



Bundeskartellamt

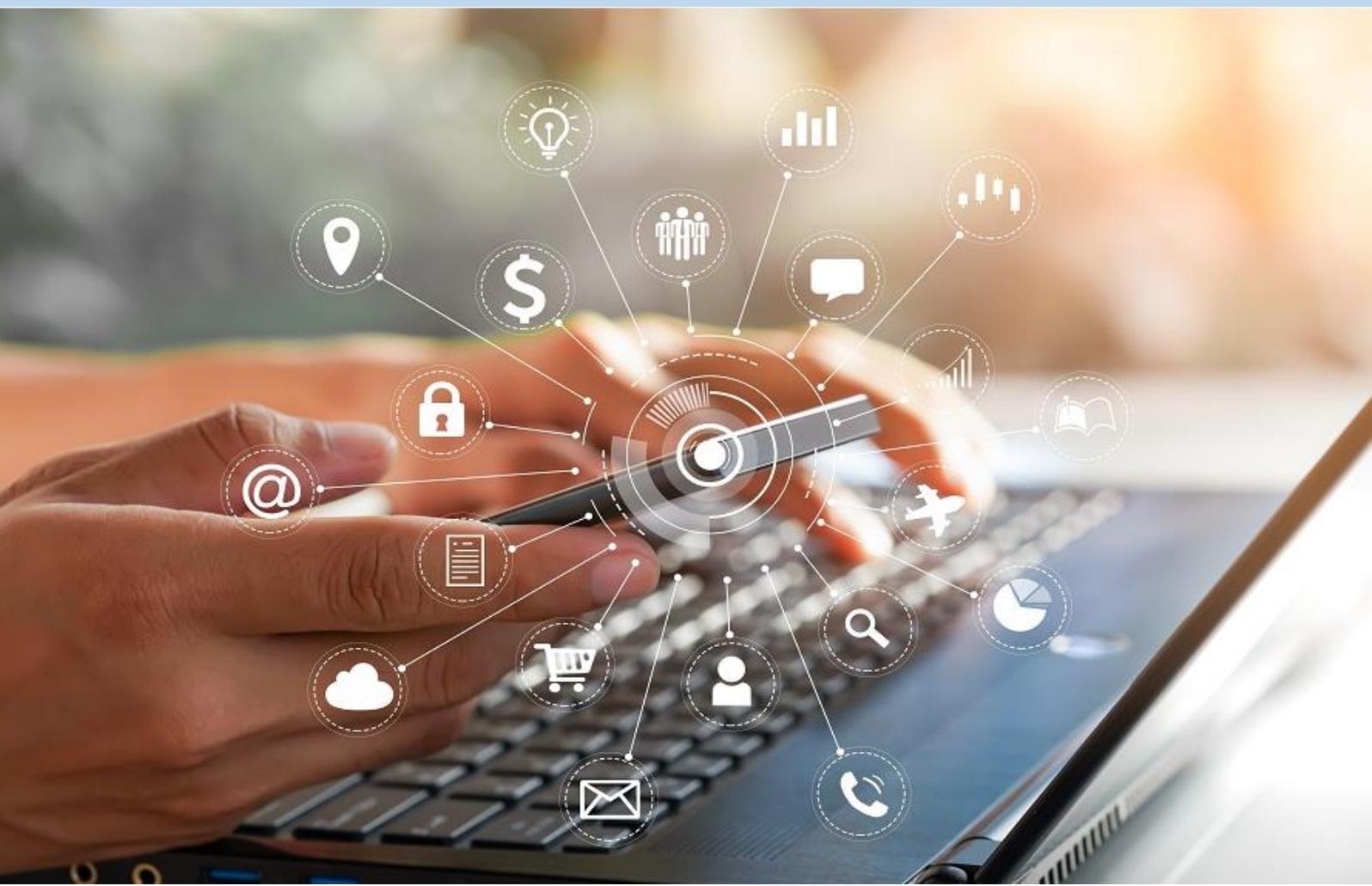


Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Sektoruntersuchung

Online-Werbung

Diskussionsbericht



**Sektoruntersuchung Online-Werbung
Diskussionsbericht**

Az. B6-25/18
August 2022

Kontakt

Bundeskartellamt
6. Beschlussabteilung
Kaiser-Friedrich-Straße
53113 Bonn
poststelle@bundeskartellamt.bund.de
www.bundeskartellamt.de

Bildnachweis:

Cover: AdobeStock/Worawut

Inhaltsverzeichnis

Glossar	9
Vorwort	19
A. Hintergrund	20
I. Online-Werbung als Teil der Werbewirtschaft und als schnell und stark gewachsener Wirtschaftssektor	20
II. Diskussionen um den wettbewerblichen Zustand	21
III. Zweck, Gegenstand und Vorgehen der Sektoruntersuchung	23
1. Konzeption	23
2. Durchgeführte Ermittlungen	24
a. Durchgeführte Schritte	24
b. Auswahl der Adressaten für die Befragungen	24
c. Rückmeldungen in Zahlen	25
IV. Entwicklungsgeschichte der Werbeform	25
1. Von den „analog-analogen“ Anfängen zu ersten Automatisierungsschritten	25
2. Neue Umfeldler	26
3. Von der Ansprache über Umfeldler zur direkten Zielgruppenansprache	27
4. Wandel in den Abrechnungsmodellen	29
5. Expansion der direkten Zielgruppenansprache und Widerstand	30
6. Expansion der Online-Werbung in bisher „analoge“ Bereiche, Assimilation und Verschmelzung	30
V. Weg der Werbebotschaften und Rolle der Technik	32
B. Abgrenzbare Funktionen und gehandelte Pakete – Überlegungen zur Marktabgrenzung bei AdTech	37
I. Gesichtspunkte zur sachlichen Marktabgrenzung	38
1. Kontext	39
2. Wege zum Absatz von Online-Werbeflächen	41

a. Technische Determinanten	42
b. Direktgeschäft.....	45
c. Vermittlung (eher) herkömmlicher Prägung	45
d. Programmatic Advertising im engeren Sinne	47
3. Bündel aus technischen Dienstleistungen und Werbeflächen	50
4. Abgrenzung nach Kernfunktionen	55
a. Eigene Kategoriebildung durch die Befragten.....	58
b. Sicht der Befragten auf die der Befragung zu Grunde gelegten Funktions- /Dienstleistungskategorien.....	60
c. Bei (von Werbeflächen gesondertem) Bezug: Ausmaß des Bündelbezugs und davon betroffene Dienstleistungen.....	62
d. Kontrastierend: Einzelbezug von technischen Dienstleistungen, Umfang und Gründe	64
II. Gesichtspunkte zur räumlichen Marktabgrenzung.....	65
C. Anbieterstruktur und Marktpositionen, weitere Marktmerkmale und Rolle von PA in der Perspektive.....	68
I. Ist-Befund: Nachfrageverhalten und Marktanteile.....	69
1. Feststellbare Positionen einzelner Anbieter anhand unterschiedlicher Metriken.....	69
a. Publisher-AdServer	70
b. Advertiser-AdServer	72
c. SSP/AdExchange	72
d. DSP.....	76
e. Targeting.....	78
f. DMP	78
2. Eigenerbringung als Ausweichalternative.....	78
II. Weitere Marktfaktoren	79
1. Theoretische technische Möglichkeiten und Realität	80
a. Interoperabilität und Wahlfreiheit	80

i.	Programmierschnittstellen	80
ii.	Zugang zum technischen Umfeld	81
b.	Die Realität auch der großen Kunden.....	82
i.	Präsenz bei einer Vielzahl von technischen Dienstleistungen als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition.....	84
ii.	Kontrolle über signifikantes Werbeinventar als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition.....	84
iii.	Kontrolle über bedeutsame Targeting-Daten als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition.....	86
iv.	Einflussnahme auf das technische Umfeld als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition – das Beispiel AMP	87
v.	Ermittlungsergebnisse zu Problemen bei der Nutzung von AdTech-Funktionen im Einzelnen	88
(a)	Probleme bei der Nutzung von AdTech-Funktionen gleicher Art von verschiedenen Anbietern	88
(b)	Probleme bei der Nutzung von AdTech-Funktionen unterschiedlicher Art von verschiedenen Anbietern	94
(c)	Bindungen zwischen AdTech und Werbeflächen.....	98
(d)	Probleme beim Wechsel des Anbieters technischer Dienstleistungen.....	99
c.	Diskussion um (möglicherweise mangelnde) Transparenz im Markt.....	100
i.	Transparenz bezogen auf die Parameter der technischen Dienstleistungen selber	100
ii.	Transparenz in den Auktionen für Publisher über das Gebotsumfeld.....	100
2.	Interessenkonflikte und Diskriminierungspotenziale von vertikal integrierten Anbietern .	102
a.	Potenzielle Interessenkonflikte, wenn ein Publisher eine DSP betreibt	102
b.	Potenzielle Interessenkonflikte, wenn ein Publisher auch auf Märkten für Vermarktungstechnik über eine starke Position verfügt.....	103
3.	Weitere Entwicklung der Rolle des Programmatic Advertising	104
a.	Bedeutung des programmatischen Absatzes und weitere Perspektiven.....	104

b. Konsequenzen	107
D. Veränderungen beim Zugang zu (personenbezogenen) Daten und Folgen für das System des Handels mit Online-Werbung.....	109
I. Rolle von Daten im Zusammenhang mit Online-Werbung	111
II. Verändertes Bewusstsein über die eingesetzten Methoden der Datenerhebung und -verarbeitung und in der Folge Veränderungen in den Möglichkeiten dazu	117
1. Beobachtbare Veränderungen.....	117
a. Öffentliche Reaktionen als Indiz für Bewusstseinsveränderungen	118
b. Technische Abwehrbemühungen als Indiz	119
2. Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung und deren Wandel	122
a. Mögliche Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung allgemein.....	122
b. Rechtfertigungsgründe nach der DSGVO	126
c. Erfüllung der rechtlichen Anforderungen in der Praxis.....	129
i. Konzept der Cookie-Banner.....	129
ii. Cookie-Banner und vorausgewählte oder nicht vermeidbare Zustimmung.....	131
iii. Heutige Cookie-Banner.....	131
iv. Cookie-Walls.....	137
3. Praktische Erfahrungen mit und nach dem Inkrafttreten der DSGVO.....	140
III. Wettbewerbliche Implikationen von Veränderungen beim Datenzugang	142
1. Rahmen	142
2. Teilaspekt: Eingeschränkter Datenzugang generell aus wettbewerblicher Sicht.....	144
a. Mögliche Folgen für den Wert von nicht suchgebundener Online-Werbung und die Marktchancen ihrer Anbieter	144
b. Bewertung möglicher Folgen eingeschränkten Datenzugangs aus wettbewerblicher Sicht	148
i. Nutzen und zugleich Risiko: Werbung zwischen Information und Manipulation.....	151
ii. Risiko: Verstärkte Informationsasymmetrien.....	154
iii. Risiko: Erweiterter Kontrollverlust	155

iv. Ansatzpunkte zur Reduktion des Risikos des Nutzers aus der Datenerhebung und -verarbeitung	157
(a) Verlagerung des Einwilligungsmanagements in den Browser oder in das Betriebssystem	158
(b) Verlagerung des Einwilligungs- und ggf. auch des Datenmanagements auf einen dritten Dienstleister	160
(c) Mögliche Vorteile solcher Lösungsansätze	161
(d) Grenzen solcher Lösungen zur Risikoreduktion sowie zusätzliche Risiken gerade solcher Lösungen.....	165
v. Ausweichoptionen der Datenerheber und -verarbeiter	167
(a) Ähnlich funktionierende Alternativen bei selektiver Einschränkung der Nutzung bestimmter Identifizierer	168
(b) Identifikation von Nutzern durch Logins	171
(c) Rückkehr zum Content-Targeting.....	173
(d) Nutzerentgelte	174
3. Teilaspekt: Maßnahmen zur Einschränkung der Datenverarbeitung mit asymmetrischen Auswirkungen	179
a. Szenario	179
b. Zusätzliche Gesichtspunkte in der Folgenabwägung einschließlich kompensatorischer Maßnahmen	180
i. Unterbindung der Zusammenführung von Daten.....	181
ii. Limitierung der Datenerhebung auf das für die Erbringung der nutzerseitigen Dienste technisch notwendige Maß.....	183
iii. Ausschluss der Datenverwendung für Werbezwecke.....	184
iv. Öffnung der Datenbestände für Wettbewerber	185
v. Reduktion der Wirkung von Netzwerkeffekten durch Interoperabilität.....	186
4. Teilaspekt: Maßnahmen speziell einzelner Marktteilnehmer mit (möglicherweise) asymmetrischen Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Datenverarbeitung.....	191
a. Szenario	191

b. Beispiele.....	191
c. Bewertungsfragen	196
E. Lösungsansätze für wettbewerbliche Probleme aufgrund der Kontrolle über wichtige und komplexe Teilsysteme des Internets mit weitreichender Bedeutung für (nicht suchgebundene) Online-Werbung.....	200
I. Situation	200
II. Lösungsansätze	206
1. Forcierte Standardisierung	211
a. Verpflichtungszusagen im CMA-Verfahren	212
b. Grundsatzfragen, die das Konzept illustriert	213
2. Strukturelle Maßnahmen.....	217
a. Beseitigung der Interessenkollision.....	217
b. Beseitigung technischer Gestaltungsmöglichkeiten.....	219
F. Zusammenfassung / Executive Summary	222
G. Weiteres Vorgehen	231

