

WETTBEWERBSPOLITIK IN DIGITALEN MÄRKTEN AUS VERBRAUCHERSICHT

Einschätzung des „Sondergutachten 68 der Monopolkommission
„Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“

Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Markgrafenstraße 66

10969 Berlin

WETTBEWERBSPOLITIK IN DIGITALEN MÄRKTEN AUS VERBRAUCHERSICHT

Einschätzung des „Sondergutachten 68 der Monopolkommission
„Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“

Einleitung

Die Monopolkommission, ein unabhängiges Beratungsgremium, das auch die Bundesregierung in Wettbewerbsfragen berät, veröffentlichte im Juni 2015 ihr Sondergutachten „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“¹. In diesem geht sie auf Herausforderungen ein, die sich aus Wettbewerbsdynamik und neuen Geschäftsmodellen der digitalen Ökonomie für die Wettbewerbspolitik ergeben. Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) möchte hiermit zu ausgewählten Erkenntnissen und Bewertungen der Monopolkommission eine Einschätzung aus Verbrauchersicht vornehmen.

Die Einschätzungen des vzbv beziehen sich auf die jeweils zitierten Absätze aus der Kurz- und Langfassung des Sondergutachtens der Monopolkommission. Die zitierten Absätze sind mit der jeweiligen Nummerierung (z.B. **K12**) aus dem Sondergutachten gekennzeichnet.

Bewertungen ausgewählter Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik

***K12.** Die Sammlung und wirtschaftliche Verwertung von Daten unterliegt Schranken, die sich aus dem Datenschutzrecht ergeben. Das Datenschutzrecht hat seinen Ursprung in einem grundrechtlichen Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Es geht darüber allerdings insofern hinaus, als es auch einen Schutz gegenüber der Nutzung von Daten im wirtschaftlichen Kontext vorsieht. Derzeit ist unklar, ob und inwieweit dem Einzelnen über sein grundrechtliches Abwehrrecht und den damit verbundenen Schutzanspruch hinaus auch ein Recht zukommt, über*

¹ <http://www.monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/sondergutachten/283-sondergutachten-68>

einen eventuellen Vermögenswert personenbezogener Daten und damit über deren wirtschaftliche Nutzung und Verwertung zu entscheiden. Eine Vergabe von eindeutigen, absoluten Rechten, wo immer möglich, wäre wettbewerbspolitisch zu befürworten (Tz. 84 – Tz. 90).

Die wirtschaftliche Nutzung und Verwertung personenbezogener Daten ist heute eine Realität. Es ist anzunehmen, dass die Menge der wirtschaftlich nutzbaren personenbezogenen Daten und die Anwendungsgebiete der Datennutzung und -verwertung auch vor dem Hintergrund der zu erwartenden Entwicklungen der „Industrie 4.0“ und „Smart Home“ zunehmen wird.

Daten sind als Handelswaren anzusehen². Deshalb sollten Verbraucher, an der monetären Verwertung der durch ihre Mitwirkung entstandenen Daten adäquat beteiligt werden.

Der vzbv begrüßt die Stärkung von eindeutigen Rechten an monetär verwertbaren Daten, wenn diese so ausgestaltet werden, dass es Verbrauchern ermöglicht wird von dem monetären Wert der Daten, die sie miterzeugen angemessen zu profitieren. Deshalb sollte aus Sicht des vzbv bei der Einführung von eindeutigen Rechten an monetär verwertbaren Daten sichergestellt werden, dass die Rechte zunächst vollständig bei den Nutzern liegen. Es bestünde dann die Möglichkeit, dass Nutzer die absoluten Rechte an den Daten an Unternehmen/Dritte Verwertungsrechte einräumen.

Bei der Abtretung von Rechten an Daten gegen Geld sieht der vzbv ein Risiko für einzelne verletzte Verbrauchergruppen: Insbesondere ökonomisch schlechter gestellte Verbraucher hätten einen starken Anreiz, die Rechte ihrer Daten gegen geldwerte Vorteile abzugeben bzw. Dritten einzuräumen. Es besteht das Risiko, dass Verbraucher dazu neigen die Rechte an ihren Daten abzugeben, ohne sich über mögliche persönliche negative Konsequenzen (z.B. Scoring, individualisierte Versicherungstarife) bewusst zu sein. Dies ist nicht unbegründet: Die Verhaltensforschung zeigt, dass Menschen dazu neigen, kurzfristige (finanzielle) Nutzen überzubewerten und mittel- und langfristige negative Konsequenzen unterzubewerten.

Es besteht das Risiko einer „Zweiklassengesellschaft“ und einer neuen „digitalen Spaltung“ der Gesellschaft: Auf der einen Seite stünden die, die sich Privatsphäre „leisten“ können, bzw. um den (auch monetären) Wert der Pri-

² vgl. Palandt-Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage 2013, § 312 Rn. 7; Masuch in: Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, § 312 Rn. 28

vatsphäre wissen. Auf der anderen Seite diejenigen, die ihre persönlichen Daten aus finanziellen Gründen bzw. aus Ungewissheit über die langfristigen Konsequenzen gegen kurzfristige Vorteile abgeben.

Um diese Risiken zu minimieren, müssen Verbrauchern die Konsequenzen der wirtschaftlichen Nutzung ihrer Daten transparent gemacht werden. Dies ist die Aufgabe derjenigen, die die Rechte erwerben wollen.

