



## **Positionspapier zum “Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services” (COM(2018) 238 final)**

Berlin 2. Juli 2018

Mit dem Vorschlag zur Regulierung der Geschäftsbeziehungen von Vermittlungsdiensten hat die Europäische Kommission einen Vorstoß gewagt, der insbesondere darauf abzielt, marktmächtige Online-Vermittlungsdienste strengeren Regeln zu unterwerfen. Auch Betreiber von Online-Suchmaschinen werden in dem Kommissionsentwurf adressiert.

Mit den Regeln soll den Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten oder Plattformen, auf denen Geschäftskunden Verbrauchern Produkte oder Dienstleistungen anbieten können, mehr Offenlegungspflichten über die Bereitstellung ihrer Dienste auferlegt werden. Sie sollen außerdem dazu verpflichtet werden, sich stärker mit den Unternehmen, die ihre Dienste als Vermittler in Anspruch nehmen, auseinanderzusetzen und bei Streitigkeiten verschiedene Lösungen neben dem Rechtsweg anzubieten.

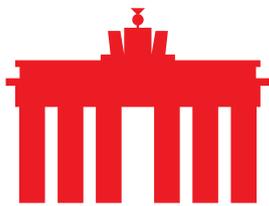
### **I. Allgemeine Anmerkungen**

- **Vertragsfreiheit im Geschäftsverkehr muss berücksichtigt bleiben**

Die Maßgaben für Vermittlungsdienste und digitale Plattformen, Verträge und Vereinbarungen mit Kunden bzw. Nutzern zu treffen, sollten insbesondere im Geschäftsverkehr gewahrt bleiben. Dieser Grundsatz sollte nicht aufgeweicht werden. Eine einseitige Verpflichtung eines Marktteilnehmers zur Offenlegung von Erwägungsgründen für die Beendigung eines Vertrags oder formalisierte Prozesse bereitzustellen und dafür den überwiegenden Anteil der Kosten zu übernehmen, stellt eine einseitige Inanspruchnahme der Plattformen und Dienste dar, die mit den Aktivitäten anderer Unternehmen ihre Umsätze generieren. Ein solcher Eingriff in die Vertragsfreiheit von Unternehmen muss durch überwiegenden Allgemeinwohlgründe gerechtfertigt werden, um akzeptabel zu sein.

- **Fokussierung auf marktmächtige Plattformen, um unverhältnismäßige Bürokratiekosten zu vermeiden**

In seiner jetzigen Form unterscheidet der Regulierungsvorschlag nicht zwischen marktmächtigen Plattformen und solchen, die in einem hinreichend wettbewerblichen Marktumfeld agieren. Dadurch läuft die Regulierung Gefahr, insbesondere Start-Ups und kleinen Plattformen Bürokratiekosten aufzubürden, die ungerechtfertigt sind, da ihnen kein Marktversagenstatbestand gegenübersteht. Um dies zu verhindern, wäre es zu begrüßen, wenn Schwellenwerte eingeführt würden, welche Plattformen, die eine marktmächtige Position innehaben, erfassen und zusätzliche



Vorschriften auf diese begrenzen. Alternativ wäre eine Stärkung des beschwerde- und klagegetriebenen Kartellrechts in Erwägung zu ziehen, um gezielt gegen den Missbrauch von Marktmacht vorzugehen.

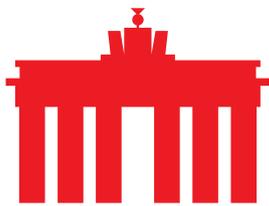
- **Online-Vermittlungsdienste müssen anderen Plattformen gegenüber gleich behandelt werden**