Glossar

Adblocking	Technische Maßnahmen, die verhindern sollen, dass Online-Werbung auf dem Gerät des Nutzers angezeigt oder sogar überhaupt erst heruntergeladen wird. Kann als Funktion oder Erweiterung z. B. im Web-Browser, aber auch auf Netzwerkebene realisiert sein.
Adressable TV, ATV	ATV ermöglicht es Werbetreibenden, im Rahmen des eigentlich linearen TV-Programms an TV-Zuschauer gezielte Werbung auszuliefern. Dazu wird das linear übertragene Signal im Smart-TV oder in der Set-Top-Box mit dem individuell ausgewählten, über eine Internet-Verbindung zugespielten Werbemittel überblendet. Die gezielte Ansprache der Zuschauer kann beispielsweise auf Basis geografischer, demografischer oder verhaltensbezogener Kriterien erfolgen. Mittels ATV wird versucht, die Möglichkeiten der gezielten Ansprache von Werbepublikum im Internet auf das Medium TV zu übertragen.
AdExchange	Eine Technologieplattform (Softwaresystem), die das Angebot und die Nachfrage nach (Online-)Werbeplätzen aus jeweils mehreren Quellen automatisiert und in Echtzeit zusammenführt („elektronischer Marktplatz“). Die Preise für die Werbeplätze werden meist durch Echtzeitauktionen (→ Real Time Bidding, RTB) bestimmt. AdExchanges sind inzwischen häufig mit → Supply Side Platforms (SSPs) zusammengewachsen.
AdServer	Ein Softwaresystem, das im Bereich der Online-Werbung zunächst der Auslieferung der Werbemittel dient – daher rührt der Name. Es kann aber nicht zuletzt auch strategische Aufgaben übernehmen. Dabei gibt es AdServer, die sich an → Publisher wenden, und solche, die sich an → Advertiser wenden. Ein Publisher-AdServer (auch als First Party AdServer bezeichnet) übernimmt für den Publisher die Steuerung der Auslastung und Monetarisierung seiner Werbeflächen und entscheidet

	am Ende, welcher Advertiser einen bestimmten Werbeplatz erhält. Ein Advertiser-AdServer (auch als Third Party AdServer bezeichnet) steuert für den Advertiser die Werbekampagne, wertet sie unter Rückgriff auf ihm zufließende Messergebnisse aus und optimiert sie auf dieser Basis gegebenenfalls.
AdTech	Sammelbegriff für die technischen Dienstleistungen, die für den automatisierten Handel mit sowie die Ausspielung und die Messung von (im Rahmen der vorliegenden Untersuchung: nicht suchgebundener) Online-Werbung eingesetzt werden.
AdVerification	Als AdVerification wird die Überprüfung der Auslieferung digitaler Kampagnen unter verschiedenen Gesichtspunkten mittels technischer Messung bezeichnet. Der Begriff wird oft als Oberbegriff insbesondere für die Dienstleistungen → Sichtbarkeitsmessung, → Brand Safety und → Anti-Ad-Fraud verwendet. In der Praxis werden Online-Werbekampagnen von zahlreichen Messungen aller an der Wertschöpfungskette Beteiligten begleitet: Publisher und Vermarkter, Agenturen und Werbetreibende sowie Mess- und Technologiedienstleister.
Advertiser	Werbekunde, Werbetreibender.
Anti-Adblocking	Maßnahmen, die den Einsatz von → Adblocking erschweren sollen oder Nutzer dazu bringen sollen, von dessen Einsatz abzusehen.
Anti-Ad-Fraud	Maßnahmen zur Bekämpfung von Werbebetrug.
App Tracking Transparency, ATT	Ein Vorstoß des Unternehmens Apple nach dem bestimmte, von Apple näher umschriebene Formen des → Trackings für App-Anbieter nur noch dann zulässig sind sowie die von iOS/iPadOS angebotene eindeutige ID für Werbezwecke diesen nur noch dann zugänglich gemacht wird, wenn der Nutzer des Gerätes einer entsprechenden Nachfrage des Systems vorher zustimmt. Ergänzt wurde dieser Vorstoß durch eine von Apple eingeführte

	<p>Pflicht, Apps im Apple-Appstore mit „Datenschutz-Labels“ auszuzeichnen, die Auskunft darüber geben sollen, welche Daten die App für welche Zwecke erhebt und nutzt.</p>
Attribution	<p>Der Versuch, einen Bezug zwischen einer Werbemaßnahme, z. B. der Schaltung eines Werbebanners, und einer Handlung des Adressaten, z. B. einem Kauf des beworbenen Produktes oder dem Aufruf einer Webseite mit weitergehenden Informationen zu dem Produkt, herzustellen, und dies im Idealfall über alle Kontaktpunkte einer „Customer Journey“ hinweg.</p>
Behavioural Targeting	<p>Methode im Online-Marketing, um Werbung anhand des beobachteten Nutzerverhaltens auszusteuern. Die relevanten Daten hierfür werden beispielsweise mit Hilfe von → Cookies, insbesondere → Third Party Cookies gesammelt und zusammengeführt.</p>
Brand Safety	<p>Prüfung des Umfeldes eines Werbemittels auf Kompatibilität mit dem angestrebten Image der werbenden Marke. Typische Anwendungsfälle sind beispielsweise der Ausschluss gewaltverherrlichender oder pornographischer Umfeldler.</p>
Content-Targeting, Contextual Targeting	<p>Methode, um Werbung anhand des Umfeldes des Werbeplatzes auszusteuern, etwa anhand des Inhalts der umgebenden Webseite. Mit dieser Form von Online-Werbung wird versucht Streuverluste zu minimieren, indem die Zielgruppe direkt in einem Umfeld angesprochen wird, das (mutmaßlich) ihrem Interessengebiet entspricht.</p>
Cookie-Matching	<p>Zusammenführung verschiedener Identifizierer, die sich auf ein- und denselben Nutzer oder sein Gerät beziehen, und der mit ihnen jeweils verknüpften Daten. Die Identifizierer sind dabei in → Cookies abgelegt. Ein solches Matching ist erforderlich, weil verschiedene Cookie-Verwender aus technischen Gründen in der Regel nicht direkt auf das → Cookie des jeweils anderen zugreifen können und daher zunächst jeweils eigene Identifizierer für</p>

	einen Nutzer setzen und in einem von ihnen gesetzten → Cookie speichern.
Cookies	Textinformation, die von einer Webseite im Browser auf dem Endgerät des Nutzers (Desktop-PC, Notebook, Smartphone, Tablet usw.) gespeichert werden kann. Das Cookie wird entweder vom Webserver an den Browser gesendet oder im Browser von einem → Skript erzeugt. Bei späteren, erneuten Besuchen dieser Seite wird die in dem Cookie abgelegte Information vom Browser wieder an den Webserver übertragen bzw. kann von einem → Skript ausgelesen werden. Häufige Einsatzzwecke solcher Cookies sind beispielsweise die Identifizierung des Nutzers über mehrere Unterseiten eines Webangebotes hinweg (Session ID), das Abspeichern eines erfolgten Logins bei einer Webanwendung oder die Realisierung eines Warenkorbs bei einem Online-Händler. Ein häufiger Einsatzzweck ist insbesondere auch das angebotsübergreifende → Tracking von Nutzern mit Hilfe einer speziellen Form von Cookies, den sogenannten → Third Party Cookies.
Data Management Platform, DMP	DMP sammeln, speichern und analysieren Daten aus unterschiedlichen Quellen, bereiten sie auf, führen sie zusammen und stellen sie wieder bereit. Im Kontext von Online-Werbung geht es dabei vorrangig um Daten über Nutzer. Teilweise sind die Funktionen einer DMP auch in andere Teile des → AdTech-Systems wie → DSPs integriert.
Demand Side Platform, DSP	Eine Technologieplattform (Softwaresystem), die → Advertiser oder ihren Dienstleistern (Mediaagenturen) ermöglicht, Werbekampagnen über verschiedene → AdExchanges bzw. → SSPs hinweg laufen zu lassen, zu steuern und dabei die passenden Werbeflächen einzukaufen. Zu diesem Zwecke kann der → Advertiser Vorgaben etwa zu Höchstgebieten, Budgetobergrenzen, Zielgruppenparametern und Kampagnenzielen machen. Eine DSP ist damit das Gegenstück zur → SSP

	<p>und eines der zentralen Elemente des → Programmatic Advertising. Wie für die → SSPs gibt es auch bei den DSPs eine Mehrzahl von Anbietern. Sie unterscheiden sich je nach der Anzahl der von ihnen repräsentierten Nachfrager und nach ihrer Technologie, die zur Ausführung des Kaufs verwendet wird (ihre Infrastruktur, Gebots- und Optimierungsmodelle).</p>
Dynamic Creative Optimization, DCO	<p>System, das Werbemittel dynamisch aus verschiedenen Alternativen auswählt oder aus verschiedenen Komponenten zusammensetzt, und dies im Moment ihrer Ausspielung unter Berücksichtigung zuvor erfasster Beobachtungen und von Daten über den konkreten Rezipienten.</p>
Fingerprinting	<p>Eine Methode des → Trackings und Alternative zum → Tracking mit Hilfe von → Third Party Cookies. Dabei wird eine Kombination mehrerer Merkmale des Browsers (Browser Fingerprinting), des Betriebssystems oder der Hardware (Device Fingerprinting) verwendet, die zwar nicht einzeln für sich, jedoch eben zusammen genommen einen – möglichst – eindeutigen Identifizierer ergeben. Eine Speicherung von Daten im Browser ist dafür nicht unbedingt erforderlich. Zu solchen Merkmalen zählen beispielsweise der Browsertyp und dessen Version, der Typ des Betriebssystems, die Bildschirmauflösung, bevorzugte Sprachen u. v. m. Mit etwas Aufwand lassen sich aber etwa auch subtile Unterschiede darin messen, wie Browser, Betriebssystem und Hardware bestimmte Grafik- oder Audiooperationen umsetzen. Hat man Zugriff auf genügend viele solcher Merkmale, so ist deren Kombination mit hoher Wahrscheinlichkeit einzigartig, so dass sie sich als eindeutiger Identifizierer verwenden lässt.</p>
First Party Cookies, FPC	<p>→ Cookies, die von der unmittelbar durch den Nutzer aufgerufenen Webseite selbst gesetzt werden.</p>

Frequency Capping	Die Begrenzung der Anzahl der Konfrontationen des Nutzers oder Profil-„Inhabers“ mit einem Werbemittel oder einer Werbekampagne auf ein Maß, das der Werbetreibende für optimal oder zumindest für nicht kontraproduktiv hält.
Header Bidding	Ein Verfahren, bei dem eine Online-Werbefläche parallel über mehrere Handelskanäle (insbesondere verschiedene → SSPs/AdExchanges) angeboten wird, um die Absatzchancen und den Erlös zu erhöhen. In der ursprünglichen Ausgestaltung ist dabei der Web-Browser des Nutzers die ausführende Stelle und fragt in dem Moment, in dem die Webseite mit der Werbefläche geladen wird, über ein → Skript im sogenannten „Header“-Teil des Seitencodes (daher der Name Header Bidding) parallel bei verschiedenen → SSPs/AdExchanges etc. im Internet an, welchen Betrag die über diese erreichbaren Werbetreibenden für die Belegung des Werbeplatzes mit ihrer Werbung jeweils zu zahlen bereit wären. Inzwischen existieren aber auch Varianten, die einen → Server an Stelle des Web-Browsers agieren lassen. Header Bidding wurde insbesondere geschaffen, um die Schwächen des älteren „Wasserfall“-Modells zu vermeiden, bei dem die verschiedenen Handelskanäle nacheinander abgefragt werden.
Inventar	Werbeflächen, z. B. die auf einer Webseite verfügbaren.
Native Advertising	Eine Form von Werbung im Internet und in Printmedien, die so gestaltet ist, dass sie redaktionellen Inhalten stark ähnelt und so unter Umständen nicht auf den ersten Blick als Werbung zu erkennen ist.
Privacy Sandbox	Ein Projekt von Google, mit dem das Unternehmen beabsichtigt, insbesondere die Möglichkeit zum → Tracking über sogenannte → Third Party Cookies (TPC) in seinem Web-Browser Chrome zu beenden. Parallel soll in Chrome auch das → Tracking über andere Techniken gebremst werden. Zugleich soll mit dem Projekt

	<p>als Ersatz für → TPC eine Technik eingeführt werden, die letztlich das → Tracking und die Bildung von Werbezielgruppen aus den erlangten → Tracking-Daten in den Web-Browser verlagern soll. Dies soll für die Nutzer im Ergebnis datenschutzfreundlicher sein. Zudem umfassen die Privacy Sandbox-Pläne weitere – ebenfalls noch in Entwicklung befindliche – Techniken, die etwa auch für Zwecke der Werbemessung verwendet werden sollen.</p>
<p>Programmatic Advertising, PA</p>	<p>Unter PA wird im Rahmen des vorliegenden Berichts das vergleichsweise offene Geflecht verschiedener Akteure und Angebote verstanden, die sich rund um digitale Marktplätze für Werbeflächen (→ AdExchanges) gruppieren. Auf diesen werden die Werbeflächen – meist in Form von Auktionen – zwischen angebotsseitigen Softwaresystemen (→ Supply Side Platforms (SSPs), weitgehend zusammengewachsen mit den → AdExchanges) und nachfrageseitigen Softwaresystemen (→ Demand Side Platforms (DSPs)) gehandelt. Dies geschieht in Echtzeit für jeden einzelnen Werbeplatz.</p>
<p>Publisher</p>	<p>Inhaber/Bereitsteller einer Online-Werbefläche, in der Regel der Betreiber einer Webseite oder Anbieter einer App, in welche die Werbefläche integriert ist.</p>
<p>Real Time Bidding, RTB</p>	<p>Ein Auktionsverfahren, bei dem Werbetreibende ein Gebot für eine einzelne Werbefläche abgeben können. Die Auktion wird in Echtzeit, d. h. innerhalb von Sekundenbruchteilen nach Entstehen der Werbefläche, durchgeführt. Die Werbefläche entsteht beispielsweise, wenn ein Nutzer eine Webseite mit reserviertem Platz für Werbung lädt.</p>
<p>Retargeting</p>	<p>Eine Werbemaßnahme, bei der Besucher einer Webseite – üblicherweise ein Webshop – markiert und anschließend auf anderen Webseiten mit gezielter Werbung wieder angesprochen werden sollen. Ziel des Verfahrens ist es, einen Nutzer, der bereits</p>