***K 13** Aus der zunehmenden Bedeutung von Daten ergibt sich ein wettbewerbspolitischer Handlungsbedarf. Zunächst wäre aus wettbewerbspolitischer Sicht eine Angleichung nationaler Datenschutzstandards zu begrüßen, da die Strenge des Datenschutzrechts die Möglichkeiten zur Erhebung und Auswertung großer Datenbestände und damit den Erfolg von Unternehmen im Wettbewerb beeinflussen kann. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und ein wettbewerbliches level playing field zu erreichen, empfiehlt die Monopolkommission eine zeitnahe Verabschiedung der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung. In inhaltlicher Sicht sollte ein Absenken von Datenschutzstandards vermieden werden. Für die Durchsetzung ist auf eine Behördenstruktur hinzuwirken, die eine stringente Durchsetzung des Datenschutzrechts gewährleistet, auch um Wettbewerbsnachteile europäischer gegenüber außereuropäischen Anbietern zu verhindern. Das koordinierte Vorgehen von Datenschutzbehörden bei der Verfolgung von Datenschutz-Verstößen europaweit tätiger Anbieter ist insoweit zu begrüßen (Tz. 91 – Tz. 100).*

Der vzbv befürwortet die stringente Durchsetzung eines harmonisierten Datenschutzrechts auf hohem Niveau in Europa. Er begrüßt eine verstärkte Koordination der nationalen europäischen Datenschutzbehörden im Rahmen des unabhängigen Beratungsgremiums der Artikel-29-Datenschutzgruppe.

***K16.** Ein Phänomen vieler digitaler (Plattform-)Dienste wie Suchmaschinen oder sozialer Netzwerke ist, dass diese den Verbrauchern entgeltfrei zur Verfügung gestellt werden. Die Finanzierung dieser Angebote erfolgt zumeist über Werbeanzeigen, die den Verbrauchern bei der Nutzung angezeigt werden. Bei mehrseitigen Plattformen stellt Online-Werbung häufig die Plattformseite dar, auf der die Erlöse erzielt werden (Tz. 111).*

Der vzbv weist darauf hin, dass viele digitale (Plattform-)Dienste den Nutzern nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Bei vielen mehrseitigen Plattformen hingegen zahlen Nutzer durch die Herausgabe privater Daten, die von den Betreibern der Plattformen kommerziell genutzt werden. Auch wenn die Verbraucher für die Nutzung der Dienste häufig keine monetäre Gegenleistung erbringen, erbringen sie ein sogenanntes „vertraglich vereinbartes Entgelt“. Dieses besteht in Form der Bereitstellung von und Einwilligung in die Nutzung ihrer (personenbezogenen) Daten, die die Betreiber digitaler (Plattform-)Dienste erfassen und kommerziell verwerten können, z.B. zum Einsatz personalisierter Werbung. Diese Form der Bereitstellung von Nutzerdaten für Plattformbetreiber stellt eine entgeltliche Leistung dar. Wenn Plattformen Verbrauchern Dienste zur Verfügung stellen und Verbraucher für deren Nutzung in die Herausgabe von privaten Daten einwilligen (müssen), die von Diensteanbieter (monetär) verwertet werden, empfiehlt der vzbv nicht von „entgeltfreien“ Diensten zu sprechen. Nach aktuellem Verständnis sollte der Begriff „entgeltfrei“ als „völlig kostenlos“ verstanden werden, also auch keine Zahlung durch Herausgabe von privaten Daten beinhalten.

Die Nutzung von Angeboten auf Plattformen wie z.B. Facebook oder Google sind für die Verbraucher also nicht entgeltfrei³. In der Gesetzesbegründung zu § 312 Abs. 1 BGB wird darauf hingewiesen, dass Daten als Handelswaren anzusehen sind. Schließlich schränkt das Merkmal „entgeltliche Leistung“ den Anwendungsbereich der Vorschriften auch nicht zu weitgehend ein. Insbesondere erfordert es nicht, dass das Entgelt in der Zahlung eines Geldbetrags liegt. Vielmehr ist das Merkmal „Entgelt“ weit auszulegen. Es genügt irgendeine Leistung des Verbrauchers (vgl. Palandt-Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage 2013, § 312 Rn. 7). Es muss sich also um einen gegenseitigen bzw. einen Austauschvertrag handeln (Masuch in: Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, § 312 Rn. 28). Auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Entgelt oder auf deren Bezeichnung kommt es nicht an. Daher können auch Verträge, bei denen der Verbraucher für die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung einer Ware dem Unternehmer im Gegenzug personenbezogene Daten mitteilt und in deren Speicherung, Nutzung oder Weitergabe einwilligt, erfasst sein. Lediglich Verträge, bei denen überhaupt keine Gegenleistung geschuldet wird, insbesondere also Schenkungsverträge, sind demnach vom Anwendungsbereich ausgenommen.

³ Quelle: Umsetzung Verbraucherrechte Richtlinie § 312 BGB: „Auch die Weitergabe personenbezogener Daten bzw. die Einwilligung in deren Speicherung, Nutzung oder Weitergabe kann Entgelt für eine Leistung des Unternehmers im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB- neu sein.“ http://www.vur.nomos.de/fileadmin/vur/doc/2014/Aufsatz_VuR_14_01.pdf

***K23.** Aus der hohen Relevanz von Daten für die Schaltung von Werbeanzeigen folgt, dass unterschiedliche nationale Datenschutzstandards zu Wettbewerbsverzerrungen führen können. Bei einer grundsätzlich begrüßenswerten Angleichung von Datenschutzstandards sollte mit Blick auf den Online-Werbemarkt jedoch beachtet werden, dass die Strenge des Datenschutzrechts Einfluss auf die Effizienz und Struktur des Werbemarktes haben kann. Insbesondere könnte ein besonders strenges Datenschutzrecht einzelne Formen der Werbeansprache beeinträchtigen und damit einen Marktaustritt einzelner Anbieter sowie eine höhere Marktkonzentration in einzelnen Bereichen der Online-Werbung bewirken (Tz. 164 – Tz. 166).*

Eine Aufweichung der Allgemeinen EU-Datenschutzverordnung, um einzelnen Formen der Online-Werbung die rechtliche Grundlage zu ermöglichen, hält der vzbv für nicht gerechtfertigt, wenn es damit keiner ausdrücklichen Einwilligung des Nutzers bedarf und insbesondere Profile ohne Schutz vor Diskriminierungen gebildet und ausgewertet werden dürfen.

