

Stellungnahme zum 22. Hauptgutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB: „Wettbewerb 2018“

Berlin, 19.09.2018

Mit dem Hauptgutachten der Monopolkommission unter dem Titel „Wettbewerb 2018“ werden verschiedene Aspekte der digitalen Wirtschaft berührt. Maßgeblich sind die Aspekte der Medienkonvergenz und der Auswirkungen von Algorithmen auf die Preisbildung (mögliche Kollusion). Aufgrund der weitreichenden Bedeutungen vorgeschlagener Regulierungen nimmt eco - Verband der Internetwirtschaft e.V. wie folgt Stellung zu diesen Aspekten:

Kapitel I: Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Würdigung der neu eingeführten kartellrechtlichen Ausnahmeregelungen - Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für die Presse (I.1 und I.2)

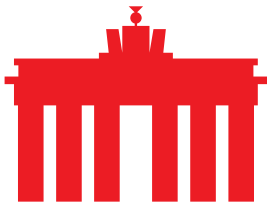
Die im Zuge der 9. GWB-Novelle eingeführte Besserstellung von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen hat eco in seiner damaligen Stellungnahme kritisiert. Die Konkurrenz von Verlagen im Onlinegeschäft mit anderen Anbietern war ein maßgeblicher Aspekt dieser Kritik. Auch äußerte der Verband die Sorge, dass eine ordentliche Abgrenzung von rein digitalen Angeboten und den Angeboten von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen und ihren digitalen Pendanten nicht angemessen Rechnung getragen wird.

Die Kritik von eco greift auch die Monopolkommission auf (Rn. 101), die die Verschiedenheit der Wettbewerbsformen im Print- und im Onlinejournalismus Rechnung trägt und die pauschale Erlaubnis der Verlagsgesamtheit entsprechend kritisch bewertet. Analog hierzu ist auch die Forderung der Monopolkommission, den § 30 Abs. 2b GWB zu streichen (Rn. 108) eine begrüßenswerte Forderung.

Algorithmen und Kollusion (S. 62)

Das Kapitel Algorithmen und Kollusion wirft die Frage auf, inwieweit die aus algorithmisch arbeitenden Preisbestimmungssystemen entwickelten Preise unter Umständen ein kollusives Verhalten am Markt erzeugen.

Das Gutachten konstatiert, dass eine Kollusion aufgrund des Einsatzes von Preisbildungsalgorithmen in verschiedenen Wirtschaftsbereichen (Rn. 197) möglich ist und datenintensive Industrien hiervon in besonderem Maße anfällig für Kollusion sind (Rn. 198). Auch die Form der Kollusion könnte durch Algorithmen gestützt werden (Rn. 199). Das Gutachten erkennt auch grundsätzlich an, dass Kollusion an sich nicht verboten ist (Rn. 199), ihr



Auftreten somit ein Marktphänomen ist, das nicht automatisch kartellrechtliche Probleme oder Wettbewerbsbeschränkung impliziert.

Als zentral stellt die Monopolkommission bei der Ahndung von Kollusion insbesondere die Frage auf, ob diese willentlich (in Form einer Willensäußerung oder einer Willenstätigung) erfolgt (Punkt 207f.). Bei algorithmengetriebener Preisbildung, dies erkennt die Kommission an, ist eben dieser Nachweis sehr schwierig zu führen. Sie erkennt auch an, dass Kollusion lediglich in einer marktbeherrschenden Stellung tatsächlich ein Problem darstellt und gemäß der europäischen Wettbewerbsregeln geahndet werden kann (Rn. 217ff.).

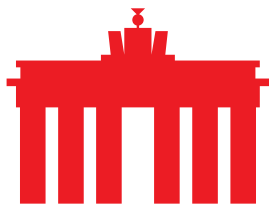
Nicht nachvollziehbar ist das Ansinnen der Monopolkommission, zukünftig bei einem Verdacht auf Kartellbildung aufgrund von Kollusion auf der Grundlage von Algorithmen die Beweislast umkehren zu wollen (Rn. 239). De facto wäre ein solcher Nachweis von den Unternehmen nicht zu erbringen, da eben die Voraussetzung für ein Kartell, eine Absprache oder ein Vertrag der betroffenen Unternehmen sowie eine Sanktionsandrohung für das Verlassen des Kartells, in dieser Form hier nicht vorliegt. Die Einschränkung für die Verfolgung eines Wettbewerbsverstoßes (Rn. 242) schränkt die Forderung der Monopolkommission zwar ein, löst jedoch nicht das grundsätzlich aufgeworfene Problem bei der Beobachtung von Kollusion auf, die als solche nicht strafbar sein kann.