	<p>ein Interesse für eine Webseite oder ein Produkt gezeigt hat, erneuert auf diese Webseite oder das Produkt aufmerksam zu machen. Hierdurch soll die Werberelevanz und somit die Klick- und Konversionsrate (z. B. Bestellquote) steigen.</p>
Server	<p>Eine Software-Komponente, die einer anderen (dem Client) einen Dienst anbietet. Das kann beispielsweise die Auslieferung einer Webseite sein (Webserver), die Auslieferung eines Werbemittels (→ Adserver) oder auch die Durchführung einer Auktion für eine Werbefläche (→ SSP/AdExchange). Häufig – wenngleich nicht zwingend – laufen Server und Client auf unterschiedlichen Computern, die Kommunikation zwischen beiden erfolgt dann über ein lokales Netzwerk oder über das Internet. In diesem Fall werden meist auch die beteiligten Computer als Server bzw. Client bezeichnet. Physisch kann umgekehrt – je nach Ressourcenbedarf des Dienstes – auch eine Server-Softwarekomponente auf mehreren Computern verteilt laufen, wenngleich dies für den Client nicht sichtbar sein muss.</p>
Skript	<p>Computerprogramm. Im Kontext von Online-Werbung ist meist ein Programm in der Programmiersprache JavaScript gemeint, das in den Code einer Webseite eingebunden und vom Web-Browser ausgeführt wird.</p>
Streuverluste	<p>Werden über einen Werbeträger Personen erreicht, die nicht zur Zielgruppe des Werbetreibenden gehören, spricht man von Streuverlusten. Durch Streuverluste können bei der Verbreitung von Werbemitteln überflüssige und zusätzliche Kosten entstehen.</p>
Supply Side Platform, SSP	<p>Eine Technologieplattform (Softwaresystem), die es → Publishern oder ihren Vermarktern ermöglicht, ihre Werbeflächen automatisiert zum Verkauf anzubieten, meist im Modell des → Real Time Bidding. Neben technischen Einzelheiten zum</p>

	<p>Werbeplatz kann der → Publisher u. a. beispielsweise ein Mindestpreisniveau und Regeln zulässiger Werbung definieren. Dabei bündelt eine SSP das Angebot einer Vielzahl von Anbietern, so dass auf diese Weise Millionen, wenn nicht Milliarden möglicher Werbeeinblendungen verfügbar werden. Eine SSP ist damit das Gegenstück zur → DSP und eines der zentralen Elemente des → Programmatic Advertising. Wie für die → DSPs gibt es auch bei den SSPs eine Mehrzahl von Anbietern. SSPs integrieren heute häufig die Funktionalität einer → AdExchange.</p>
Sichtbarkeitsmessung	<p>Kontrolle der tatsächlichen Sichtbarkeit (Viewability) eines digitalen Werbemittels auf einer Webseite oder in einer App. Sie kann als Teil der → AdVerification aufgefasst werden. Die Sichtbarkeit kann dabei verschiedene Aspekte aufweisen, z. B. ob ein Werbemittel überhaupt sichtbar war, zu welchem Anteil seiner Fläche oder wie lange es sichtbar war.</p>
Targeting	<p>Gezielte Ausspielung eines Werbemittels möglichst nur an eine mit Hilfe bestimmter Kriterien direkt oder indirekt umschriebene Zielgruppe. Für das Targeting können unterschiedliche Methoden verwendet werden, z. B. → Behavioural Targeting, → Content Targeting oder → Retargeting, auch in Kombination.</p>
Third Party Cookies, TPC	<p>TPC unterscheiden sich von → First Party Cookies darin, dass diese → Cookies nicht von der Webseite, die der Nutzer angesteuert hat, gesetzt werden und wieder ausgelesen werden können, sondern von Diensten (→ Servern) Dritter, von denen Elemente (Werbung, Bilder, → Skripte u. a.) auf dieser Webseite eingebunden wurden. Die Zahl dieser Dritten kann sehr groß sein.</p>
Tracking	<p>Die beobachtende Verfolgung der Nutzer und ihrer Aktivitäten im Internet. Dieses Tracking kann mit Hilfe unterschiedlicher Techniken erfolgen, etwa durch → Cookies, → Fingerprinting oder gerätebezogene → Werbe-IDs.</p>

Werbe-ID	<p>Merkmal zur Identifizierung von Geräten (und indirekt der Nutzer dieser Geräte) für die Zwecke von → Tracking und → Targeting, insbesondere im Bereich von mobilen Endgeräten. Werbe-IDs wurden von den Betriebssystemanbietern eigens für diesen Zweck vorgesehen und stellen letztlich eine eindeutige Kennung zur Wiedererkennung eines Gerätes speziell für Werbezwecke bereit.</p>
Werbenetzwerk	<p>Werbenetzwerke (Ad Networks) bündeln die Werbeflächen einer größeren Zahl von → Publishern und bieten sie aus einer Hand der Nachfrageseite an. Dies reduziert den Transaktionsaufwand und kann gerade für kleinere Publisher den Marktzutritt überhaupt erst möglich machen. Zum anderen können Werbenetzwerke die Flächen auch aufwerten, indem sie das → Targeting über diese über zusätzliche Daten verfeinern und damit genauere oder mit höherer Wahrscheinlichkeit bestimmbar Zielgruppen anbieten oder indem sie Dienste wie ein gemeinsames → Frequency Capping über alle vom Netzwerk vermittelten Flächen anbieten. Der Sprachgebrauch variiert etwas in Bezug auf die Frage, ob mit dem Begriff Werbenetzwerk die → Publisherseitigen Funktionalitäten, die → Advertiser-seitigen Funktionalitäten oder beide bezeichnet werden.</p>

Vorwort

Das vorliegende Dokument ist als Diskussionsbericht im Rahmen der Sektoruntersuchung Online-Werbung des Bundeskartellamts angelegt. Das Bundeskartellamt hat durch eine Vielzahl von Gesprächen und schriftlichen Befragungen sowie durch die Auswertung von Veröffentlichungen vertiefte Erkenntnisse über die wettbewerbliche Situation im Bereich der sogenannten nicht suchgebundenen Online-Werbung und insbesondere in dem im Fokus der Untersuchung stehenden Bereich der Werbetechnologie (AdTech) gewonnen. In dem vorliegenden Diskussionsbericht werden zunächst die Ergebnisse der umfassenden Ermittlungen dargestellt und anschließend ein Ausblick auf aktuelle und mögliche Entwicklungen der betroffenen Märkte unter wettbewerblichen Gesichtspunkten gegeben. Daraus leitet das Bundeskartellamt eine ganze Reihe von Schlussfolgerungen für die weitere Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen dieser Märkte unter einer wettbewerblichen Perspektive ab.

Das Bundeskartellamt möchte mit dem vorliegenden Diskussionsbericht Marktteilnehmern und anderen interessierten Kreisen die Gelegenheit geben, zu den gewonnenen Erkenntnissen, dem Ausblick und den daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen Stellung zu nehmen. Wir bitten um die Einreichung schriftlicher Stellungnahmen bis spätestens bis zum

28. Oktober 2022.

Das Bundeskartellamt wird die abgegebenen Stellungnahmen auf seiner Homepage veröffentlichen. Zusätzlich kann auf Wunsch eine vertrauliche Fassung der Stellungnahme eingereicht werden. Es ist möglich, fristwährend eine englischsprachige Fassung der Stellungnahme einzureichen. Eine deutsche Fassung ist dann bis spätestens zum 11. November 2022 erforderlich.

A. Hintergrund

I. Online-Werbung als Teil der Werbewirtschaft und als schnell und stark gewachsener Wirtschaftssektor

- (1) Werbung ist eine Form der Kommunikation mit einem bestimmten Ziel. Dieses kann insbesondere darin liegen, den Rezipienten der kommunizierten Botschaft zu einem Gefühl oder einem Gedanken und in der Folge ggf. zu einer spezifischen Handlung anzuregen (Werbeziel).¹ Gängige Werbeziele sind etwa die Steigerung der Bekanntheit einer Marke, das Hervorrufen der Assoziation einer Marke mit bestimmten Eigenschaften, das Auslösen einer Konsumenten-anfrage beim Anbieter oder direkt das Anstoßen eines Kaufs des beworbenen Produktes.² Werbung bedient sich zur Erreichung ihrer potentiellen Rezipienten und ihrer Ziele meist eines Werbeträgers, d. h. sie wird eingebettet in eine Umgebung, die von den potentiellen Rezipienten der Werbebotschaft aus anderen Gründen genutzt oder wahrgenommen wird. Dies kann die Chancen erhöhen, dass die Werbebotschaft tatsächlich wahrgenommen wird oder die Art und Weise der Wahrnehmung der Werbebotschaft beeinflussen. Klassische Werbeträger sind beispielsweise Zeitungen oder lineare TV-Ausstrahlungen. Online-Werbung ist Werbung, die in unterschiedlichen Formen über das Medium bzw. den Transportkanal Internet – sowohl stationär als auch mobil – verbreitet wird.
- (2) Dabei stellt Online-Werbung gegenwärtig einen, wenn nicht sogar den wesentlichen Treiber des an Konsumenten gerichteten Teils der Internetökonomie dar. Denn infolge der technologischen Fortentwicklung des Internets, der rasant gestiegenen Anzahl von Internetnutzern und der damit einhergehenden kommerziellen Nutzung des Internets in den letzten fünfundzwanzig Jahren haben sich eine Vielzahl neuer Geschäftsmodelle mit veränderten oder neuen Marktstufen und Marktakteuren entwickelt. Viele dieser Geschäftsmodelle sind werbefinanziert, d.h. eine für den Konsumenten formal (monetär) unentgeltliche oder vergünstigt angebotene Dienstleistung oder ein für den Konsumenten formal unentgeltlicher oder vergünstigt angebotener medialer Inhalt wird mit Werbeschaltungen zumindest teilweise refinanziert.

¹ Vgl. auch <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/werbung-48161>.

² Vgl. zu kommunikativen Werbezielen auch <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/werbeziele-48359>.

- (3) Nach aktuellem Stand und auf der Basis von Schätzungen von Branchenverbänden hat der gesamte Bereich der Online Werbung in Deutschland im Jahre 2020 ein Volumen in der Größenordnung von knapp EUR 10 Mrd. erreicht.³ Davon entfielen etwa EUR 4,6 Mrd. auf die sogenannte suchgebundene Online-Werbung, d. h. auf Werbung, die in Reaktion auf eine Anfrage an eine Suchmaschine erscheint. Ca. EUR 4,1 Mrd. entfielen auf Werbebanner und Videowerbung aller Art (nicht suchgebundene Werbung, dieser Wert konnte für 2019 durch die vorliegende Untersuchung jedenfalls der Größenordnung nach bestätigt werden) und davon wiederum ca. 0,9 Mrd. auf die sogenannte In-Stream-Video-Werbung – jene Werbung, die vor, während oder nach einem von einem Nutzer konsumierten Video angezeigt wird, meist in Form eines Werbespots. Mit Online-Kleinanzeigen / Rubrikanzeigen schließlich – im weiteren Sinne auch eine Form von Online-Werbung – wurden ca. EUR 1,2 Mrd. umgesetzt.

II. Diskussionen um den wettbewerblichen Zustand

- (4) Trotz dieser offenkundigen kommerziellen Erfolgsgeschichte gehen die Meinungen über den wettbewerblichen Zustand der Online-Werbewelt auseinander. Auslöser hierfür ist die – im Kern wohl unstrittige – Beobachtung, dass ein sehr großer Teil der Online-Werbeeinnahmen heute auf einige wenige sehr große Unternehmen entfällt, an vorderster Stelle Google, Facebook und Amazon. Diese Beobachtung hat – jenseits von außerwettbewerblichen Überlegungen industrie- und medienpolitischer Art – zu Diskussionen geführt, ob der Zustand ausschließlich das Ergebnis von Leistungswettbewerb ist, oder ob es noch andere Gründe hierfür gibt, insbesondere ungünstige Marktstrukturen und Verstöße gegen Wettbewerbsregeln. In den Fokus geraten ist dabei auch der „Maschinenraum“ der Online-Werbung – das gesamte, außerhalb der beteiligten Wirtschaftskreise kaum bekannte Geflecht an technischen Systemen, die den hochgradig komplexen und hochgradig automatisierten Handel mit Online-Werbeflächen und die daran anschließende Ausspielung und Messung der erworbenen Werbung überhaupt erst möglich machen. Hierbei wiederum stand der Bereich der nicht suchgebundenen Online-Werbung im Blickpunkt, da es bei der suchgebundenen Online-Werbung nur sehr wenige Anbieter gibt, die ihre Werbeflächen über integrierte Systeme vertreiben.
- (5) Ausgangspunkt der meisten Diskussionen um diesen Bereich sind zwei Postulate: Die größten Anbieter von Werbeflächen – Google, Facebook und Amazon – böten diese allein

³ Vgl. ZAW, Netto-Werbeeinnahmen erfassbarer Werbeträger in Deutschland 2019 und 2020, <https://zaw.de/wp-content/uploads/2021/05/ZAW21-Netto-Werbeeinnahmen.pdf>.

oder zumindest bevorzugt über eigene technische Systeme an, seien also auch im Vertrieb vertikal integriert. Der Zugang zu diesem Inventar bleibe dritten Anbietern von (technologiebasierten) Vertriebsleistungen meist verwehrt oder werde beschränkt. Zugleich, so das zweite Postulat, sei insbesondere Google bei den verschiedenen Vertriebsleistungen für dritte Publisher ein besonders wichtiger, wenn nicht der mit Abstand wichtigste Anbieter.