Eine Erhöhung des Datenschutzes für alle Marktbeteiligten ist zu begrüßen und betont die Rolle des Datenschutzes als wettbewerbsrelevanten Faktor für den europäischen Wirtschaftsstandort. Eine Gefahr der Wettbewerbsverzerrung entsteht vielmehr durch Akteure im (Werbe-)Markt, deren Geschäftsmodelle lediglich erfolgreich sind, weil sie auf einem niedrigen Datenschutz basieren bzw. die unterschiedlichen Datenschutzniveaus innerhalb der EU ausnutzen, um nationale Datenschutzniveaus zu unterlaufen. Eine Erhöhung des Datenschutzniveaus bei gleichzeitiger Harmonisierung des Datenschutzniveaus innerhalb der EU kann daher entschieden zu einer Verstärkung des Wettbewerbs innerhalb der EU beitragen.

Zudem verhindert das in der Allgemeinen Europäischen Datenschutzverordnung vorgesehene Marktortprinzip, dass durch eine Erhöhung des Datenschutzniveaus in der EU eine Wettbewerbsverzerrung zugunsten außereuropäischer Unternehmen entsteht, die aktuell noch auf Basis eines relativ niedrigeren Datenschutzniveaus in deren Heimatländern operieren können.

***K24.** Wettbewerbsverzerrungen können zudem aus unterschiedlichen Werberegeln für bestimmte Medienformen resultieren. So unterliegen konventionelle Rundfunkmedien derzeit etwa einer Werbezeitregulierung, die ihren Handlungsspielraum bei der Sendung von Werbung ein-*

schränkt und sie so gegenüber reinen internetbasierten Medien benachteiligt. Solche Wettbewerbsnachteile konventioneller Rundfunkmedien bei der Schaltung von Werbung sollten abgebaut werden. Hierzu sollte die Werbezeitregulierung für konventionelle Medien gelockert, wenn nicht sogar ganz aufgehoben werden. Eine Ausweitung der Werbezeitregulierung auf reine Internetmedien ist hingegen nicht angezeigt (Tz. 167 – Tz. 170).

Vor dem Hintergrund der Medienkonvergenz ist es aus Sicht des vzbv zumindest fraglich, ob eine schlichte Deregulierung der Rundfunkmedien die richtige Antwort auf die Frage der Regulierung für die Online-Medien sein kann. Vielmehr sollte z.B. die Werbezeitregelung nicht abgeschafft oder pauschal gesenkt werden, sondern ggf. an die neuen Realitäten im Markt angepasst werden.

Es sollte eine abgestufte Regulierung in Betracht gezogen werden, die sich an den Schutzziele der AVMD-RL orientiert und dabei technikneutral die tatsächliche Relevanz konkreter Angebote für die Verwirklichung dieser Schutzziele zum Maßstab für die Intensität der Regulierung macht. Ein sinnvoller Maßstab wäre aus Sicht des vzbv die Frage, wie viele Nutzer ein konkretes Angebot tatsächlich erreicht, was im Netz anhand der Abrufzahlen gemessen werden könnte. Je kleiner dieser Kreis, desto weniger angezeigt scheint eine ex ante-Regulierung.

Gerade im Hinblick auf die Regelungen zum Jugendschutz ist anzumerken, dass die am klassischen Rundfunk orientierten Schutzmechanismen im Internet nicht mehr funktionieren. „Verbotene“ Inhalte lassen sich jederzeit auch jenseits der regulierten Schutzzonen auffinden. Filtermechanismen wie Geoblocking, technische Sperren oder solche, die sich an der Tageszeit orientieren, lassen sich in der Praxis kaum zielführend umsetzen.

Ähnliches gilt im Bereich der kommerziellen Kommunikation: Werbezeitevorgaben sind heutzutage nicht mehr geeignet, Kinder und Jugendliche zu schützen. Aus Sicht des vzbv stellt nicht ausschließlich die Menge an Werbung das primäre Problem dar, sondern deren zunehmende Vermischung mit redaktionellen Inhalten oder bestimmten Funktionen eines Dienstangebots. So stellt aus Sicht des vzbv beispielsweise Werbung in Apps oder auf Internetseiten, die sich spezifisch an ein kindliches oder jugendliches Zielpublikum richtet, ein großes Problem dar, vor allem wenn sie mit (Spiel) Inhalten stark verbunden ist. Zwar existieren hierfür bereits gesetzliche Vorgaben. Doch oft scheitert es an der Durchsetzung des sogenannten Trennungsgebots. Der vzbv hat in zahlreichen Unterlassungsverfahren die Erfahrung gemacht, dass es bei der

Frage nach der Einhaltung des Trennungsgebots immer auf den konkreten Einzelfall ankommt, wie das Werbeformat oder den Kontext, in dem die Werbung zum redaktionellen Inhalt steht. Solchen Angeboten ist allein mit der klassischen Werberegulierung nicht beizukommen.

Ähnliches gilt für das weit verbreitete Productplacement und die Schleich-Werbung in diversen Internetvideo-Kanälen. Die Landesmedienanstalten sind von ihrer Struktur und Ausrichtung her für eine Beaufsichtigung solcher Angebote regelmäßig überfordert. Eine Regulierung sollte sich sinnvollerweise am Verbreitungsgrad der jeweiligen Angebote oder Inhalte orientieren und, der europaweiten Zugänglichkeit solcher Angebote entsprechend, auf europäischer Ebene ansetzen.