Dass Online-Vermittlungsdienste und digitale Plattformen wichtige Marktteilnehmer sind, steht außer Frage. Gleichwohl ist unklar, wieso die Notwendigkeit besteht, sie anders als andere Vermittlungsdienste und Geschäftsplattformen zu regulieren und ihnen spezielle Verpflichtungen aufzuerlegen. Eine Diskriminierung digitaler Geschäftsmodelle im Rahmen wettbewerbsrechtlicher und spezialgesetzlicher Regelungen ist nicht hinnehmbar. Es sollte geprüft werden, ob und wenn ja, inwieweit, substantielle Unterschiede zwischen digitalen Plattformen und anderen Vermittlungsdiensten bestehen. Jede regulatorische Initiative, die ausschließlich auf Plattformen abzielt, sollte dementsprechend an den jeweiligen ökonomischen Charakteristika ansetzen und Unterscheidungen hinsichtlich Wirkung auf Wettbewerb und Verbraucher substantiieren, um etwaige Diskriminierung zu vermeiden.

## II. Zu den Regelungen im Einzelnen

- **Zu Artikel 3: Terms and Conditions**

Artikel 3 regelt die Auflagen von Online-Vermittlungsdiensten für den Umgang mit Geschäftskunden und konkretisiert sie in Richtung allgemeiner Auflagen zur Formulierung von Geschäfts- und Nutzungsbedingungen ebenso wie zur Gestaltung von Verträgen. Problematisch dabei ist insbesondere, dass diese Regelungen bereits in einem vorvertraglichen Status offenbart werden müssen (Art. 3 (1) lit. b). Es wird Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten dadurch unabhängig vom Geschäftsmodell bereits vor dem Eintreten in eine Geschäftsbeziehung oder dem Anbahnen einer solchen auferlegt, diese näher bestimmt darzulegen. Dies entspricht dem Verständnis von „Massengeschäftsbeziehungen“, für die über Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu Endkunden ebenfalls EU-weit geltende Bestimmungen existieren. Darüber hinaus ist problematisch, dass angeschlossene Geschäftskunden (business user) Verträge oder Vereinbarungen – ggfs. auch teilweise – einseitig auflösen können sollen, ohne dass dafür spezifische und verbindliche Gründe vorliegen müssen. Hierfür soll es ausreichend sein, die Interpretation der geschlossenen Vereinbarung infrage zu stellen und gerichtlich angefochten werden zu können. Umgekehrt können Online-Vermittlungsdienste ggfs. auch zur Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen gezwungen werden, wenn die Gründe für die Beendigung von einem Gericht als nicht ausreichend plausibel angesehen werden. Ein solcher Eingriff in die Vertragsfreiheit von Online-Vermittlungsdiensten, eine solche Andersbehandlung gegenüber Geschäftsvermittlung allgemein, bedarf einer plausiblen Begründung, die in diesem Fall nicht vorliegt. Vielmehr werden hier digitale Geschäftsmodelle besonders strikt behandelt und digitale Plattformen ggfs. auf Grundlage eines Gerichtsurteils einem eingeschränkten Kontrahierungszwang unterworfen.



Zudem etabliert Artikel 3 (3) eine Verpflichtung zulasten von Online-Vermittlungsdiensten, angeschlossene Geschäftskunden mindestens 15 Tage vor Inkrafttreten neuer Geschäfts- oder Vertragsbedingungen über diese zu informieren. Diese Regelung begrenzt die Flexibilität, die Online-Vermittlungsdienste bieten, und trägt ihnen nicht angemessen Rechnung. Vielmehr werden Online-Vermittlungsdienste einer starren, formalisierten Auflage unterworfen, deren Zweck einseitig dem Schutz der Geschäftstätigkeit angeschlossener Geschäftskunden darstellen.

Der Artikel 3 sollte nach den hier beschriebenen Maßgaben noch einmal kritisch überprüft werden.

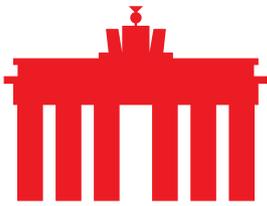
#### ▪ **Zu Artikel 4: Suspension and termination**

Die in Artikel 3 (1) lit. c aufgeworfene Verpflichtung, die möglichen Gründe für die Beendigung eines Geschäftsverhältnisses oder die Aussetzung des Vermittlungsdienstes objektiv in den Verträgen oder Vereinbarungen darzulegen, findet in Artikel 4 seine Fortsetzung und erzeugt dadurch eine gewisse Redundanz. Dies lässt die bereits ausgeführten Bedenken auch für Artikel 4 fortschreiben.

