf die entscheidenden Faktoren bzw. „zentralen Kriterien“ als zulässig zu erachten ist. Dafür muss eine Abgrenzung zwischen zulässigen und notwendigen Differenzierungen und möglicherweise auch rechtlich relevanten Diskriminierungen gefunden werden. Diese Abgrenzung zu ziehen wird in der Praxis nicht trivial sein.

Einige Leitplanken hierzu finden sich in den geltenden Gesetzen oder sind durch die Rechtsprechung beispielsweise des EuGH vorgegeben. Differenzierungen, die sich gegen gesetzlich unzulässige Inhalte richten (z.B. aufgrund von Jugendschutzbestimmungen oder urheberrechtlicher Regelungen) sind zweifellos als rechtmäßig zu betrachten. Auch Persönlichkeits- und andere Schutzrechte sind einzuhalten und damit als Anlass für zulässige und notwendige Differenzierung zu sehen.

Eine unzulässige Diskriminierung würde z. B. dann vorliegen, wenn es zu einer Bevorzugung etwa eigener Angebote (beispielsweise bei vertikal integrierten Anbietern), zur ökonomisch motivierten Platzierung von Ergebnissen oder zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung von Angeboten oder Diensten kommen würde. Eine Beurteilung darüber müsste ohne Vorliegen eines gesetzlichen Neutralitätsgebots von den zuständigen Kartell- und Wettbewerbsbehörden getroffen werden. Eine etwaige Regulierung müsste evidenzbasiert auf festgestelltem Missbrauch erfolgen.

Dabei fällt wegen der bereits beschriebenen Vielfalt von Erscheinungsformen der Intermediäre eine inhaltliche Vereinheitlichung schwer und sollte daher vor allem am gemeinsamen Merkmal der Marktmacht anknüpfen.

Diese Beurteilung kann vielfach bereits jetzt auf Basis der bestehenden kartell- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen erfolgen. Weiterhin sollte überprüft werden, ob der Adressatenkreis für bestehende Regelungen näher bestimmt sowie die Kriterien zur Beurteilung einer Diskriminierung von Inhalten oder Diensten präzisiert werden müssen. Außerdem ist zu diskutieren, ob und wie die Kriterien zur Bestimmung



der Markt- bzw. Meinungsmacht der Akteure auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können. Dabei sind sowohl die Ziele des Kartell- und Wettbewerbsrechts, als auch die Ziele des Medienrechts zu bedenken und nach Möglichkeit miteinander in Einklang zu bringen.

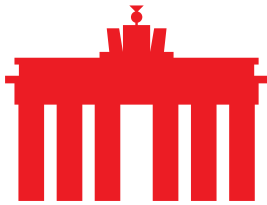
Die zentralen Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation durch eine zentrale Stelle festlegen oder konkretisieren zu lassen erachtet eco nicht als sinnvoll. Ein solches Vorgehen wäre auch bei der Betrachtung eines einzelnen Intermediärs nicht zweckmäßig. Der Betreiber eines Intermediärs ist darauf angewiesen, den verwendeten Suchalgorithmus stets neuen Anforderungen anpassen und damit weiter verbessern zu können. Ein regulatorischer Eingriff kann an dieser Stelle daher nur ultima ratio sein und bedarf belegbarer Missbrauchsfälle.

Zu Frage 2: In welcher Form (Detailliertheit, Aktualität etc.) kann/sollte eine Kenntlichmachung durch den Intermediär erfolgen (Richtlinien des Anbieters, Angaben auf der Website – vergleichbar einem Impressum – etc.)?

Viele Anbieter haben bereits in unterschiedlicher Form Hinweise, Anleitungen oder Hilfestellungen veröffentlicht, die einem Anbieter, der über einen bestimmten Intermediär aufgefunden werden will, Handreichungen bieten, wie die Auffindbarkeit verbessert werden kann. Damit ist vielfach bereits Transparenz über die zentralen Kriterien hergestellt. Eine vollständige Offenlegung etwa des Suchalgorithmus ist nicht anzustreben. Das würde die Benutzbarkeit eines Intermediärs wesentlich verschlechtern, da so vielfältige Manipulationsmöglichkeiten geboten würden.

Zu Frage 3: Kann/Sollte die Verpflichtung von Intermediären zur Kenntlichmachung der zentralen Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation und ihre Gewichtung im Bundes- und/oder Landesrecht und/oder durch Selbstverpflichtungen erfolgen? Welche Gesetze/Staatsverträge bzw. Kodizes wären hierfür der richtige Anknüpfungspunkt? Ist eine Regelung auf europäischer Ebene anzustreben?