Aus Sicht des vzbv ist eine Diskussion darüber erforderlich, welche Institutionen diese neuen Medien beaufsichtigen und ggf. regulieren können und sollten.

***K39.** Aus Sicht der Monopolkommission ist in Bezug auf soziale Netzwerke kein Änderungsbedarf im Wettbewerbsrecht erkennbar. So erscheint insbesondere eine Erweiterung der speziellen Presse- und Rundfunkkontrollen in Deutschland (§ 38 GWB) auf soziale Netzwerke nicht geboten. Allerdings erscheinen gesetzliche Maßnahmen sinnvoll, welche die Internetanbieter zu einer besseren Information der Nutzer über die Wirkung der von diesen erteilten Einwilligungen verpflichten und die Möglichkeiten der Nutzer stärken, ihre Datenschutzinteressen selbst durchzusetzen. Die Monopolkommission regt an zu prüfen, den Internetnutzern diesbezüglich ein spezielles, gesetzliches Wahlrecht einzuräumen. So könnte Nutzern gegenüber Internetdiensten ein spezielles gesetzliches Wahlrecht eingeräumt werden, entweder jede Werbenutzung ihrer Daten abzulehnen und den jeweiligen Dienst gleichwohl zu nutzen, allerdings mit nicht an den Nutzer angepasster Werbung, oder einer Werbenutzung zuzustimmen und dann eine an den Nutzer angepasste Werbung zu erhalten (Tz. 330 – 342).*

Wenn das vorgeschlagene Wahlrechtsmodell (Kopplungsverbot) in der Allgemeinen EU-Datenschutzverordnung geregelt wird, wird es damit nicht mehr auf nationaler Ebene regelbar sein.

Der vzbv begrüßt den Vorschlag, Nutzern gesetzlich ein Wahlrecht bei der Nutzung ihrer Daten zu werblichen Zwecken einzuräumen. Gleichzeitig gibt es Verbraucher, die angepasste Werbung schätzen, wenn diese ihren Interessen

entspricht. Der Vorschlag der Monopolkommission sieht vor, dass diese Verbraucher in die Werbenutzung ihrer Daten einwilligen können und personalisierte Werbung erhalten. Dass Nutzer sich zwischen diesen beiden Optionen entscheiden können, vergrößert den Handlungsspielraum der Verbraucher. Bisher haben Verbraucher oft nur sehr eingeschränkte Wahlmöglichkeiten, was die Werbenutzung ihrer Daten betrifft. So gesehen bedeutet dieser Vorschlag eine Verbesserung der Position der Verbraucher.

Das vorgeschlagene Wahlrecht-Modell sollte sich grundsätzlich an einem Opt-in-Modell orientieren.

Die Basis des von der Monopolkommission angesprochenen Problems, der Nutzung von Daten für personalisierte Werbung durch einen Dienstanbieter, ist die Erfassung und Speicherung, Verwertung und Weitergabe von Daten, die von Dienstanbietern selber oder durch Dritte (Datenbroker) verwertet und zu Profilen kombiniert werden können⁴. Deshalb plädiert der vzbv dafür, das gesetzliche Wahlrecht weiter zu fassen als im Vorschlag der Monopolkommission: Es sollte den Verbrauchern ein gesetzliches Wahlrecht darüber eingeräumt werden, ob sie der Erfassung von Daten und Nutzerverhalten durch Dritte (z.B. über Cookies), Verwertung, Weitergabe und Kombination mit anderen Datensätzen zustimmen.

In der Praxis werden Dienste oder Verträge oft von der Erlaubnis des Verbrauchers in die Erhebung und Nutzung seiner Daten auch außerhalb des für die Begründung und Durchführung eines Vertrages erforderlichen Umfangs abhängig gemacht.

§ 28 Abs. 3b BDSG, der auch für den Bereich des Telemediengesetzes (TMG) Anwendung findet, regelt hierzu bereits ein beschränktes Koppelungsverbot:

„Die verantwortliche Stelle darf den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen nach Absatz 3 Satz 1 abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam.“

⁴ Vgl. The Economist (2014) „Getting to know you“, Sep 13th 2014, <http://www.economist.com/news/special-report/21615871-everything-people-do-online-avidly-followed-advertisers-and-third-party>

Durch den Verweis auf § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG ist das Koppelungsverbot auf die Fälle der Einwilligung in Werbung und den Adresshandel beschränkt. Diese Norm beinhaltet viele auf den jeweiligen Dienst oder Vertrag abzustellende auslegungsbedürftige Voraussetzungen: Steht tatsächlich ein anderer Zugang zu der gewünschten Leistung zur Verfügung, handelt es sich bei einem Alternativangebot um eine *gleichwertige Leistung* und ist der Wechsel zu einem anderen Dienst *zumutbar*?

Wenn beispielsweise die Nutzung einer Online-Suchmaschine oder eines Sozialen Netzwerkes an die Einwilligung zur Nutzung der Verbraucherdaten zu Werbezwecken gekoppelt ist, stellt sich die Frage, ob der Verbraucher faktisch eine Ausweichmöglichkeit hat, wenn die alternativen Angebote am Markt mit identischen Einwilligungserklärungen in die Datennutzung zu Werbezwecke operieren. Dreh- und Angelpunkt in streitigen Auseinandersetzungen ist auch die Frage, ab wann eine „Monopolstellung“ eines Unternehmens besteht, so dass der Verbraucher faktisch keine Ausweichmöglichkeit hat.

Insofern läuft diese Norm in der Regel ins Leere und ist aus Verbrauchersicht kein rechtswirksames Instrument für die Geltendmachung und Durchsetzung datenschutzrechtlicher Ansprüche.