Die folgenden Ausführungen zur Beteiligung Dritter im Rahmen der Überprüfung von Kollusion beim Einsatz von Algorithmen unterstreichen, dass eine tatsächliche objektive Zurechnung nur schwer geleistet werden kann. Noch problematischer sind in dieser Hinsicht die Überlegungen, Plattformbetreiber mit in die Haftung einzubeziehen, wenn diese u.U. an kollusivem Verhalten durch den Einsatz von Preisalgorithmen beteiligt sind, und sofern sie dies nicht zum Vorteil der Verbraucher machen (Rn. 261). Ebenso schwierig ist die abgeleitete Haftung für IT-Dienstleister für das Bereitstellen von Preisermittlungsalgorithmen (Rn. 269 ff). Diese würde Anbieter entsprechender Dienste und Produkte ökonomisch zusätzlich belasten (bspw. durch entsprechende Versicherungen) und würden diese in Sachverhalte mit einbeziehen, an denen sie u.U. gar nicht ursächlich beteiligt wären.

Kapitel IV: Wettbewerb audiovisueller Medien im Zeitalter der Konvergenz

Unterscheidung von Anbietern anhand technischer Merkmale bedarf Novellierung (Rn. 1131-1137)

eco begrüßt den Vorschlag der Monopolkommission, den Rundfunkbegriff im RStV nicht mehr wie bisher an die Unterscheidung zwischen linear und nicht-linear als technisches Merkmal zu knüpfen. Allerdings spiegelt diese Unterscheidung nur die Vorgaben der AVMD-Richtlinie wieder, wie ja auch das Gutachten unterstreicht. Entsprechend müsste eine Änderung dieses



Merkmale auf europäischer Ebene diskutiert werden. In Anbetracht der Tatsache, dass sich eine Novellierung der AVMD-Richtlinie aktuell im Trilog-Prozess befindet und somit in der Endphase, wird eine erneute Novellierung wiederum auf sich warten lassen. In der Zwischenphase bestünde etwa im Zuge der Diskussionen um eine Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags (sog. Modernisierungsstaatsvertrag) die Möglichkeit, bei der Zulassung von sog. „Bagatellrundfunk“ die Rundfunkdefinition zu deregulieren und somit ein umständliches Zulassungsverfahren zu ersparen.

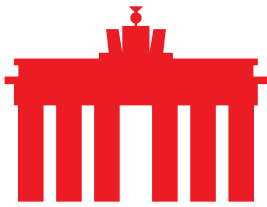
Ebenfalls gibt das Gutachten der Monopolkommission Hinweise darauf, nach welchen Kriterien verschiedene Internetangebote in Zukunft unterschieden werden könnten und weist darauf hin, dass vor allem für Anbieter von Livestreams eine Regulierung nach dem Telemediengesetz passender sein könnte. Auch eco hat in der Vergangenheit mehrmals darauf hingewiesen, dass die Vorstellungen der Rundfunkregulierung nicht einfach auf Internetangebote übertragen werden können und sich für eine Modernisierung der Regulierung eingesetzt. Leider finden sich die Schlussfolgerungen der Monopolkommission nicht in den Debatten um den Modernisierungsstaatsvertrag wieder. So wäre das Ersetzen der Zulassungspflicht durch eine Anzeigepflicht mit bestimmten Schwellenwerten und unter Berücksichtigung einer tatsächlichen Notwendigkeit – wie es das Gutachten in Rn. 1136f. vorschlägt – bereits in der aktuellen Fassung des RStV möglich gewesen. Darauf wurde jedoch zu Ungunsten der Livestreaming-Anbieter verzichtet.