#### ▪ **Zu Artikel 5: Ranking**

Die Auflagen des Artikel 5 (1) verpflichten Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten zur Darlegung von Parametern, die für Produkte definieren, in welcher Reihenfolge diese auf der Plattform angezeigt bzw. präsentiert werden. Es wird außerdem die Auflage geschaffen, darzulegen, wo und in welcher Weise durch direkte oder indirekte Vergütung dazu beigetragen werden kann, eine bessere Produktpräsentation zu erreichen. Die Auflage ist nicht unproblematisch, da sie dazu führen kann, dass Funktionen und Parameter für die Produktplatzierung missbraucht werden können, um für bestimmte Produkte ein besseres Ranking zu erzielen. SPAM könnte auf diese Art verstärkt auftreten, das Auslisten erschwert werden.

Die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen, die diese Transparenzaufgabe ebenfalls berührt, ist problematisch. Die Freistellungsklausel aus Artikel 5 (4) reicht dagegen nicht aus und wird bis zu einer gerichtlichen Klärung für Rechtsunsicherheit sorgen. Ergänzend stellt sich auch die Frage, wie sich insbesondere im Rahmen des Auflistens der Reihenfolge von Ergebnissen bzw. der Präsentation von Produkten auf Grundlage einer semantischen Suche, wie sie bei Online-Plattformen durchaus üblich ist, überhaupt ein solcher Nachweis erbringen lässt. Beim Einsatz von Algorithmen und lernenden Systemen, wie sie in diesem Umfeld häufig zum Einsatz kommen, ist die Darlegung der Kriterien, die die KI bzw. die die Algorithmen ermitteln technisch nahezu unmöglich. Zu guter Letzt bleibt die Frage, warum solche Transparenzregeln einseitig den Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten auferlegt werden, während gleichzeitig bei anderen Geschäftsplattformen offensichtlich keine entsprechende Notwendigkeit gesehen wird. Dabei könnten sich gerade auch z.B. in Supermärkten oder Reisebüros eben solche Fragen bei der Angabe und Präsentation von Angeboten maßgeblich auf dahinterliegende Geschäfte auswirken.



Artikel 5 (2) schafft ähnliche Auflagen für Anbieter von Online-Suchmaschinen und regelt, dass diese Regeln Betreibern von Unternehmenswebseiten gegenüber transparent gemacht werden müssen. Unklar ist indes, wie es sich beim Einsatz von Suchmaschinentechnologie auf solchen Seiten verhält und inwieweit welcher Anbieter zu welchen Auskünften verpflichtet ist. Das Risiko für die Darbietung von Suchmaschinentechnologie erhöht sich dadurch. Auch ist unklar, inwieweit die dargestellten Relevanzkriterien im Rahmen von Systemen bestehen, die auf Basis von Algorithmen arbeiten und wie diese überhaupt von den jeweiligen Anbietern dargelegt werden können.

Artikel 5 (3) legt dar, dass die angebotenen Erklärungen ausreichen müssen, um angeschlossene Geschäftskunden oder kommerzielle Nutzer in die Lage zu versetzen, die angebotenen Produkte und Dienstleistungen bzw. die ausgelieferten Suchergebnisse nachvollziehen zu können.

Bei Art. 5 (3) lit. b werden hier die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und Suchmaschinen durch die Formulierung dazu verpflichtet, die Relevanz ihres Rankings bzw. ihrer Rankingmaßgaben für die Endverbraucher darzulegen. Diese Relevanz kann aber nur bedingt durch die Betreiber entsprechender Dienste dargelegt werden, da letzten Endes nur die Endverbraucher selbst die individuelle Relevanz nachweisen können. Ähnlich unklar ist die Maßgabe zu den „Design Characteristics“, die für Nutzer von kommerziellen Angeboten transparent gemacht werden sollen. Bei beiden Punkten besteht das enorme Problem, dass durch die Darlegung der von den Unternehmen angenommenen Relevanzkriterien der Missbrauch dieser Darlegung bei der Bearbeitung der Produktpräsentation für Ergebnislisten befördert wird, indem angeschlossene Anbieter z.B. durch entsprechende Search-Engine-Optimization-Maßnahmen (SEO) Ihre Ergebnisse weiter vorne zu platzieren versuchen.