Daher fordert der vzbv ein generelles Koppelungsverbot, wonach die Nutzung eines Dienstes nicht von der Einwilligung der Verbraucher zur Nutzung ihrer Daten - über das zur Dienstleistung notwendige Maß - abhängig gemacht werden darf. Jede Art der Koppelung läuft dem Grundsatz einer freiwilligen Einwilligung zuwider und muss unterbunden werden.

Das vorgeschlagene Wahlrecht-Modell für die Werbenutzung und ein generelles Koppelungsverbot sollte nicht nur für Social-Media Dienste, sondern für alle Dienste und digitale Plattformen gelten, wie z. B. Reiseportale, E-Mail-Dienste, Sharing-Economy Plattformen.

***K 40** Dessen ungeachtet bedarf der bisherige, auf bloße Information ausgerichtete Ansatz des Verbraucherschutzes einer Überprüfung und sollte im Zweifel durch einen differenzierteren Ansatz ersetzt werden. Insbesondere sollte auf eine übersichtlichere Darstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) hingewirkt werden. Angelehnt an die Rechtslage bei entgeltpflichtigen Bestellungen im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312j BGB) sollten Verbrauchern vertragsrelevante Informationen im Internet auch bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen anlassbezogen bereitgestellt werden. Darüber hinausge-*

hend könnte erwogen werden, von Gesetzes wegen umfangreiche Globaleinwilligungen zur Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen der AGB zu beschränken (Tz. 340 – Tz. 341).

Der vzbv begrüßt es, dass die Monopolkommission einen differenzierten verbraucherpolitischen Ansatz befürwortet. Das aktuelle Verbraucherbild, welches auch dem Koalitionsvertrag der Regierung zugrunde liegt, differenziert zwischen drei Verbrauchertypen (verletzlicher, vertrauender und verantwortungsvoller Verbraucher).

Zentrales Element einer effektiven Verbraucherpolitik ist die Anerkennung verschiedener Gruppen von Verbrauchern, ihrer Bedarfe, Bedürfnisse, ihres tatsächlichen Verhaltens und die darauf basierende Entwicklung spezifischer verbraucherpolitischer Instrumente.

Wenn differenzierte verbraucherpolitische Ansätze in der analogen Welt sinnvoll sind, dann erst recht in der Welt der digitalen Wirtschaft. Ein differenzierter verbraucherpolitischer Ansatz kann nicht einseitig auf einem Mehr an Information beruhen.

Eine differenzierte Verbraucherpolitik sollte über die von der Monopolkommission aufgeführten Handlungsfelder hinausgehen und insbesondere für verletzte Verbraucher angemessene Schutz- und Unterstützungsmaßnahmen in Betracht ziehen.

59. *Prinzipiell können zur Marktabgrenzung mehrseitiger Plattformen ökonomische Modelle herangezogen werden, die explizit die Interdependenzen der Nachfragen der verschiedenen Plattformseiten berücksichtigen. Jedoch sind diese in der Anwendung wegen des hohen Bedarfs an Daten und der Aufwändigkeit der Modellierung nur eingeschränkt praktikabel. Am ehesten für die Praxis der Wettbewerbsbehörden – zumindest in ausgewählten Fällen - geeignet scheinen insbesondere Erweiterungen etablierter Verfahren zur Marktabgrenzung auf mehrseitige Plattformen. So bieten verschiedene Vorschläge zur Erweiterung des Konzepts des SSNIP-Tests Möglichkeiten, Veränderungen der gesamten Gewinne einer Plattform unter Berücksichtigung der Nachfrageelastizitäten und der indirekten Netzwerkeffekte abzubilden. Aber auch diese Erweiterungen erfordern deutlich mehr Informationen und sind erheblich komplizierter in der Anwendung als die Variante für einseitige Märkte. Zudem kann eine hypothetische Preiserhöhung nicht betrachtet werden, wenn – wie beispielsweise bei Suchdiensten – kein pekuniärer Preis erhoben wird. Für solche Fälle wird vorgeschlagen,*

eine Qualitätsreduktion statt einer Preiserhöhung zu betrachten. Ein derartiges Vorgehen setzt allerdings wiederum die Existenz eines messbaren Qualitätsmaßes voraus, welches nicht immer definiert werden kann. Zudem ist der SSNIP-Test wenig geeignet, dynamische Märkte abzugrenzen, in denen weniger der Preis und eher die Qualität und Produktinnovationen wichtige Wettbewerbsdeterminanten darstellen. Insgesamt besteht bei der Entwicklung ökonometrischer Verfahren, die in der Praxis der Wettbewerbsbehörden umfassend angewendet werden können und sollten, noch erheblicher Forschungsbedarf. Insofern ist für die praktische Anwendung wie dargestellt essenziell, in jede Analyse immer alle Plattformseiten mit einzubeziehen.

Bei der Vorgehensweise zur Definition relevanter Märkte regt der vzbv an, nicht nur von der aktuellen Substituierbarkeit der Angebote/Anbieter durch die Verbraucher/Nachfrager auszugehen.

Der dynamische Wettbewerb in der digitalen Ökonomie zielt häufig darauf ab, Märkte und Geschäftsmodelle disruptiv umzustoßen bzw. zu revolutionieren und über neue Dienste Nutzer und Zugang zu ihren Daten zu gewinnen. Um dies zu berücksichtigen, sollte überlegt werden, ob bei der Marktabgrenzung die Geschäftsmodelle der zu betrachteten Unternehmen stärker in den Fokus der Wettbewerbsbehörden rücken. Die Analyse könnte sich dann darauf richten, wie eine Unternehmung Umsätze und Profite generiert und ob andere Unternehmungen in der Lage sind, ihr diese Umsätze/Profite (absehbar) streitig zu machen⁵. So sind z.B. die Dienste WhatsApp und Facebook aus Nutzersicht keine Substitute, dennoch wäre WhatsApp möglicherweise in der Lage gewesen, Facebook in der Zukunft erhebliche Umsätze streitig zu machen, selbst wenn zu dem Zeitpunkt der Übernahme durch Facebook WhatsApp noch keine nennenswerten Umsätze generiert hat.