Anpassung bei Jugend- und Verbraucherschutzvorschriften muss sachgerecht bleiben (Rn. 1142-1148)

Grundsätzlich begrüßt eco eine Anpassung und Vereinheitlichung der Jugend- und Verbraucherschutzvorschriften. Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass an dieser Stelle eine Unterscheidung zwischen linearen und nicht-linearen Diensten weiterhin sinnvoll ist, wenn es um die Bewertung angemessener Maßnahmen zum Jugendschutz geht. So kann eine Sendezeitbeschränkung ein probates Mittel bei linearen TV- und Rundfunkprogrammen sein, bei Internetangeboten aber wegen der allgemeinen und grenzüberschreitenden Verfügbarkeit nicht. Entsprechende Vorschriften sollten also sachgerecht bleiben und stets verschiedene Möglichkeiten und Instrumente zur Erfüllung bieten, wie ja auch Rn. 1148 des Gutachtens unterstreicht.

Ausweitung einer Medienkonzentrationskontrolle nicht notwendig (Rn. 1151-1156)

Das Gutachten der Monopolkommission spricht sich in Rn. 1154-1156 richtigerweise dafür aus, zunächst einmal ein Modell zu entwickeln, welches in der Lage ist, die Relevanz einzelner Medien für die Meinungsvielfalt und als Meinungsmacht zu erfassen, zu beobachten und vergleichbar zu machen. eco begrüßt diese Idee und sieht eine solche fundierte wissenschaftliche Untersuchung als sinnvolle Maßnahme zur Schaffung



einer faktenbasierten Diskussionsgrundlage. Erst dann könnte über eine Ausweitung der Medienkonzentrationskontrolle diskutiert werden. Dabei auch Intermediäre mit einzubeziehen hält eco nicht für notwendig und zielführend, da Intermediäre keine medienartige Funktion übernehmen, sondern eine mehr oder minder spezialisiert ausgerichtete Suchfunktion übernehmen, die eine Vielzahl an Internetangeboten überhaupt erst auffindbar und damit zugänglich machen.

Vorschriften zur Plattformregulierung sowie zur Ausgestaltung von Benutzeroberflächen zu weitgehend (Rn. 1157-1169)

eco begrüßt und unterstützt die Position der Monopolkommission zur Plattformregulierung sowie zur Ausgestaltung von Benutzeroberflächen. In der laufenden Diskussion zur Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags zeigt der im Juli 2018 vorgelegte Entwurf nicht, dass die beteiligten Staatskanzleien eine für alle Interessen angemessene und ausgewogene Lösung anstreben. Die Schlussfolgerungen der Monopolkommission werden ebenfalls nicht beachtet, obwohl diese als neutrale Instanz valide Argumente vorbringen, die nach Ansicht von eco unbedingt noch berücksichtigt werden sollten. So unterstreicht Rn. 1160f. des Gutachtens, dass die vorgelegten Vorschläge zur Ausweitung der Plattformregulierung auch aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive zu weitgehend sind und sich nicht auf das notwendige Minimum beschränken.

Der Vorschlag der Staatskanzleien zu einem Modernisierungsstaatsvertrag sieht detaillierte Vorschriften zur Ausgestaltung von Benutzeroberflächen vor, bei denen insgesamt nicht ersichtlich ist, warum derartig tief in die Autonomie des Nutzenden eingegriffen werden soll. Überblendungen bzw. Skalierungen, die auf Wunsch des Nutzenden und über ein Opt-In-Verfahren erfolgen, sollten grundsätzlich möglich bleiben. Eine Regelung im Modernisierungsstaatsvertrag erscheint entsprechend nicht notwendig. Dies unterstreicht das Gutachten in den Rn. 1165-1168 und 1172, was im Staatsvertrag ebenfalls keine Berücksichtigung findet. Auch eco setzt sich dafür ein, Smart-Home und Smart-TV-Einblendungen sowie Zusatzfunktionen, die sich der Nutzende ausdrücklich wünscht und die von einem modernen Gerät auch erwartet werden, nicht unnötig zu behindern.