Nein, eine spezielle gesetzliche Verpflichtung sollte nicht angestrebt werden. Dies würde, wie oben bereits beschrieben, die notwendigen ständigen Verbesserungen etwa eines Suchalgorithmus wesentlich erschweren und einen tiefen Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellen. Sollte es im Einzelfall zu Diskriminierungen kommen, können – wie dargestellt – bereits jetzt bestehende Instrumente des Kartell- und Wettbewerbsrechts zum Einsatz gebracht werden. Soweit eine regulative Verpflichtung für besonders marktmächtige Intermediäre



hinsichtlich der Kenntlichmachung eigener Angebote in Betracht gezogen wird, sollte diese notwendigerweise auf europäischer Ebene erfolgen.

Allerdings sind einige Intermediäre bereits Selbstverpflichtungen eingegangen oder Mitglied einer Freiwilligen Selbstkontrolle (wie etwa der FSM – Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia) geworden. Einer solchen Selbstregulierung sollte weiterhin Vorzug eingeräumt werden. Ergänzend ist zu prüfen, wie diese Selbstverpflichtungen durch einen gesetzlich vorgegebenen, verlässlichen Rahmen, der gleichermaßen von medien- und wettbewerbspolitischen Erwägungen gesteuert ist, sinnvoll gestützt bzw. begrenzt werden können.

Zu Frage 4: Durch wen sollte überprüft werden, dass die kenntlich gemachten Kriterien den tatsächlich angewandten Kriterien entsprechen (Aufsichtsinstanz, Gericht, Selbstregulierungsinstanz, Anbieter selbst, interner Beauftragter etc.)?

Eine solche Überprüfung sollte stets anhand eines Einzelfalls erfolgen. Hier bietet es sich an, zunächst die Selbstregulierungsinstanz einzuschalten, falls das betreffende Unternehmen in einer solchen Mitglied ist. Erst in einem zweiten Schritt sollte eine Aufsichtsinstanz oder ein Gericht eingreifen. Bei kartell- und wettbewerbsrechtlichen Fragen sollte die Federführung bei der Umsetzung von Maßnahmen – bei Berücksichtigung der föderalen Verteilung der Zuständigkeiten – bei den wettbewerbsrechtlichen Regulierungsinstitutionen (auf Bundesebene) liegen.

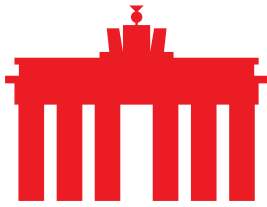
Zu Frage 5: Sollten Kontrollen laufend, stichprobenartig oder anlassbezogen erfolgen? In welchen Fällen besteht ein hinreichender Verdacht, dass die kommunizierten Kriterien nicht eingehalten werden?

Kontrollen sollten aufgrund konkreter Beschwerden durchgeführt werden, durchaus aber auch stichprobenartig möglich sein.

Im Kontext der wünschenswerten ex-post-Missbrauchskontrolle sollte auf Beschwerden und Hinweise von Wettbewerbern, Landesbehörden der Medienaufsicht und Nutzern abgestellt werden.

Zu Frage 6: Wie sollte das Kontrollverfahren ausgestaltet sein?

Hierzu hat eco bereits in der Stellungnahme zum ersten Fragenkatalog der Bund-Länder-Kommission ein mehrstufiges Verfahren vorgeschlagen. Daher können die Ausführungen dazu an dieser Stelle wiederholt werden:



eco befürwortet grundsätzlich eine ex-post-Missbrauchsaufsicht. Dabei kommen die Beschwerden bzw. die Anträge zur Prüfung einer Diskriminierung von anderen Unternehmen, Nutzern oder anderen Organen. Eine Beschwerde sollte zunächst einmal eine Überprüfung auslösen und das Recht beinhalten, eine Stellungnahme des betroffenen Unternehmens einzufordern. Dabei sollte die Beschwerde möglichst substantiiert vorgetragen werden, bestenfalls, indem sie Belege für ihre Behauptungen liefert. Mangels Vergleichbarkeit der einzelnen teils sehr verschiedenen Intermediäre untereinander kann eine erste Bewertung nur im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung erfolgen. Das führt gleichzeitig dazu, dass die Schwelle zur Verfahrenseinleitung niedrig bleibt.