- (6) Die Marktstrukturen auf der Ebene des Vertriebs können erhebliche Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen bei den Online-Werbeflächen selbst haben. Es erscheint daher sinnvoll, sie einer näheren Aufklärung zu unterziehen. Von Interesse sind hier einerseits die wettbewerblichen Konsequenzen einer Vielzahl an meist eher technisch geprägten und im System des sogenannten Programmatic Advertising (PA) miteinander verknüpften Dienstleistungen, die „zwischen“ den beiden äußeren Polen Werbetreibender und Werberezipient verortet sind und die der Anbahnung, dem Abschluss, der Durchführung und der Kontrolle des Geschäftes über die jeweiligen Online-Werbeflächen dienen. Zu diesen Dienstleistungen zählen etwa Angebote zur Sichtbarkeitsmessung, zur Datenerhebung und zur Betrugsprävention, vor allem aber die stärker auf der Ebene des eigentlichen Angebots bzw. der Nachfrage nach Werbeflächen verortete Dienste wie Supply Side Platforms (SSP) und Demand Side Platforms (DSP).
- (7) Auf der anderen Seite stehen die erwähnten, vielfach als Walled Garden wahrgenommenen Angebote der großen Akteure mit ihrer augenscheinlich hohen Marktbedeutung gerade in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einem Ökosystem vielgestaltiger und offener technischer Dienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern. Auch Verhaltensweisen einzelner Anbieter in Reaktion auf dieses Spannungsverhältnis könnten unter dem Gesichtspunkt der Abschottung von wettbewerblichem Interesse sein. Als Walled Garden bezeichnet werden geschlossene Dienste oder Systeme, die vom Hersteller oder Betreiber mit Restriktionen für die Nutzer versehen würden. Hierdurch würden den Nutzern tiefere Einblicke in die Plattform verwehrt. Für Werbetreibende seien deswegen diese Werbedienste oder -systeme weniger transparent, wodurch beispielsweise die unabhängige Messung der Werbereichweiten bzw. der Werbewirkung erschwert würden. Im Lauf der Kampagnendurchführung anfallende Daten könnten aus diesen Systemen nicht exportiert werden. Aber auch die Bekämpfung des Werbet Betrugs (sogenannter Ad Fraud) werde schwieriger. Hinzu komme, dass Walled Garden-Dienste oder -Systeme, die auch im Bereich des Vertriebs für Dritte tätig seien, sich teilweise dem Vorwurf ausgesetzt sähen, in ihren Diensten oder Systemen ihr eigenes Inventar zu bevorzugen, was

jedoch aufgrund des geschlossenen Charakters der Dienste oder Systeme für Dritte nur schwer erkennbar sei.

- (8) Wettbewerblich bedeutsam erscheint nicht zuletzt auch die Frage des Zugangs zu und der Verarbeitung von Daten, die für Online-Werbung – insbesondere zur Zielgruppenaussteuerung – von großer Bedeutung sind. Hier wird teilweise sogar vertreten, der Wert der Werbung liege inzwischen vorwiegend in den Daten und die großen Plattformanbieter hätten diesbezüglich wegen der von ihnen gebotenen Kombination aus Reichweite unter den Nutzern und Breite und Tiefe der Daten über diese massive Vorteile im Markt. Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass insbesondere eine Konzentration von werberelevanten Daten bei einzelnen Unternehmen problematisch sein könne.⁴ Soweit Qualität und Quantität von Daten immer mehr zum erfolgskritischen Faktor für die Schaltung zielgerichteter Werbung würden, könne eine Konzentration in diesem Bereich erhebliche wettbewerbliche Rückwirkungen auf den Online-Werbemarkt haben. Dies gelte insbesondere dann, wenn einzelne Unternehmen exklusiven Zugriff auf besonders relevante Datenmengen hätten, etwa aufgrund der direkten Interaktion mit dem Nutzer. In diesem Zusammenhang könnten auch Netzwerkeffekte eine Rolle spielen. Auf der anderen Seite kollidierte die breite Verfügbarkeit von personenbezogenen Daten bei einer großen Zahl von Marktteilnehmern mit Grundprinzipien des Datenschutzes und erhöht die Risiken wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Art, denen die Personen hinter den Daten ausgesetzt sind. Von erheblichem Interesse ist daher auch, welche Auswirkungen „datensparsamere“ Ansätze für die Online-Werbung auf die Voraussetzungen für den Wettbewerb hätten.

III. Zweck, Gegenstand und Vorgehen der Sektoruntersuchung

1. Konzeption

- (9) Zur näheren Klärung der vorgenannten Fragen hat die Beschlussabteilung im Rahmen der Sektoruntersuchung das Ziel verfolgt, ein breites Bild der Sichtweisen der verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern auf die einzelnen Themenkreise zu gewinnen, und dies mit besonderem Fokus auf die Situation aus der Sicht im Inland aktiver Unternehmen: Werbetreibende und die vielfach von ihnen zur Durchführung von Werbemaßnahmen

⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Tz. 161ff, verfügbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf.

eingeschalteten Agenturen (Media- und Digitalagenturen) auf der einen Marktseite, Publisher und von ihnen eingeschaltete Vermarkter auf der anderen Marktseite sowie insbesondere die Anbieter der verschiedenen technischen Dienstleistungen selbst. Repräsentativität in dem Sinne, dass die Stichprobe ein verkleinertes Spiegelbild der Gesamtheit aller möglichen Befagten darstellt, wurde jedoch nicht angestrebt. Inhaltlich betrafen die gestellten Fragen zunächst die Sicht der Marktteilnehmer auf die verschiedenen technischen Dienstleistungen, ihre Abgrenzung und Unterscheidung voneinander und ihre Bedeutung sowie vergangene und absehbare Entwicklungen bei ihnen. Weiter von Interesse war das konkrete Angebots- und Bezugsverhalten. Spezifische Fragen betrafen sodann das Zusammenwirken verschiedener Dienstleistungen aus unterschiedlicher Hand und etwaige Probleme hierbei. Weitere Fragenkomplexe zielten auf die Entwicklungsperspektiven des Programmatic Advertising-Systems insgesamt und damit auch perspektivisch auf die Bedeutung der von ihm ggf. aufgeworfenen Fragen für den Markt sowie auf die Rolle von Daten insbesondere im System des PA, die weiteren Entwicklungsperspektiven beim Zugang zu solchen Daten und die Folgerungen daraus.

2. Durchgeführte Ermittlungen

a. Durchgeführte Schritte

- (10) Die Beschlussabteilung hat zunächst eine Reihe von Gesprächen mit Vertretern ausgewählter Unternehmen aus verschiedenen Marktteilnehmergruppen geführt, um die sich stellenden Fragen näher einzugrenzen. Daran schlossen sich mehrere Runden schriftlicher Befragungen mit Fragebögen an, die sich zur Gewinnung des angestrebten breiten Bildes und in der Erwartung einer bestimmten Ausfallquote an insgesamt etwa 300 Werbetreibende, rund 100 Media- und Digitalagenturen, etwa 100 Publisher sowie rund 150 Anbieter technischer Dienstleistungen richteten. Die Befragungen wurden abgeschichtet nach Marktteilnehmergruppen vorgenommen. Soweit ein Unternehmen in mehr als einer Rolle am Markt aktiv war, konnte es auch Adressat mehrerer Fragebögen sein. In allen Phasen der Untersuchung hat die Abteilung zudem die Berichterstattung in den Fachmedien, Marktstudien und wissenschaftliche Aufsätze herangezogen.

b. Auswahl der Adressaten für die Befragungen

- (11) Bei den Anbietern von technischen Dienstleistungen und den Publishern lag der Fokus auf Unternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland. Bei den größeren dieser Unternehmen wurde weitgehende Vollständigkeit angestrebt, bei den kleineren war dies

aufgrund der hohen Zahl nicht praktikabel. Entsprechend war das Vorgehen bei den Media- und Digitalagenturen. Bei den Werbekunden musste angesichts der extrem hohen Zahl möglicher Werbekunden – letztlich jedes Unternehmen, jede Organisation und jede Behörde in Deutschland – stärker selektiert werden. Die zu befragenden Unternehmen wurden daher anhand einer Unternehmensdatenbank nach Umsatzkriterien (verschiedene Umsatzgrößenklassen) und verstreut über ein größeres Spektrum an Branchen ausgewählt. Der Fokus lag dabei besonders auf dem B2C-Bereich, da der Schwerpunkt der Nachfrage nach Online-Werbung hier erwartet wurde.

c. Rückmeldungen in Zahlen

- (12) Insgesamt ergab sich über alle Gruppen nach Abzug von Insolvenzen, anderweitig nicht erreichbaren Unternehmen, und insbesondere auf der Nachfragerseite nach Werbeflächen auch von solchen Unternehmen, die keine Online-Werbung schalteten, eine Netto-Rücklaufquote von etwa zwei Dritteln. Spezifisch auf der Nachfrageseite nach Werbeflächen steht nach der Auswertung am Ende die Agenturbefragung im Vordergrund. Bei den Werbekunden selber hat sich gezeigt, dass viele für sich betrachtet nur vergleichsweise geringe Budgets (einige zehntausend bis einige hunderttausend Euro) im Bereich der nicht suchgebundenen Online-Werbung einsetzen und damit korrespondierend nicht über ein näheres Know-How in diesem Bereich verfügen. Das trifft vor allem auf kleinere Werbekunden zu, in Einzelfällen aber auch auf Sparten von Konzernen. Viele Werbekunden haben zudem die Abwicklung ihrer Aktivitäten im Bereich der nicht suchgebundenen Online-Werbung ganz oder sehr weitgehend auf Media- oder Digitalagenturen ausgelagert. Ihre Antworten sind daher zu erheblichen Teilen oder in diversen Fällen auch ganz unter Rückgriff auf diese Agenturen entstanden, was für die Auswertung ebenfalls zu berücksichtigen war.

IV. Entwicklungsgeschichte der Werbeform

1. Von den „analog-analogen“ Anfängen zu ersten Automatisierungsschritten

- (13) Online-Werbung ist eine vergleichsweise junge Werbeform. Nach einer verbreiteten Version ihrer Geschichte schaltete der US-amerikanische Telekommunikationskonzern AT&T

am 27.10.1994 auf der Webseite „HotWired“ (heute „Wired“) das weltweit erste klickbare Werbebanner oder zumindest eines der ersten.⁵ Ein 468x60 Pixel großes Banner legte damit einen Grundstein der heutigen Online-Werbung. AT&T kaufte diesen Werbeplatz für 30.000 US-\$ und eine Laufzeit von drei Monaten.

- (14) Anders als Zeitungs- oder Fernsehwerbung in der Zeit vor der Digitalisierung beider Medien fand Online-Werbung von Anfang an in einem Umfeld statt, das Automatisierung begünstigte: Die Anzeige der Werbung erfolgt auf Computern – gleich, ob sie die äußere Form etwa eines Desktop-PC, eines Notebooks, eines Tablets oder eines Smartphones haben – und die Werbemittel werden über das Internet ebenfalls von Computern (Servern) bezogen. Auch das Angebot und den Handel mit Werbeflächen sowie die Ausspielung der Werbemittel zu automatisieren, lag unter diesen Umständen nicht fern. Ein wesentlicher Meilenstein auf dem Weg zu einem vollständig automatisierten Markt war die Einführung des Anzeigenprogramms Google AdWords im Oktober 2000.⁶ AdWords zeigt zusätzlich zu den Ergebnissen der Suchmaschine auch Werbeanzeigen, die per Software durch Schlüsselworte des Werbenden auf bestimmte Suchbegriffe abgestimmt werden (Keyword Targeting). Dadurch sollten sinnvolle Suchergebnisse für Nutzer gepaart mit inhaltlich übereinstimmenden Werbeanzeigen sichergestellt werden.

2. Neue Umfelder

- (15) Online-Werbung, oder eigentlich deren Träger, brachte aber auch neue Umfelder mit sich, in denen Werbung dieser Form platziert werden konnte. Traditionell waren mediale Inhalte die stärksten Werbeträger: Zeitungen, Zeitschriften, Fernsehen, Radio, Kino. Zwar gab es auch in „analogen“ Zeiten Werbeträger, die ihrer Art nach nicht medial waren, etwa Bushaltestellen mit vorgehaltenen Plakatflächen. Das Internet erweiterte jedoch deutlich die Möglichkeiten, Dienstleistungen mit Werbeflächen zu versehen und sie so zu finanzieren. Das bekannteste Beispiel dürften die nach kurzer Zeit massenhaft genutzten Suchmaschinen sein (auch wenn man diesen zusätzlich zur Dienstleistung eine gewisse mediale Seite zusprechen kann). Heute sind werbefinanzierte Apps auf mobilen

⁵ Vgl. <https://www.wired.com/2010/10/1027hotwired-banner-ads/>; nach <https://www.adpushup.com/blog/the-history-of-online-advertising> war dies bereits im Jahr zuvor die Webseite Global Network Navigator; Werbung per Email oder in den sogenannten Newsgruppen – einer frühen Form von Diskussionsforen im Internet – war nach dieser Schilderung bereits zuvor fallweise aufgetreten.

⁶ Vgl. <https://www.adpushup.com/blog/the-history-of-online-advertising>; Ankündigung unter <https://googlepress.blogspot.com/2000/10/google-launches-self-service.html>.

Geräten allgegenwärtig und selbst Anbieter von Betriebssystemen für Desktop-Computer haben bereits Versuche mit Werbung in der Benutzeroberfläche durchgeführt. Zudem bot das Internet mit seiner vergleichsweise niederschweligen Möglichkeit, Inhalte einem weltweiten Publikum zur Verfügung zu stellen, neue Chancen für mediale Träger von Werbung: Online-Magazine, Blogs, Videoplattformen können hier als Beispiele angeführt werden. Soziale Medien als weiteres neues Angebot stellen – je nach Ausgestaltung – schließlich eine Mischform aus Dienstleistungsangebot und medialen Inhalten dar. Das bekannteste Beispiel ist das soziale Netzwerk Facebook, das 2004 gestartet wurde und nach ersten Experimenten in 2004 und 2005 im Jahr 2006 ernsthafter Werbung in Form von kleinen Displayanzeigen und gesponserten Links einführte.⁷ Mit diesen neuen möglichen Trägern für Werbebotschaften erhöhte sich der Druck auf die traditionellen Medien, die nun mit neuen Wettbewerbern um Werbegelder konkurrieren mussten.