Eine stärkere Betrachtung der Geschäftsmodelle kann bei der Betrachtung dynamischer digitaler Märkte helfen, künftige Innovationen, Markteintritte und disziplinierende Marktkräfte („competitive restraints“ und „contestability“) zu identifizieren.

Der vzbv begrüßt das Bestreben, neue Methoden zur Definitionen relevanter Märkte zu entwickeln. Wenn Daten der Preis sind, den Verbraucher für die Nutzung eines Dienstes bezahlen, sollte dieser Preis auch in der Definition des relevanten Marktes berücksichtigt werden. Für die Erweiterung des SSNIP-Tests zur Definition relevanter Märkte, bei dem eine Qualitätsreduktion

⁵ European Parliament (2015) „Challenges of Competition Policy in a Digitalised Economy“.

statt einer Preiserhöhung betrachtet wird, regt der vzbv an, explizit auch den Effekt von Änderungen des Datenschutzniveaus auf das Substitutionsverhalten von Verbrauchern zu berücksichtigen. Das Sammeln, Analysieren und Verwerten und die Weitergabe und Zusammenführung von Nutzerdaten über verschiedene Plattformen und Dienste hinweg kann Unternehmen deutliche Wettbewerbsvorteile einbringen. Daher sollte in einer dynamischen Wettbewerbsbetrachtung und der Definition relevanter Märkte die Macht von Unternehmen, ihren Nutzern höhere Preise (in Form von mehr oder sensitiveren Daten, die sie für die Nutzung Ihrer Dienste verlangen) abzuverlangen und sich dadurch Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten zu verschaffen, Berücksichtigung finden.

***K54.** In der Fusionskontrolle ist nach Auffassung der Monopolkommission der bestehende Rechtsrahmen nicht hinreichend effektiv. Der Erwerb eines Unternehmens mit geringen Umsätzen lässt sich mit den Aufgreifkriterien in der EU und in Deutschland nicht erfassen, selbst wenn das übernommene Unternehmen über kommerziell wertvolle Datenbestände verfügt oder aus anderen Gründen ein erhebliches Marktpotenzial hat. Die Monopolkommission empfiehlt daher, zusätzlich zu den bisherigen Aufgreifkriterien, die auf bestimmte Unternehmensumsätze abstellen, weitere Aufgreifkriterien festzulegen, die an das Transaktionsvolumen anknüpfen. Solche Regelungen sind zur Schließung von Schutzlücken erforderlich: Auch Fälle des Erwerbs von Unternehmen, die in der Vergangenheit keine hohen Umsätze erzielt haben, können im Hinblick auf ihre große wirtschaftliche Bedeutung aus wettbewerbspolitischer Perspektive bedenklich erscheinen. In der digitalen Wirtschaft kommt das wirtschaftliche Potenzial eines Unternehmens oft in dem hierfür gebotenen oder gezahlten Kaufpreis besser zum Ausdruck als in den zuvor erzielten Umsätzen. Darüber hinaus macht die Monopolkommission Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Kriterien für die Prüfung von Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Internetplattformen (Tz. 451 – Tz. 479).*

Der vzbv unterstützt die Forderung der Monopolkommission nach einer Weiterentwicklung der Aufgreifkriterien für die Fusionskontrolle unter Beteiligung von Internetplattformen.

Das Sammeln und Auswerten von Nutzerdaten gehört zum Geschäftsmodell vieler Unternehmen. In der digitalen Ökonomie ist Marktmacht eng mit der Kontrolle über Daten verknüpft.

Das Risiko einer Zunahme von Marktmachtkonzentration in einzelnen Märkten steigt, wenn kleine innovative Unternehmen, die zwar noch keine hohen Umsätze generieren, aber über den Zugang zu Daten (oder die Daten selber) verfügen, von etablierten Playern aufgekauft werden, bevor sie zu einer Konkurrenz werden könnten. Hier besteht die Gefahr, dass sich Daten- und Marktmacht einzelner Unternehmen konzentrieren und so zukünftiger Wettbewerb und Innovation zum Nachteil der Verbraucher ausgeschaltet wird.

Deshalb ist es wichtig, die Höhe des Transaktionsvolumens in der Fusionskontrolle als Aufgreifschwelle zu berücksichtigen, da sie wichtige Hinweise auf die Gefahr einer Marktmachtkonzentration geben kann.

***K62** Die Monopolkommission hält es für erforderlich, die zuvor angesprochenen wettbewerbsbezogenen Maßnahmen durch darüber hinausgehende Maßnahmen zur Verbesserung der Durchsetzbarkeit der Individualrechte von Inhabern von Inhalten und Nutzern innerhalb der digitalen Ökonomie ergänzt werden. Die rechtswidrige Ausbeutung fremder Inhalte und Daten kann nach Auffassung der Monopolkommission zwar auch einen Marktmachtmissbrauch begründen. Eine Behebung von Rechtsschutzdefiziten bei Inhalten und Daten sollte primär aber nicht über das Wettbewerbsrecht, sondern über eine Verbesserung der gesetzlichen Möglichkeiten der Marktteilnehmer zur Durchsetzung marktrelevanter Individualrechte erfolgen. Die Probleme sollten dabei allgemein und nicht nur mit Blick auf das Verhalten marktmächtiger Unternehmen angegangen werden (Tz. 485, Tz. 514 – Tz. 533).*

Der vzbv begrüßt, dass sich die Monopolkommission für die Verbesserung der Durchsetzbarkeit der Individualrechte von Nutzern ausspricht.