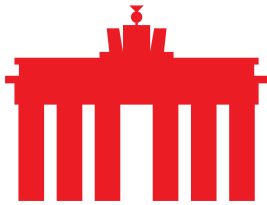
In einem ersten Schritt würde das betroffene Unternehmen dann auf die Vorwürfe reagieren, indem es diese entweder begründet widerlegt oder anhand regulatorischer oder sonstiger Anforderungen rechtfertigt. Sollte dies nicht zur Zufriedenheit der Aufsichtsbehörde gelingen, könnte diese in einem zweiten Schritt Maßnahmen zur Beendigung der Diskriminierung aufzeigen. Erst wenn die Diskriminierung oder der Marktmissbrauch danach weiter fortbesteht, wären weitere Maßnahmen (z.B. in Form von Geldstrafen) zu ergreifen.

Die prüfende Behörde sollte während des oben beschriebenen zweiten Prüfungsschritts im begründeten Einzelfall und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse des betroffenen Unternehmens die Offenlegung relevanter Unternehmensinformationen sowie ggf. relevanter Verträge mit Dritten einfordern können. Das kann, sofern erforderlich, auch die Einsicht in die Rechnungsführung etwa gegenüber nachgelagerten eigenen Diensten einschließen, um eine Vergleichbarkeit herstellen zu können.

Dieser Schritt sollte aber nur dann unternommen werden, wenn es besondere Anhaltspunkte dafür gibt, die eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen rechtfertigen. Dies wäre etwa der Fall, wenn eine Klärung der zugrundeliegenden Frage ansonsten aussichtslos wäre.

Zu Frage 7: Wie kann festgestellt werden, ob die kenntlich gemachten zentralen Kriterien tatsächlich angewandt werden oder wurden?

Im Rahmen des in der Antwort auf Frage I.6 beschriebenen Prüfungsverfahrens.



Zu Frage 8: Welche Informationen müssen wem für eine wirksame Überprüfung zur Verfügung stehen? Bedarf es für eine Überprüfung der Kenntnis der Algorithmen? Könnte eine Überprüfung durch simulierte Nutzerabfragen erfolgen?

Diese Frage müsste jeweils anhand des konkreten Einzelfalls entschieden werden. Siehe hierzu ergänzend die Antwort auf Frage I.6.

Zu Frage 9: Wie kann bei einer Überprüfung der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gewährleistet werden?

Die prüfende Behörde sollte dafür zuständig sein, die notwendigen Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu treffen. Dabei ist mit höchster Sorgfalt vorzugehen. Einzelne Mitarbeiter, die ein Prüfungsverfahren durchführen, sollten eine Verschwiegenheitserklärung unterzeichnen. Die Wahrung dieser Verschwiegenheit obliegt der durchführenden Behörde. Mögliche Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht sind von der durchführenden Behörde zu ahnden und müssten ggf. Gegenstand einer weiteren rechtlichen Bewertung werden.

Zu Frage 10: Welche Befugnisse sollten der zuständigen Stelle für den Fall zur Verfügung stehen, dass die kenntlich gemachten Kriterien nicht den tatsächlich angewandten Kriterien entsprechen?

Wie in der Antwort zu Frage I.6 beschrieben, befürwortet eco ein mehrstufiges Verfahren. Die notwendigen Befugnisse für die zuständige Stelle wären vom Einzelverfahren sowie von der prüfenden Stelle selbst abhängig. Wenn nach der Erwidern der Vorwürfe durch das betroffene Unternehmen die Diskriminierung oder der Marktmissbrauch weiter fortbesteht, sind konkrete Auflagen oder Vorschriften zur Abhilfe denkbar. Dazu gehört auch eine Geldstrafe, deren mögliche Höhe anhand überprüfbarer Kriterien (etwa in Prozent des Umsatzes des Unternehmens) festzulegen wäre.

Fragenkomplex II: Gewährleistung von Diskriminierungsfreiheit

Zu diesem Fragenkomplex erfolgt keine Beantwortung durch eco.

Über eco

eco – Verband der Internetwirtschaft e.V. versteht sich als Interessenvertreter und Förderer aller Unternehmen, die mit dem Internet wirtschaftliche Wertschöpfung betreiben. Der Verband vertritt derzeit rund 800 Mitgliedsunternehmen. Hierzu zählen unter anderem ISP (Internet Service Provider), Carrier, Hard- und Softwarelieferanten,



VERBAND DER INTERNETWIRTSCHAFT E.V.



Content- und Service-Anbieter sowie Kommunikationsunternehmen.
eco ist damit der größte nationale Internet Service Provider-Verband
Europas.