Schaffung einer privilegierten Auffindbarkeit nicht notwendig (Rn. 1170f.)

eco begrüßt die Feststellung der Monopolkommission, dass eine privilegierte Auffindbarkeit nicht notwendig erscheint. Auch eco erachtet die im Modernisierungsstaatsvertrag vorgeschlagenen Bestimmungen zur Auffindbarkeit in Benutzeroberflächen als insgesamt zu weitgehend und unklar. Eine Vielfalt der Angebote kann aus Sicht von eco nur dann zum Tragen kommen, wenn alle verfügbaren Inhalte auch gefunden werden können. Eine Präzisierung durch konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung der Auffindbarkeit ist weder notwendig noch mit Blick auf künftige



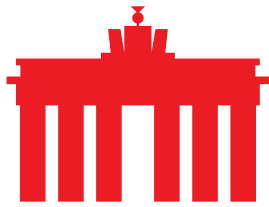
Weiterentwicklung geeignet. Es muss vielmehr gewährleistet werden, dass die Anbieter von Benutzeroberflächen nicht unzumutbar durch regulatorische Vorgaben in der Darstellung beeinträchtigt werden. Zugleich dürfen Hersteller von Benutzeroberflächen nicht daran gehindert werden, wettbewerbsfähige und auf Kundenwünsche zugeschnittene Angebote zu entwickeln.

Eine privilegierte Auffindbarkeit von ausgewählten Inhalte-Angeboten ist aus Sicht von eco weder gerechtfertigt noch praktikabel. Das Konzept der privilegierten Auffindbarkeit ist verfassungsrechtlich bedenklich, da es die Chancengleichheit aushebelt und Diskriminierung verordnet. Es würden sich zudem große Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen zu privilegierenden Inhalten, und solchen die „weniger chancengleich“ gestellt werden sollen ergeben. Unklar ist auch, durch wen und nach welchen Kriterien über eine Besserstellung entschieden würde. Auch in diesem Punkt zeigt sich deutlich, dass das Gutachten der Monopolkommission in der Diskussion um den Modernisierungsstaatsvertrag noch berücksichtigt werden müsste und wesentlich zu einer interessengerechten Lösung beitragen könnte.

Einbeziehung von Intermediären in medienrechtliche Regelungen ist abzulehnen (Rn. 1173-1178)

eco begrüßt die Feststellung des Gutachtens, dass eine Einbeziehung von Intermediären in eine medienrechtliche Regulierung, so wie im Modernisierungsstaatsvertrag (§53c-e RStV-E) vorgeschlagen, zu weit geht und abzulehnen ist (R. 1175). Das Gutachten unterstreicht hier deutlich, dass eine inhaltsbezogene Regulierung nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation beitragen würde, sondern in der Konsequenz sogar zu einer Verengung des Kommunikationsprozesses führen könnten (Rn. 1176). Entsprechend lehnt auch eco die vorgeschlagenen Regelungen als deutlich zu weitgehend ab.

Auch die im Gutachten diskutierte Notwendigkeit zur Festschreibung von Transparenzvorgaben (Rn. 1178) erachtet eco als kritisch. So müsste genau berücksichtigt werden, welcher Transparenzgrad für den einzelnen Nutzenden als hilfreich betrachtet werden kann und wo zu viel Transparenz zu einem Missbrauch durch einzelne Akteure führen könnte. Die einzelnen Suchdienste konkurrieren untereinander vor allem über ihre Qualität und Eignung bei der Beantwortung einer konkreten Suchanfrage. Würden sie einzelne Dienste oder Angebote bevorzugen, würde damit ein erheblicher Reputationsverlust einhergehen, wie ja auch aus Rn 1177 hervorgeht. Entsprechend ist aus Sicht von eco nicht ersichtlich, dass konkrete gesetzliche Vorgaben zur Transparenz notwendig sind. Vielmehr bietet das Wettbewerbs- und Kartellrecht geeignete Instrumente, im Falle einer Diskriminierung oder Intransparenz gegen diese vorzugehen.



VERBAND DER INTERNETWIRTSCHAFT E.V.



Über eco: Mit über 1.000 Mitgliedsunternehmen ist eco der größte Verband der Internetwirtschaft in Europa. Seit 1995 gestaltet eco maßgeblich das Internet, fördert neue Technologien, formt Rahmenbedingungen und vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik und in internationalen Gremien. Leitthemen sind Zuverlässigkeit und Stärkung der digitalen Infrastruktur, IT-Sicherheit und Vertrauen sowie Ethik und Selbstregulierung. Deshalb setzt sich eco für ein freies, technikneutrales und leistungsstarkes Internet ein.