Der einzelne Verbraucher ist in der digitalen, wie in der „analogen“, Ökonomie gegenüber Unternehmen strukturell im Nachteil. Insbesondere in Bezug auf die effektive Durchsetzbarkeit von Verbraucherrechten mangelt es Verbrauchern oft an Zeit, Expertise und finanziellen Ressourcen. Deshalb bedarf eine Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Verbraucherrechten nicht nur einer Stärkung der Durchsetzbarkeit der Individualrechte, sondern auch einer Stärkung des kollektivrechtlichen Korrektivs. In der digitalen Welt kommt dem Verbandsklagerecht eine gesteigerte Bedeutung als Korrektiv für Fehlentwicklungen im Markt zu.

579. Für die **Wettbewerbspolitik** stellen die besonderen Eigenschaften von mehrseitigen Plattformen eine Herausforderung dar. Die grundlegenden Zusammenhänge und die Komplexität mehrseitiger Plattformen sind von Wettbewerbsbehörden und Gerichten bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung konkreter Fälle zu berücksichtigen. Wichtig ist, alle Seiten einer Plattform in die Analyse mit einzubeziehen und direkte wie indirekte Netzwerkeffekte in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zu erfassen. Die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf mehrseitigen Plattformen erfordert eine Gesamtbetrachtung, in der anderen Faktoren als Marktanteilen gesteigerte Bedeutung zuzumessen ist, beispielsweise Netzwerkeffekten, der Verfügbarkeit von Nutzerdaten und der auf dem betrachteten Markt bestehenden Dynamik.

Der vzbv teilt die Ansicht der Monopolkommission, dass bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung in der digitalen Ökonomie anderen Faktoren als nur Marktanteilen eine gesteigerte Bedeutung zukommt.

Es sind neue konzertierte Anstrengungen der Wettbewerbsbehörden und der Wissenschaft vonnöten, um konkrete Richtlinien und Instrumente zu entwickeln, die eine wettbewerbsrechtliche Einschätzung der dynamischen Effekte von z.B. Netzwerkeffekten und „Big-Data“ Fusionen ermöglichen.

586. Die Bedeutung von Daten für den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen sollte in wettbewerbsrechtlichen Verfahren verstärkt Berücksichtigung finden. Dies gilt auch für die Fusionskontrolle, da hier häufig neu gegründete Internetdienste mit nur geringen Umsätzen, aber möglicherweise besonders wertvollen Datenbeständen, aufgekauft werden. Reine Datenschutzaspekte sollten hingegen außerhalb wettbewerbsrechtlicher Verfahren adressiert werden.

Der vzbv erachtet die stärkere Berücksichtigung von Daten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren ebenfalls für erforderlich. Denkbar wäre, die Summe der Datensätze und deren wirtschaftlichen Wert zu berücksichtigen. Ein wesentliches Indiz für den Wert von Daten in Fusionskontrollverfahren stellt der Verkaufspreis beim Erwerb eines Unternehmens dar, der im Rahmen der Fusionskontrolle nicht außer Acht gelassen werden sollte. Die von der Monopolkommission vorgeschlagenen Eingriffsschwellen sind ein Schritt in die Richtige Richtung.

Zudem begrüßt der vzbv, dass die Monopolkommission die wettbewerbsstrategischen Aspekte von (Nutzer-)Daten im Rahmen von Unternehmensfusionen erkannt und deren potenzielle Risiken für den Wettbewerb angeführt hat. Der vzbv würde es deshalb begrüßen, wenn in Fusionskontrollverfahren bei sogenannten „Big Data Mergers“ die zusammenschlussbedingte Kombination von Datenbeständen für den künftigen Wettbewerb standardmäßig von den Wettbewerbsbehörden geprüft wird. Insbesondere ist zu prüfen, inwieweit durch die Fusion durch Kombination von Datenbeständen die Betreiber von Plattformen in die Lage versetzt werden, perspektivisch - nicht nur im ursprünglich betrachteten Markt, sondern auch in benachbarten oder neuen Märkten – gegenüber Wettbewerbern durch überlegene Kenntnisse (z.B. Nutzerpräferenzen- und Verhalten) einen dauerhaften Vorteil zu erlangen und inwieweit sich dies auf den Wettbewerb auswirkt. Aus diesem Grund kann es empfehlenswert sein die Geschäftsmodelle der beteiligten Unternehmen stärker in den Fokus der Fusionskontrolle zu nehmen (siehe oben: Hinweis des vzbv zu „59. Marktabgrenzung“).

587. Eine spezielle Regulierung für Suchmaschinen ist aus Sicht der Monopolkommission jedenfalls derzeit nicht zu befürworten. Eine staatliche Kontrolle des Suchalgorithmus würde, falls sie überhaupt technisch 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. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass der Betreiber einer Suchmaschine nicht auf eine Beeinflussung des Algorithmus angewiesen ist, um bei der Anzeige eigener Dienste Vorteile zu erzielen: Für den Betreiber reicht die Kenntnis des Algorithmus, um die Webseiten eigener Dienste so zu gestalten, dass sie einen vorderen Platz auf der generischen Trefferliste erreichen.

Eine abschließende Bewertung dazu ob - und wenn ja welche - der hier von der Monopolkommission diskutierten möglichen Regulierungsmaßnahmen für Suchmaschinen angewandt werden sollen, kann erst auf der Grundlage einer fundierten Kosten-Nutzenabschätzung vorgenommen werden. Hierzu müssten die möglichen Regulierungsmaßnahmen auf Realisierbarkeit und die damit verbundenen Kosten und Nutzen für den Wettbewerb und Verbraucher geprüft werden. Grundsätzlich gilt jedoch: Wenn Suchmaschinen in der Ergebnisanzeige eigene Dienste bevorzugen, schaden Sie damit den Verbrauchern. Damit Verbraucher eine informierte Wahl treffen können, müssen alle Ergebnisse

nach transparenten Standards und Prinzipien bewertet und präsentiert werden.