3. Von der Ansprache über Umfeldler zur direkten Zielgruppenansprache

- (16) Online-Werbung brachte durch die technischen Eigenschaften und Möglichkeiten ihres Trägers „Internet“ noch einen weiteren grundlegenden Wandel mit sich, der erhebliche wettbewerbliche Folgen haben sollte und auch jenseits wettbewerblicher Fragen aufgrund seiner möglichen Konsequenzen für anhaltende Diskussionen sorgt: Vor dem Siegeszug des Internets war Werbung in der Regel – Direktwerbung per Post außer Betracht gelassen – vergleichsweise wenig zielgerichtet: Eine Zeitungsanzeige erreichte alle Leser der entsprechenden Zeitung oder zumindest der jeweiligen drucktechnischen Teilausgabe, ein TV-Werbespot alle Zuschauer des betreffenden Senders zu dem Zeitpunkt seiner Aussendung. Dies war aus der Sicht der meisten Werbekunden keine optimale Lösung, es sei denn, sie bewarben ein Produkt, für das potentiell jedermann als Abnehmer in Betracht kam. Denn so liefen sie Gefahr, für eine Reihe (potentieller) Kontakte mit ihrer Werbung zu bezahlen, die ihnen keinen wirtschaftlichen Nutzen brachten (sogenannte Streuverluste). Eine teilweise Milderung der Streuverluste ließ sich nur über die Auswahl des konkreten medialen Umfeldes für die jeweilige Werbebotschaft erreichen: Eine Anzeige in einer Zeitschrift für Hobbysegler würde weit überwiegend nur Anhänger dieses Sports erreichen, die noch am ehesten als Käufer für beworbene Segelausrüstung oder entsprechende Reisen in Betracht kämen. Ein Werbespot während einer Fußball-Übertragung im TV würde aller Erfahrung nach überwiegend Männer erreichen. Heute wird

⁷ Vgl. <https://www.adpushup.com/blog/the-history-of-online-advertising>; <https://mashable.com/archive/facebook-first-ad>.

diese Methode als „Content Targeting“ bezeichnet, sie spielt auch bei Online-Werbung durchaus noch eine gewisse Rolle.

- (17) Im Fokus steht hier mittlerweile jedoch ein anderer Ansatz, der durch zwei spezielle Eigenschaften des Internet als Trägers ermöglicht wird. Zum einen ist im Internet jedes einzelne Endgerät individuell ansteuerbar („adressierbar“) – anders als etwa in den Zeiten gedruckter Zeitungen der einzelne Zeitungshaushalt für den Absender der Werbebotschaft. Zum anderen bietet das Internet einen Rückkanal vom Nutzer zum Anbieter ohne Medienbruch. Dieser Kanal kann genutzt werden, um Reaktionen des Nutzers direkt zu erfassen, oder auch um den Nutzer, ohne dass der sich dessen bewusst sein muss, umfassend in seinem Verhalten etwa bei der Bewegung durch eine Webseite und darüber hinaus durch große Teile des World Wide Webs zu verfolgen und zu beobachten – und dies geschieht auch in großem Umfang. So wird es möglich, den einzelnen Nutzer hinter dem verwendeten Endgerät zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit „kennenzulernen“, d. h. Informationen darüber zu sammeln, welche Eigenschaften er aufweist und welche Interessen und Absichten er hat. Es entsteht so ein Profil des einzelnen Nutzers, das je nach erfassbaren Aktivitäten und Rückmeldungen sehr detailliert ausfallen kann. Dieses Profil kann in Verbindung mit der Adressierbarkeit im Internet genutzt werden, um Werbung nur an jene Nutzer auszuspielen, die über bestimmte Eigenschaften, Interessen und Absichten verfügen, d. h. sehr viel stärker auf der Basis dessen, was über den konkreten Nutzer tatsächlich bekannt ist, statt nur auf der Basis vergleichsweise grober Annahmen und Kategorisierungen wie „Männer schauen Fußball“.
- (18) Diese Formen des Targetings – etwa sogenanntes Behavioural Targeting auf der Basis übergreifend beobachteten Verhaltens oder sogenanntes Retargeting auf der Basis beobachteter individueller Aktionen wie der Betrachtung eines Produktes auf einer Shop-Seite – stehen im Bereich der Online-Werbung heute im Zentrum. Viele Werbetreibende sehen sie – trotz nach wie vor durchaus geführter Diskussionen um die Zuverlässigkeit der Methoden im Einzelfall – als effizient zur Lösung des Problems der Streuverluste an. Das hat etwa mindestens dazu beigetragen, dass Werbung im sozialen Netzwerk von Facebook, das aufgrund sehr vieler direkter Nutzereingaben von Daten und der umfassenden Beobachtung seiner Nutzer zumindest nach Einschätzung vieler Marktteilnehmer über sehr detaillierte Profile seiner Nutzer verfügt, von Werbetreibenden speziell wegen seiner genauen und granularen Targeting-Möglichkeiten geschätzt wird.

4. Wandel in den Abrechnungsmodellen

- (19) Der Rückkanal und die damit einhergehende Möglichkeit, auch die individuelle Reaktion des Rezipienten der Werbebotschaft auf diese zu erfassen – prototypisch etwa den Klick auf ein Werbebanner – veränderte auch die angewandten Abrechnungsmodelle. War zuvor typischerweise die mit einer Werbeschaltung einhergehende Zahl an potentiellen Kontakten – es war ja nicht erfassbar, ob etwa die Zeitungsseite mit einer Anzeige wirklich aufgeschlagen wurde – Abrechnungsgrundlage (Preis pro tausend Kontakte, TKP), so konnte nunmehr die Entgeltzahlung von einer Reaktion des Rezipienten auf die Werbung abhängig gemacht werden – die zugleich wieder kommerziell wertvolle Daten lieferte. Bereits 1996 war mit „DoubleClick“ (vormals „Internet Advertising Network“) eines der ersten „Return on Investment“ (ROI)-Werkzeuge für Online-Werbepartner verfügbar, welches ermöglichte, den Erfolg geschalteter Werbung live zu verfolgen.⁸ Somit waren erstmals Zahlen für Ansichten (Impressions) von und Klicks auf Werbeflächen verfügbar. Die Entwicklung des so genannten Pay per Click (PPC)-Abrechnungsmodells wird meist den Betreibern der Suchmaschine „GoTo.com“ zugeschrieben und auf das Ende der 1990er-Jahre datiert.⁹ Hierbei bot GoTo.com Platzierungen in den Ergebnissen der Suchmaschine gegen Bezahlung an. Auslöser für die Zahlungspflicht war ein Klick des Suchmaschinennutzers auf die Werbung. Gekoppelt war das PPC-Modell mit einem Auktions-Element: Je höher die Zahlung des Werbetreibenden pro Klick des Suchmaschinennutzers, desto höher wurde die Werbung in den Suchergebnissen angezeigt. PPC ist auch heute noch ebenso wie Auktionsmodelle weit verbreitet.
- (20) Noch in einer weiteren Hinsicht erweiterte der Rückkanal die Möglichkeiten von Werbetreibenden: Unternehmen konnten nun frühzeitig schlecht laufende Werbung abschalten, auswechseln oder überarbeiten. Heute werden unter der Bezeichnung „Dynamic Creative Optimization“ (DCO) Systeme eingesetzt, die Werbemittel dynamisch aus verschiedenen Komponenten zusammensetzen, und dies im Moment ihrer Ausspielung unter Berücksichtigung zuvor erfasster Beobachtungen und von Daten über den konkreten Rezipienten.

⁸ Vgl. <https://www.adpushup.com/blog/the-history-of-online-advertising>.

⁹ Vgl. <https://www.adpushup.com/blog/the-history-of-online-advertising>.

5. Expansion der direkten Zielgruppenansprache und Widerstand

- (21) Die Kombination der Möglichkeit zur Automatisierung des Handels mit der Möglichkeit zur direkten Zielgruppenansprache hat mittlerweile zu einem System der Werbeauspielung im Online-Bereich geführt, in dem jede einzelne Werbefläche innerhalb von Sekundenbruchteilen nach dem Aufruf einer Webseite oder einer App-Funktion auf der Basis der bei den Beteiligten in diesem Zeitpunkt vorhandenen Informationen über den Nutzer hinter dem Aufruf gehandelt werden kann und wird – häufig in Auktionsform (Ökosystem des Programmatic Advertising im engeren Sinne und ähnlich funktionierende, aber geschlossene Systeme). Über derartige Systeme wird mittlerweile ein großer Teil der Online-Werbung ausgespielt. Das bedeutet aber auch, dass damit eine Verarbeitung personenbezogener Daten sehr umfangreichen Ausmaßes einhergeht, und dies in einem System, das dutzende, wenn nicht hunderte von Teilnehmern umfassen kann (Publisher und deren Vermarkter, Angebotsplattformen, Nachfrager und deren Einkaufssysteme, technische Dienstleister verschiedener Art, Datenhändler). Dies wiederum hat zu ernstesten Fragen rund um den Schutz dieser personenbezogenen Daten geführt, die konzeptionell betrachtet nicht nur für die kommerziell motivierte Beeinflussung oder gar Manipulation der Datensubjekte missbraucht werden können, sondern beispielsweise auch für politische Zwecke – siehe etwa die Diskussionen um (behauptete) hoch granular getargete politische Kampagnen auf Facebook im Umfeld der US-Präsidentenwahlen von 2016. Mittlerweile ist sichtbar, dass sich ein stärkeres Bewusstsein für die Gefahren dieser massiven Datenverarbeitung und ein stärkerer Widerstand dagegen entwickelt haben – auch anhand von rechtlichen und technischen Gegenreaktionen. Hieraus folgende Änderungen an den Möglichkeiten zur Datenverarbeitung für Werbezwecke können auch aus wettbewerblicher Sicht interessant sein, weil sie die Wettbewerbschancen aller oder nur bestimmter Unternehmen – je nach Art der Änderung und dem jeweils verfolgten Geschäftsmodell – beeinflussen und so zu einer veränderten Marktstruktur führen können.

6. Expansion der Online-Werbung in bisher „analoge“ Bereiche, Assimilation und Verschmelzung

- (22) Das gilt umso mehr, als „Online-Werbung“ bereits seit einiger Zeit dabei ist, sich von dem bisher vor allem mit PC, Notebooks, Tablets und Smartphones assoziierten Nutzungsumfeld zu lösen und weitere Bereiche zu erfassen, die bisher als „analog“ galten. Dies würde aber auch bedeuten, die datenbasierten Methoden der Online-Werbung dort einzufüh-

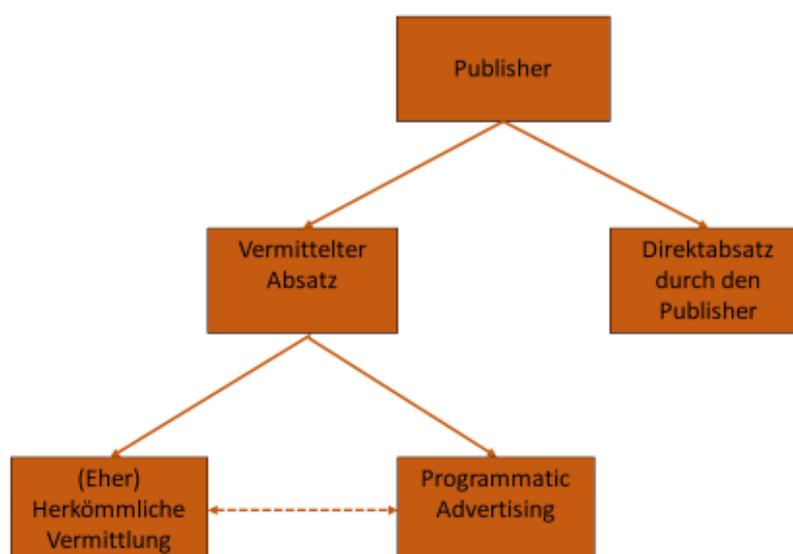
ren und deren Nutzung damit insgesamt noch einmal auszuweiten. Ein gutes Beispiel bildet TV-Werbung. Hier diskutiert der Markt mittlerweile über sogenanntes Adressable TV (ATV) und meint damit ein System, in dem Werbespots und andere Werbemittel wie bei der Online-Werbung nach herkömmlichem Verständnis über das Internet jedem TV-Endgerät individualisiert zugeführt werden können, während gleichzeitig das Nutzerverhalten vom Gerät beobachtet und zurückgemeldet werden kann. Die technischen Grundlagen hierfür sind insbesondere mit dem Standard „HbbTV 2.0“ gelegt und die entsprechende Technik verbreitet sich mit jeder neuen TV-Geräte-Generation weiter. Auch für das Medium Radio zeichnet sich mit dem Streaming des Programms über das Internet (Webradio) und der Verfügbarkeit passender „radioartiger“ Endgeräte ein ähnlicher Wandel ab. Das gilt noch stärker, wenn das Medium Radio nach klassischem Verständnis für zumindest Teile der Nutzerschaft durch originäre Streaming-Dienste wie Spotify abgelöst werden sollte. Und auch Außenwerbung wird keine „analoge“ Werbeform bleiben. „Digital-out-of-Home“ (DooH) bedeutet, dass Plakatwände durch Bildschirme ersetzt werden, denen innerhalb von Sekundenbruchteilen über das Internet individuell neue Werbemittel zugeführt werden können.¹⁰ Und auch das in diesem Szenario zunächst nicht naheliegend erscheinende Targeting auf Einzelpersonen hin – stehen die Bildschirme doch an öffentlichen Orten und können jeweils von einer Mehrzahl von Personen gleichzeitig wahrgenommen werden – wird in modifizierter Form jedenfalls technisch machbar werden. Bild- und Gesichtserkennung erlauben es, die Personen in Reichweite des Bildschirms zumindest nach Faktoren wie Geschlecht- und Alter zu segmentieren, wenn nicht sogar zu individualisieren. Die eindeutigen Kennungen, die bestimmte Funktechniken in Smartphones der Vorübergehenden aussenden, können für letzteres zusätzlich herangezogen werden. Dies ist keine Science Fiction, die technische Machbarkeit ist absehbar, das kommerzielle Interesse an dem Einsatz entsprechender Techniken ebenso. Grenzen werden allenfalls die gesetzlichen Regelungen setzen. Unterzieht man diese Entwicklungen – und parallele für andere Medien wie etwa bislang noch gedruckt verbreitete Zeitungen – einer Gesamtbetrachtung, so wird absehbar, dass mittelfristig die meisten, wenn nicht alle medialen Kanäle über das Internet verschmelzen werden

¹⁰ Nach Schätzung des ZAW entfielen im Jahr 2020 in Deutschland bereits Nettowerbeausgaben in Höhe von EUR 227 Mio. auf digitale Außenwerbung, vgl. <https://zaw.de/branchendaten/netto-werbeeinnahmen-der-medien/>. Anders als für herkömmliche Online-Werbung gingen bei dieser Werbeform die Ausgaben von 2019 auf 2020 um gut 10% zurück. Der ZAW führt dies auf den Corona-bedingten Lockdown zurück. In 2021 stieg die Ausgaben nach den ZAW-Daten auf EUR 288 Mio., vgl. <https://zaw.de/branchendaten/netto-werbeeinnahmen-der-medien/>.