#### ▪ **Zu Artikel 6: Differentiated Treatment**

Die Auflagen zur differenzierten Behandlung eigener Angebote und denen anderer Marktteilnehmer unter verschiedenen Gesichtspunkten ist – wie bereits die zuvor dargelegte Verpflichtung zur Offenlegung der Geschäftspraktiken – eine Erweiterung der Darlegungspflichten auf etwaig bilateral gewährte Vorteile, die u.U. Gegenstand vertraulicher Verträge sind. Auch hier ist nicht nachvollziehbar, wieso entsprechende Auflagen ausschließlich Online-Vermittlungsdiensten auferlegt werden, während bspw. sektorale Herausforderungen und Aspekte nicht berücksichtigt werden.

#### ▪ **Zu Artikel 7: Access to Data**

Auch die Offenlegung der Nutzung von Daten – sowohl personenbezogen als auch nicht-personenbezogen – ist problematisch. Die pauschale Verpflichtung zur Bekanntgabe von Daten stellt gem. Art. 7 (1) und (2) eine bürokratische Auflage dar, deren Mehrwert für Geschäftskunden auf Plattformen zweifelhaft sein kann, da i.d.R. durch die Natur des vermittelten Geschäfts entsprechende Angaben geklärt sind oder eine vertragliche Lösung hierfür besteht. Durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung werden Plattformbetreiber einer formalisierten und bürokratischen Auflage unterworfen, die wie auch die Auflagen in Artikel 5, ein erhöhtes Risiko für Missbrauch birgt und Geschäftsgeheimnisse angreift, ohne, dass dadurch



automatisch eine bessere Wettbewerbssituation zwischen Plattformen hergestellt wird oder angeschlossene Geschäftskunden bessergestellt werden. Dies ist insbesondere auch deshalb riskant, da keine Differenzierung zwischen Start-Ups und kleinen Plattformen auf der einen Seite und relevanten, marktstarken Plattformen auf der anderen Seite erfolgt.

- **Zu Artikel 8: Restrictions to offer different conditions through other means**

Die oftmals bei einzelnen Plattformen kritisierte "Bestpreisklausel" soll durch den Artikel 8 des Verordnungsentwurfs adressiert werden. Es kann bezweifelt werden, ob die hier gewählte Darlegungspflicht geeignet ist, um etwaig bestehende wettbewerbsrechtliche Sorgen in Bezug auf diese Klausel zu adressieren. Die Darlegungspflicht stellt für Plattformbetreiber eine bürokratische Auflage dar, die weder für mögliche Hemmnisse beim Absatz von Produkten angeschlossener Geschäftskunden Abhilfe schafft, noch eine Sanktion von Fehlverhalten darstellt. Auf die Preisbildung von Diensten und Produkten für Endverbraucher hat diese Maßnahme keine Auswirkungen. Eine wettbewerbsrechtliche Herangehensweise würde hier einen besseren Beitrag zum Verbraucherschutz leisten. Das Europäische Recht sieht zudem Möglichkeiten für ein Vorgehen gegen unlauteren Wettbewerb vor, die ggfs. ausgeschöpft werden sollten. Sollten gerade in Bezug auf Bestpreisklauseln Bedenken bestehen, wäre eine entsprechend wettbewerbsrechtliche Klärung zu überprüfen.