596. Der bisherige, auf bloße Information ausgerichtete Ansatz des Verbraucherschutzes bedarf im Bereich der digitalen Wirtschaft einer Überprüfung und sollte im Zweifel durch einen differenzierteren Ansatz ersetzt werden. Insbesondere sollte auf eine übersichtlichere Darstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) hingewirkt werden. Angelehnt an die Rechtslage bei entgeltpflichtigen Bestellungen im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312j BGB) sollten Verbrauchern vertragsrelevante Informationen im Internet auch bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen anlassbezogen bereitgestellt werden.

Der vzbv begrüßt das Bekenntnis der Monopolkommission zum differenzier-ten Verbraucherleitbild (s. oben unter K40)

597. Das Gutachten befasst sich auch mit Wettbewerbsverzerrungen, die sich aus dem Zusammentreffen neuer zunächst unregulierter Dienste mit alten regulierten Dienstleistungen ergeben. Ein Beispiel hierfür sind neue Plattformen im Bereich der Share Economy, die in Konkurrenz zu herkömmlichen Dienstleistern treten (etwa im Taxigewerbe oder bei der Vermittlung von zeitweiligem Wohnraum). Oft wird in solchen Zusammenhängen reflexhaft die Unterstellung der neuen Wettbewerber unter die bestehende Regulierung gefordert. Die Monopolkommission empfiehlt, die umgekehrte Lösung in Betracht zu ziehen: Die Befreiung der etablierten Unternehmen von der Regulierung. Wenn mit neuen Technologien Wettbewerb entsteht, ist zu prüfen, ob die überkommene Regulierung noch erforderlich ist. Regulierung ist oft dort geschaffen worden, wo der Wettbewerb als solcher zunächst nicht als ausreichend angesehen wurde, um qualitativ hochwertige Leistung zu wettbewerbsgerechten Preisen hervorzubringen. 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.

Der vzbv hat sich im Rahmen des Verbrauchertages 2015 mit den Herausforderungen der Sharing Economy auseinandergesetzt. Mindeststandards an Verbraucherrechten müssen auch in der Sharing Economy gelten. Deshalb ist

der Ruf nach einer pauschalen Befreiung der etablierten Unternehmen von der Regulierung aus Sicht des vzbv kein anzustrebender Weg. Vielmehr sollten bestehende Regulierungen an die neuen Realitäten im Markt angepasst werden. Denn stellenweise liefern neue digital gestützte Geschäftsmodelle den Anlass, Vorschriften auf ihre Sinnhaftigkeit zu überprüfen und sie gegebenenfalls zu lockern. So dürfte es im Zeitalter von Navigationsgeräten heute nicht mehr erforderlich sein, dass für die Erteilung eines Personenbeförderungsscheins die Ortskundigkeit des Bewerbers geprüft wird.

Anlass für die Anpassung von Regulierungen ist, dass die Sharing Economy zunehmend die alte Dichotomie von Verbrauchern und gewerblichen Anbietern auflöst:

Die Rechte der Verbraucher gegenüber den Anbietern unterscheiden sich je nach Art des Anbieters. Ein gewerblicher Anbieter muss Pflichten befolgen, die für einen Privatanbieter nicht gelten. Für Verbraucher muss klar erkennbar sein, zu welcher Kategorie ein Anbieter gehört. Außerdem müssen Schutzlücken vermieden werden, die dadurch entstehen könnten, dass viele Verbraucherschutzvorschriften bei Geschäften zwischen Privatleuten nicht gelten.

So sollte die Politik die Abgrenzung zwischen gewerblichen und privaten Angeboten erleichtern, indem sie einfach handhabbare Abgrenzungskriterien schafft, etwa durch summenmäßige Begrenzungen. Die Vermittlungsplattformen der Sharing Economy müssen für Verbraucher Transparenz schaffen, ob sie es mit einem Privatanbieter oder einem gewerblichen Anbieter zu tun haben. Der Gesetzgeber sollte eine entsprechende Klarstellung von den Vermittlungsplattformen verlangen. Diese müssten dann bei der Anmeldung neuer Anbieter abprüfen, in welche Kategorie das Angebot fällt, und sie müssten die Verbraucher über die jeweils geltenden Rechte informieren.

Privatanbieter sollten durch einfach handhabbare Bagatellklauseln Sicherheit bekommen, dass sie bei privaten Sharing-Geschäften nicht gegen Rechtsvorschriften verstoßen. In San Francisco ist etwa das kurzzeitige Vermieten von Wohnraum für höchstens 90 Tage pro Jahr gestattet. Ähnliche Regelungen wären denkbar, um das Verbot der Untermiete oder das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum zu lockern.

Mindeststandards an Verbraucherrechten müssen auch für Privatanbieter gelten. Hierfür gibt es die Option, dass der Gesetzgeber Mindeststandards für Privatanbieter einführt, dass beispielsweise der Vermieter eines Privatquartiers einen Rauchmelder und einen Fluchtwegplan vorhalten muss. Eine andere Option wäre eine Versicherungspflicht für die Vermittlungsplattformen: Die Plattformbetreiber wären dann gesetzlich verpflichtet, nicht nur die Anbieter,

sondern auch die Nutzer gegen gravierende Risiken zu versichern, bei Wohnungsvermittlungen etwa gegen Brandfälle. Daraus ergibt sich dann der erforderliche Anreiz, von den Wohnungsvermietern Vorkehrungen gegen Brandfälle zu verlangen.