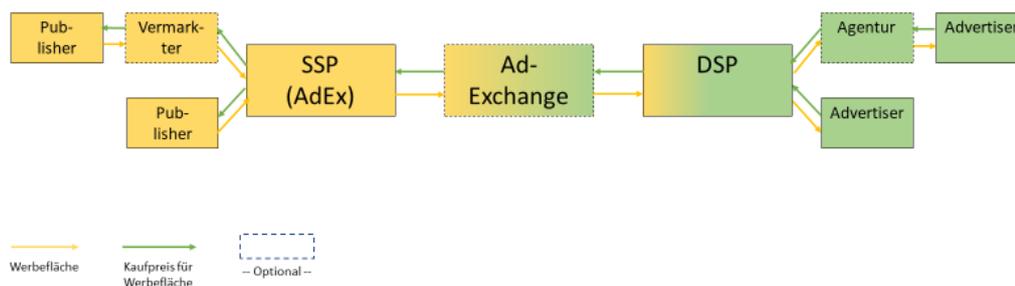
und alle (mediale) Werbung eine Form der Online-Werbung mit ihren Möglichkeiten werden wird – jedenfalls technisch betrachtet (Konvergenz). Das gilt auch für die einsetzbaren Werbemittel. Anders als bei herkömmlichen analogen Medien ermöglichen digitale Werbeflächen und der zu ihnen führende Transportkanal „Internet“ typischerweise die Verwendung aller wesentlichen Medientypen – auch für die Werbung: Text, Bild, Audio, Video und Kombinationen davon. Grenzen setzen insoweit nur die darstellerischen Möglichkeiten des vom Nutzer verwendeten Endgerätes und negative Reaktionen der Nutzer, wenn bestimmte Werbeformen in Situationen oder Kontexten verwendet werden, in denen sie – etwa aufgrund ihres Störpotentials – nicht bereit sind, diese hinzunehmen.

V. Weg der Werbebotschaften und Rolle der Technik

- (23) Infolge des Einsatzes der Technik ist die Wertschöpfungskette für Online-Werbung deutlich komplexer als diejenige bei TV-Werbung oder Zeitungswerbung.
- (24) Die Unternehmen am einen Ende dieser Kette, die Anbieter von Online-Werbeflächen, werden als Publisher bezeichnet. Das können im Online-Bereich insbesondere die Betreiber einer Website (z. B. eines Blogs oder einer Onlinezeitung) oder einer App sein. Publisher handeln beim Angebot von Werbeflächen nicht immer selbst, sondern können sich zu diesem Zweck auch sog. Vermittler / Vermarkter bedienen. Letztere bündeln typischerweise die Werbeflächen einer Mehrzahl von Publishern und bieten sie den Nachfragern aus einer Hand an. Dies erfolgt je nach Vermarkter zu unterschiedlichen Graden automatisiert.



- (25) Publisher – und auch Vermarkter – können direkte Geschäfte mit Nachfragern nach Werbeflächen oder mit deren Mediaagenturen tätigen, auch über dafür (von ihnen) errichtete technische Systeme. Zu einem wesentlichen Teil erfolgt der Ein- und Verkauf von digitalen Werbeflächen mittlerweile allerdings vollautomatisiert über ein – in bestimmten Grenzen – offenes Geflecht von technischen Mittlern, dem bereits erwähnten System des Programmatic Advertising im engeren Sinne (nachfolgend vereinfacht grafisch dargestellt):



- (26) Angebot und Nachfrage nach Werbeflächen werden dabei mithilfe der sogenannten Supply Side Platforms (SSP) und Demand Side Platforms (DSP) organisiert. Anbieter von Werbeflächen nutzen eine SSP zum Verkauf ihres Inventars, indem sie auf einer solchen Plattform Werbeflächen einstellen. Neben technischen Einzelheiten zum Werbeplatz kann der Publisher u. a. ein Mindestpreisniveau und Regeln zulässiger Werbung definieren. Dabei bündelt eine SSP das Angebot einer Vielzahl von Anbietern, so dass auf diese Weise Millionen, wenn nicht Milliarden möglicher Werbeeinblendungen verfügbar werden.
- (27) Eine DSP ist das Gegenstück zur SSP auf Seite des Werbetreibenden. Auf einer DSP platziert der Werbetreibende oder ein von ihm beauftragter Dienstleister (etwa eine Mediaagentur) die Suche nach einer Werbefläche und definiert u.a. Höchstgebote, Budgetobergrenzen, Zielgruppenparameter und Kampagnenziel. Wie auch bei den SSPs gibt es auch bei den DSPs eine Mehrzahl von Anbietern. Sie unterscheiden sich je nach der Anzahl der von ihnen repräsentierten Nachfrager und ihrer Technologie, die zur Ausführung des Kaufs verwendet wird (ihrer Infrastruktur, Gebots- und Optimierungsmodelle).
- (28) Die Transaktion selbst erfolgt automatisiert und in Echtzeit, und dabei sehr häufig, aber nicht zwingend, im Auktionsmodell (Real Time Bidding). In diesem Modell bietet die SSP den Werbetreibenden die Werbefläche zur Ersteigerung an, sie kann dabei auch einen Mindestpreis festsetzen. Das Angebot geschieht über eine Anfrage an die DSP, dabei können auch Daten über den Nutzer, der die Werbung sehen würde, übermittelt werden.

Die DSP sieht das Nutzerprofil und die gehandelte Werbefläche. In Sekundenbruchteilen erfolgt durch die Auswertung der Daten die Entscheidung, ob das Nutzerprofil die vorhandenen Parameter der gewünschten Zielgruppe erfüllt. Je nach Erfüllungsgrad gibt der Werbetreibende (automatisiert) über die DSP ein niedrigeres oder höheres Gebot ab. Die SSP als technische Schnittstelle sammelt die Gebote. Der Höchstbietende erhält den Zuschlag bzw. wird an den Publisher weitergereicht, falls dieser – was möglich ist – parallel mehrere SSPs und andere Systeme nach deren jeweiligem (Höchst-) Gebot gefragt hat. Dieser Prozess läuft in Sekundenbruchteilen ab, bei Anzeigen im Web während des Ladens der Website. Die Abrechnung erfolgt automatisch.

- (29) Der (virtuelle) Handelsraum zwischen SSP und DSP, quasi der Marktplatz für Online-Werbung, wird häufig auch als „AdExchange“ bezeichnet. Die entsprechende Funktion kann als eigene technische Dienstleistung abgebildet sein, mit der sich SSPs und DSPs verbinden, sie wird mittlerweile jedoch häufig als Teil der SSP gesehen.
- (30) In der Realität kann sich der Vorgang zudem dadurch verkomplizieren, dass die Handelsstufen kaskadiert werden. So kann auf der Nachfrageseite einer AdExchange neben DSPs und direkt mit der AdExchange interagierenden Werbekunden durchaus auch eine weitere AdExchange stehen.¹¹ Grenzen für die Länge dieser Kaskaden setzt allerdings die Tatsache, dass die zur Verfügung stehende Zeit beim Laden der Webseite begrenzt ist, da anderenfalls die Nutzererfahrung zu schlecht ausfiele.
- (31) Da sich der Erwerb von Online-Werbeflächen wie oben unter Ziffer (16)ff. dargestellt heute in sehr vielen Fällen nicht (allein) nach dem Umfeld der Werbefläche richtet, sondern danach, was über den Nutzer bekannt ist, der das Werbemittel auf der Werbefläche zu sehen bekommen wird, spielen (personenbezogene) Daten über den Nutzer in dem Handelsprozess eine wesentliche Rolle. Dies betrifft einerseits die Publisherseite, die typischerweise über die SSP zusammen mit der Werbefläche annonciert, was sie über den Nutzer weiß. Dies betrifft aber auch die Werbekundenseite, die versucht, mit Hilfe dieser Informationen die Passung des Nutzers in die von ihr jeweils adressierte Zielgruppe zu ermitteln. Wenn sich der Nutzer mindestens pseudonymisiert für sie identifizieren lässt, kann sie in diesem Prozess versuchen, die von der Publisherseite bereitgestellten Infor-

¹¹ Siehe

<https://github.com/InteractiveAdvertisingBureau/openrtb/blob/master/OpenRTB%20v3.0%20FINAL.md#referencemodel>.

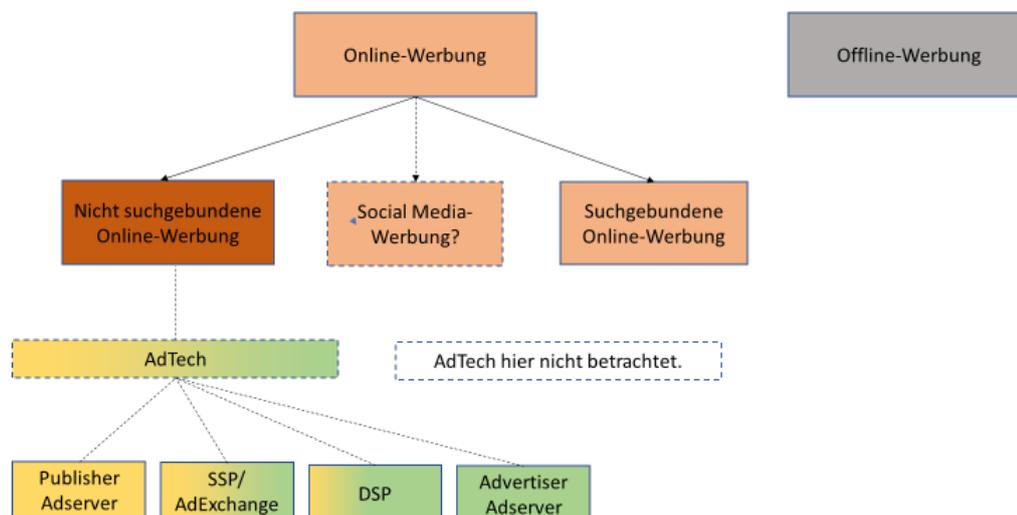
mationen mit eigenen Informationen über den Nutzer zu kombinieren und so ein genaueres Bild zu gewinnen. Bei diesen Vorgängen können Data Management Platforms (DMP) unterstützend zum Einsatz kommen. Sie verwalten Nutzerdaten aus unterschiedlichen Quellen und helfen bei deren Analyse. Teilweise sind die Funktionen der DMP aber auch schon in die SSPs oder DSP integriert.

- (32) Ist schließlich die Werbefläche veräußert worden, so muss noch für die Einblendung des Werbemittels auf dieser Fläche gesorgt werden. Denkbar ist es grundsätzlich, das Werbemittel direkt vom Server des Publishers abzurufen, der auch das Trägermedium ausliefert (etwa ein Webserver). Dafür müsste es dort aber zuvor auch abgelegt werden. Der Regelfall ist in der Praxis ein anderer. Die Werbemittel werden über dritte Server ausgeliefert (sog. AdServer). Ein AdServer ist ein Server mit einer Software, die für die Auslieferung und Verarbeitung von Werbemitteln verantwortlich ist. Solche Server werden sowohl auf Publisher-Seite (Publisher-AdServer) als auch auf Werbekunden-Seite (Advertiser-AdServer) eingesetzt. Neben der Auslieferung der Werbemittel übernehmen sie auf der Publisher-Seite auch Aufgaben bei der Optimierung der Auslastung der Werbeflächen, in diesem Zusammenhang auch bei der Zuschlagvergabe, und auf Werbekunden-seite Aufgaben im Management der Werbekampagnen. Zugleich sammeln die AdServer bestimmte während des Ausspielens des Werbemittels generierte Daten.
- (33) Unter Einbeziehung dieser weiteren technischen Systeme neben SSP/AdExchange und DSP stellt sich das System des Programmatic Advertising im engeren Sinne – immer noch vereinfacht – wie folgt dar:

B. Abgrenzbare Funktionen und gehandelte Pakete – Überlegungen zur Marktabgrenzung bei AdTech

- (34) Die sachliche Marktabgrenzung im Bereich der AdTech erweist sich als komplex. Das hat seine Ursache unter anderem in den unterschiedlichen Wegen des Handels mit Werbeflächen, der möglichen Plattformeigenschaft einzelner Dienstleistungen sowie der weit verbreiteten Kopplung des Handels mit Werbeplätzen und zusammenhängenden technischen Leistungen. Zudem unterliegt das Marktumfeld in technischer Hinsicht laufenden Entwicklungen. Die folgenden Überlegungen sind daher nicht als abschließende Marktdefinitionen aus kartellrechtlicher Sicht zu verstehen – dies muss etwaigen Einzelverfahren vorbehalten bleiben. Vielmehr liegt der Fokus auf der Beschreibung der unter den aktuellen Umständen naheliegenden Segmentierungen und der Gründe hierfür. Bei der Diskussion muss auch berücksichtigt werden, dass die vorgenommenen Ermittlungen aus praktischen Gründen aus deutscher Sicht erfolgten, während geografisch tatsächlich großräumigere Märkte naheliegen.
- (35) Zumindest dort, wo es nicht zur Kopplung von Werbeflächen mit technischen Dienstleistungen kommt, kommt wettbewerblich die Abgrenzung einzelner Märkte für die Kernfunktionen der AdTech-Wertschöpfungskette in Betracht (dazu unten I.). Dabei handelt es sich um einen möglichen SSP/AdExchange-Dienstleistungsmarkt, einen möglichen DSP-Dienstleistungsmarkt, einen möglichen Publisher-AdServer-Dienstleistungsmarkt sowie einen möglichen Advertiser-AdServer-Dienstleistungsmarkt. Diese potentiellen Märkte sind mit dem Markt für nicht suchgebundene Onlinewerbung verbunden. Auf der Basis der europäischen und deutschen Fallpraxis wird nicht suchgebundene Onlinewerbung von dem Markt für suchgebundene Onlinewerbung abgegrenzt. Es spricht ferner viel dafür, dass ein eigener Markt für Social Media Werbung angenommen werden kann.