- **Zu Artikel 9: Internal complaint-handling system**

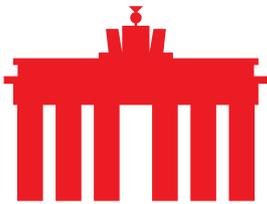
Auflagen zum Vorhalten eines internen Beschwerdemanagementsystems sollen vordergründig die Betreiber von Online-Vermittlungsdiensten dazu verpflichten, Mechanismen zur Einreichung von Beschwerden für angeschlossene Geschäftskunden zu etablieren. Damit soll auf Beschwerden reagiert werden, die als Reaktion auf einen erkannten Verstoß gegen Nutzungsbedingungen, aber auch gegen technische und allgemeine Maßnahmen bei der Gestaltung eingebracht wurden.

Die in Art. 9 (1) und (2) definierten Auflagen korrespondieren mit der Verpflichtung zur Kenntnisgabe über die Beendigung einer Geschäftsbeziehung mit einer Plattform (Art. 3 und 4). Darüber hinaus werden die Kosten der Einrichtung und des Betriebs eines solchen Beschwerdemanagementsystems einseitig den Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten auferlegt. Es ist davon auszugehen, dass kleine Online-Vermittlungsdienste deutliche Probleme haben werden, diese Auflagen zu erfüllen.

Die zusätzlich unter Artikel 9 (4) verfasste Berichtspflicht über den Erfolg des Beschwerdemanagements stellt einen zusätzlichen administrativen Aufwand bei den Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten dar, dessen finanzieller Aufwand potenziell unverhältnismäßig zum erwartenden Nutzen steht.

- **Zu Artikel 10: Mediation**

Der Artikel 10 schreibt zusätzlich vor, für Streitfälle von den Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten einen Mediationsmechanismus, insbesondere für die auf Grundlage von Artikel 9 eingereichten Beschwerden, vorzuhalten.



Für diese Mediatoren, die die Betreiber verpflichtet sind zu benennen, werden in Artikel 10 (2) mehrere Kriterien genannt. Diese unterstreichen, dass die Bereitstellung dieses Mediationsmechanismus mit einem enormen Aufwand verbunden ist. Zwar können im Falle einer Inanspruchnahme des Mediationsmechanismus die Kosten wohl teilweise von den Parteien getragen werden, die den Mediator anrufen (vgl. Art. 10 (2) lit. b). Dies kann jedoch nicht über die hohen laufenden Kosten für das Vorhalten des Mechanismus hinwegtäuschen - insbesondere vor dem Hintergrund, dass weitere Anforderungen wie Sprachkenntnisse oder Verfügbarkeit gestellt werden. Auch stellt der Artikel 10 (4) klar, dass die Betreiber von Online-Vermittlungsdiensten in jedem Fall mindestens die Hälfte der Kosten zu tragen haben.

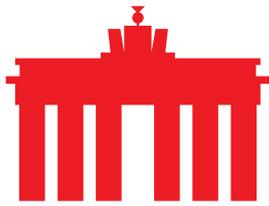
Die Verpflichtung für Betreiber von Online-Vermittlungsdiensten, diese Mediatoren auch in jedem Fall in Anspruch zu nehmen (vgl. Art. 10 (3)), wirft zusätzlich die Frage auf, inwieweit ein solcher Mechanismus nicht lediglich dazu führt, dass der Streitbeilegungsprozess unnötig in die Länge gezogen wird und auf beiden Seiten zu zusätzlichem organisatorischem und finanziellen Aufwand führt.

Insgesamt stellt sich auch die Frage, ob der intendierte Mechanismus nicht mit bereits etablierten Mechanismen zur Streitbeilegung und zur Mediation auf europäischer und nationaler Ebene hinreichend abgebildet ist, und sich Möglichkeiten für eine außergerichtliche Streitbeilegung bieten. Darüber hinaus ist auch die grundsätzliche Eignung eines solchen Mechanismus für Geschäftskundenbeziehungen (B2B) fraglich, der in dieser Form an die Online-Streitbeilegung aus dem Verbraucherschutz angelehnt scheint. Die pauschale Auferlegung auf Online-Vermittlungsdienste ohne Berücksichtigung sowohl deren Geschäftsmodells als auch ggfs. sektorspezifischer Vorgaben lässt den Vorschlag unausgereift erscheinen.