Grafisch kann die Verbindung zwischen den vorgenannten AdTech-Dienstleistungen und den Märkten für Online-Werbung wie folgt dargestellt werden:



- (36) In geografischer Hinsicht (dazu unten II.) könnte die Tatsache, dass die technischen Dienstleistungen in der Regel als Software-as-a-Service (SaaS)¹² über das Internet angeboten werden, für weltweite Märkte sprechen. Allerdings könnten rechtliche Besonderheiten in einigen Weltregionen, in der EU etwa die DSGVO, bei der Vornahme einer konkreten Marktabgrenzung zu berücksichtigen sein und für eher räumlich engere Märkte sprechen. Bei den eigentlichen Kernfunktionen für den Handel könnte sich zudem eine Abweichung ergeben, wenn sich die Teile der Angebotsseite für Werbeflächen, die für Nachfrager nach diesen Werbeflächen in einer bestimmten Region vorrangig von Interesse sind (oder umgekehrt), primär oder ausschließlich über bestimmte Anbieter erreichen lassen sollten.

I. Gesichtspunkte zur sachlichen Marktabgrenzung

- (37) Vor dem Hintergrund des oben unter Ziffer(23)ff geschilderten komplexen Systems aus unterschiedlichen technischen Dienstleistungen (AdTech) im Bereich der nicht suchge-

¹² Software-as-a-Service ist ein Konzept, bei dem die Software nicht auf den einzelnen Rechnern der Nutzer installiert und vollständig dort ausgeführt wird, sondern auf zentralen Servern vorgehalten wird und abläuft. Auch Updates müssen dann nur noch dort ausgeführt werden. Der Zugriff des Nutzers auf die Software erfolgt über das Internet, z. B. über den Aufruf einer Benutzerschnittstelle im Web-Browser.

bundenen Online-Werbung stellt sich aus kartellrechtlicher Sicht in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen – Fusionskontrolle, Missbrauchsaufsicht, Bewertung von Vereinbarungen – die Frage nach der zutreffenden Marktabgrenzung im diesem Bereich. Für diese sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen: Es gibt unterschiedliche Wege des Handels mit Online-Werbeflächen (dazu auch unten 1.), bei denen teilweise unterschiedliche technische Dienstleistungen eine Rolle spielen (dazu unten 2.). Dabei kann auch ein- und dieselbe Dienstleistung von zwei verschiedenen Nachfragergruppen – den Publishern und ihren Vermarktern einerseits sowie den Werbetreibenden und ihren Agenturen andererseits – nachgefragt werden. Unter Umständen können einzelne Dienstleistungen – insbesondere die durch SSPs/AdExchanges oder DSPs im System des PA im engeren Sinne erbrachten – auch als Plattform angesehen werden, mit der Folge, dass hier eine Marktseiten- und Nachfragergruppen-übergreifende Marktabgrenzung in Betracht kommen könnte. Weiter verkompliziert wird die Situation dadurch, dass die technischen Dienstleistungen teilweise mit Werbeflächen gekoppelt angeboten werden; um die mit diesen Werbeflächen einhergehenden Dienstleistungen gibt es dann keinen Wettbewerb (unten 3.). Soweit eine solche Kopplung nicht erfolgt, kommen jedoch gesonderte Märkte um einige Kernfunktionen für den Handel mit nicht suchgebundenen Online-Werbeflächen in Betracht (unten 4.).

1. Kontext

- (38) Online-Werbung wird in der kartellbehördlichen Praxis zunächst unterschieden von Offline-Werbung,¹³ und dann ihrerseits auf einer ersten Ebene weiter unterteilt in suchgebundene und nicht suchgebundene Online-Werbung.¹⁴ Suchgebunden bedeutet dabei: Die Werbung erscheint in Reaktion auf eine Suchanfrage des Nutzers, etwa an eine Internet-Suchmaschine. Der Inhalt der Suchanfrage spielt dann eine wesentliche Rolle dafür, welche Werbung erscheint. Nicht suchgebundene Werbung ist – vereinfacht ausgedrückt – die übrige Online Werbung. Ausnahmen hiervon, d. h. die Bildung nochmals gesonder-

¹³ Vgl. BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, Az. B6-22/16 – *Facebook*, Ziffer 354ff m. w. N.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 151.

¹⁴ Vgl. BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, Az. B6-22/16 – *Facebook*, Ziffer 358; Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 152ff.

ter Teilmärkte, wurden oder werden in der Praxis angedacht für (In-Stream-) Video-Werbung,¹⁵ Rubrikenanzeigen (Classifieds),¹⁶ Werbung auf mobilen Geräten und Social Media-Werbung.¹⁷ Für die Differenzierung von suchgebundener und nicht suchgebundener Werbung gibt es eine Mehrzahl von Gründen. Während suchgebundene Werbung vor allem am Ende des Kaufprozesses zum Einsatz kommt, hat nicht suchgebundene Werbung vor allem am Beginn des Kaufprozesses Bedeutung. Auch spielt suchgebundene Werbung im Rahmen der Generierung und Messung von Conversions, also der Frage, wie viele Besucher sich in der vom Webseitenbetreiber intendierten Weise verhalten (Kauf, Newsletter-Abonnement, Adressangaben, etc.), eine besondere Rolle.

- (39) Insbesondere im Bereich der nicht suchgebundenen Online-Werbung spielen neben dem direkten Absatz entsprechender Werbeflächen durch die Publisher Vermittlungsleistungen im weiteren Sinne, d.h. Dienstleistungen für Publisher und Werbetreibende im Zusammenhang mit der Platzierung von Werbung auf einem Online-Werbeplatz, beim Absatz eine erhebliche Rolle.¹⁸ Solche Vermittlungsleistungen beinhalten zum Einen, die Werbeflächen einer Mehrzahl von Publishern zu bündeln und sie den Nachfragern nach Werbeflächen an einem „single point of contact“ als Angebot zur Verfügung zu stellen.
- (40) Zum Anderen findet im Kontext der Vermittlung vielfach zusätzlich auch eine Aufwertung der Flächen durch Daten statt. Solche Daten – über den Internetnutzer, der Rezipient der

¹⁵ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, Az. B6-94/10, Ziffer 224 - *Amazonas*; die nachgehende Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 8. August 2012, Az. VI Kart 4/11 (V), tendierte zur etwas weiter gefassten Abgrenzung eines Teilmarktes für Online-Video-Werbung; offen gelassen in Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 154.

¹⁶ BKartA, Beschluss vom 22.10.2015, Az. B6-57/15 – *Parship/ElitePartner*, Ziffer 70ff; Freigabeentscheidung (1. Phase) vom 6. Juli 2020, Az. B6-29/20 – *ProSiebenSat.1/The Meet Group*; Freigabeentscheidung (1. Phase) vom 20. April 2015, Az. B6-39/15 – *Immowelt/Immonet*.

¹⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, Az. B6-22/16 – *Facebook*, Ziffer 361f; offen gelassen in Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 154.

¹⁸ Auch bei suchgebundener Online-Werbung gibt es – je nach Verständnis – einen Absatz über Vermittler. Darunter gefasst werden beispielsweise Konstellationen, in denen der Betreiber einer dritten Webseite eine Suchfunktion anbietet und in die Suchergebnisseiten solcherart ausgelöster Suchvorgänge Werbeanzeigen durch einen anderen – in der Regel den Betreiber einer großen Suchmaschine – einbinden lässt. Dafür erhält der dritte Webseitenbetreiber einen Anteil an den so erzielten Werbeeinnahmen des Suchmaschinenbetreibers. Die Europäische Kommission geht von einem separaten Markt für die Vermittlung suchgebundener Online-Werbung aus, der mit Werbenetzwerken für suchgebundene Werbung zusammenfällt, vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 166.

Werbepotschaft auf der jeweiligen Fläche wäre – spielen bei Online-Werbung eine wichtige Rolle. Denn sie erlauben es, eine bestimmte Online-Werbung mit hoher oder zumindest erhöhter Wahrscheinlichkeit nur an solche, nach bestimmten Kriterien eingegrenzten Nutzer auszuliefern, die der Werbetreibende adressieren möchte (granulares Targeting), bzw. umgekehrt jede einzelne Werbefläche an denjenigen zu vergeben, der sich aufgrund der Eigenschaften etc. des sie wahrnehmenden Nutzers den höchsten Nutzen von ihr verspricht und daher die höchste Zahlungsbereitschaft aufweist. Die Daten können aus verschiedenen Quellen kommen, etwa aus der beobachtenden Verfolgung der Nutzer im Internet (User Tracking), aus direkten Eingaben durch diese Nutzer, etwa in ein Profil auf einem sozialen Netzwerk, aus den Kundendatenbeständen des Werbetreibenden oder von Datenhändlern, deren Datenbestände sich wiederum aus einer Vielzahl von Quellen speisen.

- (41) Das Gesamtangebot an Vermittlungsleistungen lässt sich dabei vereinfacht betrachtet in zwei Blöcke untergliedern: Integrierte Vermittlungsangebote und mit dem PA im engeren Sinne ein – zumindest vergleichsweise – offenes Geflecht von Akteuren und Angeboten, die sich rund um digitale Marktplätze (AdExchanges) gruppieren. Auf diesen werden die Werbeflächen meist in Form von Auktionen zwischen angebotsseitigen (SSPs, mittlerweile weitgehend zusammengewachsen mit AdExchanges) und nachfrageseitigen („DSPs“) Softwaresystemen gehandelt, und dies in Echtzeit für jeden einzelnen Werbeplatz (siehe hierzu auch oben Ziffer (25)ff) .
- (42) Aus Sicht des Nachfragers nach Werbeplätzen steht bei integrierten Vermittlungsangeboten der Werbeplatz im Vordergrund. Technische Dienstleistungen rund um den Absatz der Werbeflächen, die Auslieferung der Werbemittel und die Messung und Kontrolle dieser Vorgänge werden allerdings als untrennbarer Teil der Leistung mit angeboten und sind für den Nachfrager als solche auch keineswegs ohne Bedeutung.
- (43) Beim PA im engeren Sinne hingegen kann der Werbeflächen-Nachfrager die technischen Dienstleistungen, häufig auch als AdTech bezeichnet, je nach konkreter Ausgestaltung – grundsätzlich – unabhängig von den Werbeflächen beziehen und auch technische Dienstleistungen verschiedener Anbieter miteinander kombinieren.

2. Wege zum Absatz von Online-Werbeflächen

- (44) Beginnt man die Betrachtung aus der Perspektive von Publishern, so stehen diesen im Kern drei Optionen zur Verfügung, um ihre nicht suchgebundenen Online-Werbeflächen zu veräußern: erstens das Direktgeschäft, zweitens die Vermittlung eher herkömmlicher

Prägung und drittens das Programmatic Advertising im engeren Sinne. Sie können diese drei Möglichkeiten auch kombinieren. Dies geschieht in der Praxis auch und zwar teilweise sogar für unterschiedliche Teile gerade des Werbeflächen-Inventars, das beim einzelnen Aufruf einer Webseite oder App-Oberfläche entsteht. Zudem gibt es „Graubereiche“ in der Abgrenzung zwischen den drei Absatzmöglichkeiten.

a. Technische Determinanten

- (45) Hilfreich zum Verständnis der verschiedenen Möglichkeiten eines Publishers ist es dabei, sich die Vorgänge beim Aufruf einer Webseite durch den Nutzer zu vergegenwärtigen. Stark vereinfacht betrachtet besteht eine typische Webseite heute aus drei Arten von Elementen. Das erste davon ist der eigentliche Inhalt der Seite, z. B. eine Meldung auf einem Nachrichtportal, einschließlich der steuernden Informationen, wie dieser Text zu formatieren ist: Schriftarten und -größen, Schriftfarben, Größe der Ränder etc.¹⁹ Dieser Inhalt wird im Regelfall²⁰ über das Internet von einem anderem Computer als dem des Nutzers, nämlich dem sogenannten Webserver,²¹ abgerufen. Zweitens werden mediale Elemente wie Bilder und Videos in aller Regel gesondert vom Text durch den Browser des Nutzers abgerufen und in die Darstellung eingefügt. Die Datei mit dem eigentlichen Textinhalt der Webseite enthält zumeist nur Verweise hierauf. Diese Verweise müssen auch keineswegs auf Inhalte auf demselben Webserver zeigen, der auch den (Text-) Inhalt der Webseite selber ausliefert, sondern können auf beliebige andere Server im Internet verweisen. Und schließlich enthalten typische Webseiten als Bestandteile heute Computerprogramme,²² oder wiederum Verweise auf solche Programme, die vom Browser ausgeführt werden und die gerade bei interaktiv angelegten Webseiten eine große bis dominierende Rolle spielen. Moderne Web-Browser sind effektiv weit über Programme zur

¹⁹ Technisch gesehen können letztere auch getrennt vom eigentlichen Inhalt gehalten und geladen werden.

²⁰ Technisch zwingend ist das nicht, in den üblichen Nutzungsfällen im offenen Internet aber der Regelfall. Rein technisch können sich beide an der Kommunikation beteiligten Partner aber auch in demselben lokalen Netzwerk (LAN) oder sogar auf demselben Computer befinden.

²¹ Ein Server ist begrifflich zunächst eine Software-Komponente, die einer anderen (dem Client) einen Dienst anbietet. Das kann beispielsweise die Auslieferung einer Webseite sein (Webserver). Erfolgt die Kommunikation zwischen beiden über ein lokales Netzwerk oder über das Internet, so werden meist auch die beteiligten Computer als Server bzw. Client bezeichnet. Physisch kann umgekehrt – je nach Ressourcenbedarf des Dienstes – auch eine Server-Softwarekomponente auf mehreren Computern verteilt laufen, wengleich dies für den Client nicht sichtbar sein muss.

²² Meist als Skripte bezeichnet.