▪ **Zu Artikel 12: Judicial Proceedings by representative organisations or associations and by public bodies**

Die Etablierung eines Verbandsklagewesens im Bereich der Online-Vermittlungsdienste für deren Geschäftskunden ist ein weiterer Versuch, Mechanismen aus dem Bereich des Verbraucherschutzes in Geschäftskundenbeziehungen (B2B) einzuführen. Die analoge Regelung für Betreiber von Unternehmenswebseiten ist ebenso wenig nachvollziehbar.

Fraglich an dieser Regelung ist, inwieweit hier die Wahrnehmung eines kollektiven Interesses für Geschäftskunden hergeleitet werden kann. Was in der Anwendung auf Verbraucher unter Umständen noch nachvollziehbar scheint und in Deutschland derzeit im Rahmen eines Musterfeststellungsklageverfahrens etabliert wird, wirkt im Bereich der Geschäftskundenbeziehungen (B2B) nur eingeschränkt plausibel. Die maßgeblichen deutschen Regelungen für offenen und fairen Wettbewerb sind vor allem das UWG und das GWB, die entsprechende Maßgaben für das Verhalten von Marktteilnehmern setzen und ggfs. den Missbrauch von marktbeherrschenden Stellungen regulieren. Inwieweit hier ein Verbandsklagerecht sinnvoll ist, bleibt fraglich. Eine abschließende Klärung würde eine Wettbewerbs- oder Marktanalyse erfordern, welche die Beziehung zwischen Plattformbetreibern und Geschäftskunden klar adressiert.



### III. Zusammenfassung

Der Verordnungsvorschlag der Kommission stellt einen auf bestimmte Erscheinungsformen bezogenen Eingriff in die Geschäftstätigkeit digitaler Plattformen dar. Er berührt den Kern ihrer geschäftlichen Aktivitäten und kann auch Geschäftsgeheimnisse tangieren, auf denen ihr Erfolg wesentlich begründet. Im Verhältnis zu anderen Regelungen in Bezug auf Präsentation von Produkten und Angeboten ist er schärfer formuliert und birgt das Risiko, regulatorisch tief in die Arbeitsweise digitaler Plattformen einzugreifen und diese stark zu belasten. Nach jetzigem Stand bleibt zu diskutieren, ob der Verordnungsentwurf geeignet ist, marktmächtigen Online-Vermittlungsdiensten adäquat mit Mitteln des Kunden- und Wettbewerbsschutzes entgegenzutreten. Der aktuelle Vorschlag läuft Gefahr, Start-Ups und Plattformen, die wettbewerblich agieren, zusätzliche Kosten aufzubürden, denen kein Nutzen entgegensteht. Er enthält bürokratische Auflagen für alle Online-Vermittlungsdienste und schwächt diese im Verhältnis zu anderen, weniger oder nicht regulierten Formen der Vermittlung.

Einer kohärenten und modernen Digitalisierungspolitik wird mit dem Vorschlag jedoch insofern Rechnung getragen, als es um zu Geschäftszwecken handelnde und daher die Plattform nutzende Unternehmen geht. Das Misstrauen gegenüber Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten und Suchmaschinen, das sich im Verordnungsentwurf widerspiegelt, führt zu einer Inanspruchnahme entsprechender Dienste durch neue Regulierung.

Zusätzlicher bürokratischer Aufwand, der in der Verordnung generiert wird, wird einseitig den Betreibern von Online-Vermittlungsdiensten auferlegt. Der tatsächliche Mehrwert solcher Maßnahmen kann bezweifelt werden und muss dringend durch Markt- und Wettbewerbsanalysen, die Marktversagen aufzeigen, substantiiert werden.

Wechselwirkungen mit anderen Rechtsgebieten wie dem Medienrecht bleiben in dem Verordnungsentwurf unterbeleuchtet.

eco fordert, auf Basis des vorliegenden Verordnungsentwurfs den tatsächlich gegebenen Regelungsbedarf erneut gründlich zu erörtern.

---

**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.