Anzeige formatierter Texte und multimedialer Dokumente hinausgewachsen und stellen letztlich umfangreiche Ausführungsumgebungen für Computerprogramme dar. Die hier zur Verfügung stehenden Möglichkeiten unterscheiden sich daher nicht mehr grundlegend²³ von den Möglichkeiten, die Apps etwa auf mobilen Plattformen zur Verfügung stehen, bei denen letztere ebenfalls Ausführungsumgebungen für Computerprogramme darstellen. Insofern ließen sich heutige Web-Browser mit einer gewissen Berechtigung auch als „Betriebssystem oberhalb des Betriebssystems“ bezeichnen.

- (46) Dies hat Konsequenzen für die Möglichkeiten zur Einbindung von Werbemitteln in die Webseite und erweitert diese beträchtlich bis hin zu dem Spektrum an Optionen, das für eine App besteht.
- (47) Im einfachsten Fall wäre es denkbar, den Anzeigeninhalt fest oder per festem Verweis in die jeweilige Webseite einzubinden, wie sie vom Webserver an den Browser des Nutzers ausgeliefert wird. In ersterem Fall würde jeder Nutzer dieselbe Anzeige sehen. Allerdings werden Webseiten heute in vielen Fällen nicht mehr ein einziges Mal generiert und dann als unveränderliches Dokument für einen längeren Zeitraum auf dem Webserver zum vielfachen Abruf durch die Browser der Nutzer abgelegt und vorgehalten. Stattdessen können sie ihrerseits bei jedem einzelnen Abruf durch einen Nutzer durch ein auf dem Server laufendes Programm aus Einzelteilen dynamisch zusammengesetzt und daher auch auf dem Server bereits individualisiert werden. Auch an dieser Stelle bietet sich daher grundsätzlich eine Option, die eingebundenen Werbemittel für jeden Nutzer zu individualisieren.
- (48) Bei der Einbindung des Werbemittels per Verweis – etwa auf eine Bilddatei mit dem Anzeigenmotiv – besteht allerdings eine noch flexiblere Möglichkeit, für jede Werbeanzeige eine andere Quelle, und auch einen anderen Server als den Webserver der Webseite selbst vorzusehen. Lässt man den Verweis auf einen solchen anderen Server als Quelle zeigen, so wird auch dieser andere Server bei jedem einzelnen Abruf der Webseite vom Browser des Nutzers kontaktiert. Er kann dann bei jedem dieser Kontakte per Programm anhand diverser Kriterien entscheiden, welche Werbung ausgespielt werden soll. Damit ist der Weg bereitet für eine zumindest weitgehend individualisierte Ausspielung der Werbung, und dies in der Umsetzung stark losgelöst vom Betrieb der eigentlichen Webseite. Ein möglicher, und zumindest auch lange Zeit vorherrschender Anwendungsfall dieser Möglichkeiten ist das sogenannte Wasserfall-Modell. In diesem Modell ruft die

²³ Wenngleich in den Detailmöglichkeiten durchaus noch Unterschiede bestehen.

Webseite aus dem Browser des Nutzers heraus den sogenannten Publisher-AdServer des Publishers auf, der neben dem Vorhalten der Werbemittel vielfach auch die Aufgabe hat, eine vom Publisher vorgegebene Vertriebsstrategie für die Werbeflächen umzusetzen. Beim Wasserfall-Modell fragte er dazu anhand einer Prioritätsliste *sequenziell* eine Reihe möglicher Quellen für die Nachfrage nach diesem Werbeplatz ab. Neben auf dem Publisher-AdServer hinterlegten Direktgeschäften zwischen Publisher und einzelnen Werbekunden kommen hierfür etwa Werbebörsen (AdExchanges, siehe unten Ziffer (56)f.) oder Werbenetzwerke (siehe unten Ziffer (53)) in Betracht. Er kann dabei auch Mindestanforderungen an das jeweilige Gebot des Nachfragers nach Werbeflächen, wie etwa Mindestpreise berücksichtigen. Liegt ein Gebot einer Prioritätsklasse vor, das auch die Mindestanforderungen erfüllt, so kommt dieses zum Zuge und nachfolgende Prioritätsklassen werden nicht mehr abgefragt.

- (49) Noch weiter gehende Möglichkeiten bietet der erwähnte Umstand, dass die Webseite auch Programme enthalten kann bzw. solche – auch von anderen Servern – nachladen kann. Denn solche Programme können ihrerseits nicht nur beeinflussen, wie und wann die Werbemittel im Kontext der Webseite dargestellt werden.²⁴ Sie können vielmehr auch Werbemittel von Servern nachladen und dies auch von Berechnungen und Bedingungen abhängig machen. Damit ist der Weg eröffnet zu einer Technik, die als „Header Bidding“ bezeichnet wird.²⁵ Bei diesem neueren Verfahren fragt die Webseite²⁶ selbst bereits in dem Moment, in dem sie in den Browser des Nutzers geladen wird und hinsichtlich ihrer als Computerprogramm ausgestalteten Teile ausgeführt wird, für jeden einzelnen in der Webseite vorgesehenen Werbeplatz *parallel* bei verschiedenen Servern im Internet an, welchen Betrag die über diesen Server erreichbaren Werbetreibenden für die Belegung des Werbeplatzes mit ihrer Werbung jeweils zu zahlen bereit wären. Die aufgerufene Webseite kann daher auch über den Browser des Nutzers eine Auktion jedes einzelnen Werbeplatzes durchführen und den Werbeplatz, ggf. im Zusammenwirken mit dem AdServer des Publishers, der dessen Werbeflächen-Vertriebsstrategie umsetzt, an

²⁴ Dies zeigt sich dem Nutzer etwa an Werbemitteln, die nur vorübergehend eingeblendet werden.

²⁵ Zum Header Bidding siehe etwa <https://onlinemarketing.de/lexikon/definition-header-bidding>; <https://adprofs.co/beginners-guide-to-header-bidding/>.

²⁶ Bei einer Variante des Header Bidding wird dieser Teil des Prozesses wiederum auf einen Server ausgelagert. Das kann einen Nachteil kompensieren, den das ursprüngliche, im Web-Browser des Benutzers ablaufende Header Bidding haben kann: Bedingt durch die Kommunikationsvorgänge mit einer Zahl weiterer Server kann es zu einer merklichen Verzögerung beim Laden der jeweiligen Webseite führen.

den Meistbietenden vergeben oder wahlweise auch nach anderen – ggf. ergänzenden – Kriterien, wie z. B. durch bevorzugtes Berücksichtigen individueller Vereinbarungen des Publishers mit einzelnen Werbetreibenden.

b. Direktgeschäft

- (50) Von den drei eingangs genannten Vermarktungs-Optionen des Publishers ist das Direktgeschäft (direkte Reservierung) die älteste. Sie hat nach wie vor erhebliche Relevanz. Hier schließt der Publisher direkt mit dem Werbekunden oder seiner Agentur das Geschäft über die Werbeflächen ab. Aus Sicht der Publisher hat das verschiedene Vorteile, insbesondere eine größere Planungssicherheit, ein höheres erzielbares Preisniveau und eine bessere Kundenbindung.²⁷ Weiterhin wird angeführt, dass die direkte Reservierung es den Kunden ermögliche, individuelle Kampagnen auszusteuern, die mit Sonderformaten arbeiten und besonders hohen Werbedruck erzeugen sollen, und ein hohes Maß an Kontrolle hinsichtlich des Umfeldes zu erhalten.
- (51) Vom Begriff her muss das Direktgeschäft allerdings nicht zwingend so verstanden werden, dass der Abschluss „händisch“, d. h. durch Interaktionen zwischen natürlichen Personen, geschieht. In der Handelspraxis kommen häufig auch weitgehend oder voll automatisierte Systeme des Publishers zum Einsatz, mit welchen die Kundenseite interagiert. Das gilt gerade für große Publisher wie Google und Facebook, wobei insbesondere bei Google das Direktgeschäft mit eigenem Inventar nur einen Teil – wenn auch einen großen – des über das entsprechende System abgewickelten Werbeflächenvolumens darstellt. Die Abwicklung der abgeschlossenen Geschäfte geschieht dann ebenfalls automatisch. Auch dies ist ein direktes Geschäft zwischen Publisher und Werbeflächennachfrager-Agentur. Durch die stärkere Automatisierung hat es aber möglicherweise weniger Flexibilität im Hinblick auf individuelle Kampagnen und Sonderformate und weist auch im Übrigen gewisse Überschneidungen mit anderen Handelsformen (s. u.) auf, insbesondere soweit die großen Anbieter auch interne Auktionsverfahren anwenden.

c. Vermittlung (eher) herkömmlicher Prägung

- (52) Der Publisher kann sein Inventar aber auch einem Vermittler (eher) herkömmlicher Prägung zur Vermarktung übergeben. Solche Vermittler kennzeichnen insbesondere zwei Merkmale: Einerseits bündeln sie das Inventar einer größeren Zahl von Publishern und bieten es aus einer Hand der Nachfrageseite an. Dies reduziert den Transaktionsaufwand

²⁷ Siehe Antworten auf Frage 3.c des Publisher-Fragebogens.

und kann gerade für kleinere Publisher den Marktzutritt überhaupt erst möglich machen. Zum anderen können Vermittler das Inventar auch aufwerten, indem sie das Targeting über dieses Inventar über zusätzliche Daten verfeinern und damit granularere oder mit höherer Wahrscheinlichkeit bestimmbar Zielgruppen anbieten oder indem sie zusätzliche Dienste anbieten.

- (53) Auch eine Vermittlung muss allerdings aus konzeptioneller Sicht keineswegs „händisch“ erfolgen. Vielmehr können auch bei ihr automatisierte Systeme zum Einsatz kommen und in der Praxis haben solche Angebote auch eine erhebliche Marktrelevanz. Sie werden auch als Werbenetzwerke (Ad Networks) bezeichnet, wobei der Sprachgebrauch etwas variiert in Bezug auf die Frage, ob damit deren Publisher-seitigen Funktionalitäten, die Werbekunden-seitigen oder beide bezeichnet werden. Die bekanntesten dieser automatisierten Systeme sind diejenigen von Google, die Publisher-seitig als AdSense for Content und AdMob, sowie Werbekunden-seitig als Google Ads bezeichnet werden.²⁸
- (54) Die Vermarktung nicht suchgebundener Online-Werbung durch einen dritten Vermittler (Fremdvermarktung)²⁹ wird von den in Deutschland aktiven Publishern auch durchaus eingesetzt. Im Rahmen der Befragung der Publisher haben 63 der insgesamt 74 antwortenden Unternehmen angeben, ihre Werbeplätze teilweise oder vollständig über Dritte vermarkten zu lassen.³⁰ Lediglich elf der antwortenden Unternehmen vermarkten ihr Inventar vollständig selbst. Von den im Rahmen der Sektoruntersuchung befragten großen internationalen Digitalkonzernen Google, Facebook, Microsoft und Amazon hat allerdings nur eines erklärt, einen Teil des eigenen Inventars über Dritte zu vermarkten. Drei der vier Unternehmen haben angegeben, vollständig selbst zu vermarkten. Zumindest bei den mittleren und größeren Publishern bleibt allerdings auch insgesamt der über Fremdvermarktung erwirtschaftete Umsatz erheblich hinter demjenigen aus der Eigenvermarktung zurück und liegt über alle Befragten summiert noch unter 5 % des Umsatzes aus der Eigenvermarktung.³¹ Der relative Umsatzanteil aus der Fremdvermarktung mag aber bei kleinen und kleinsten Publishern auch anders ausfallen.

²⁸ AdMob und Google Ads weisen darüber hinaus auch andere Funktionsbereiche auf.

²⁹ Der Vermittler kann dabei durchaus auch selbst als Publisher tätig sein.

³⁰ Siehe die Antworten auf Frage 1.c des Publisher-Fragebogens.

³¹ Siehe die Antworten auf Frage 1.e des Publisher-Fragebogens; hierbei ist im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Nutzung einer SSP in den Fragebögen als Eigenvermarktung definiert wurde. Diese so verstandene Eigenvermarktung kann durchaus zumindest in Teilen über das PA-System erfolgen. Bei den hier genannten Zahlen ist zudem zu

d. Programmatic Advertising im engeren Sinne

- (55) Schließlich kann der Publisher sein Inventar dem System des Programmatic-Advertising im engeren Sinne (siehe dazu bereits oben Ziffer (28) i. V. m. Ziffer (43)) zur Vermittlung überantworten. Vereinfacht betrachtet treten hier verschiedene automatisierte Systeme Dritter, die miteinander zu einer oder über eine Art von virtuellem Marktplatz verknüpft sind, an die Stelle eines integrierten Vermarkters. Die Abgrenzung zwischen beiden Varianten (integrierte Systeme vs. PA-System im engeren Sinne) weist allerdings durchaus Unschärfen auf. Zudem kann es vorkommen, dass sich nicht nur ein Publisher direkt, sondern auch ein Vermarkter wiederum des PA-Systems bedient. Und schließlich werden Teile des PA-Systems auch verwendet, um als Direktgeschäfte außerhalb des PA-Systems geschlossene Vereinbarungen über Werbeflächen rein technisch umzusetzen.
- (56) Das PA-System im engeren Sinne besteht wie oben unter Ziffer (23)ff. beschrieben an zentraler Stelle aus den Komponenten AdServer, SSP/AdExchange und DSP. Diese übernehmen die Kernfunktionen des Handels mit den Werbeflächen und der Auslieferung der Werbemittel auf diese Flächen.
- (57) Zu diesem Zweck bezieht und nutzt der Publisher³² auf seiner Seite die Leistungen des Publisher-AdServers. Dieser kann nicht nur am Ende des gesamten Vorgangs die Auslieferung jenes Werbemittels übernehmen, das nach dem geschlossenen Vertrag auf der jeweiligen Werbefläche ausgespielt werden soll (soweit es nicht doch vom AdServer des Werbekunden aus ausgespielt wird). Der Publisher-AdServer steuert und optimiert darüber hinaus auch nach den Vorgaben des Publishers die Vermarktung der Werbeflächen. Die einzelne Werbefläche wird dabei in genau dem Augenblick potentiellen Erwerbem angeboten, indem sie de facto entsteht, weil ein Nutzer eine Webseite oder eine App³³

berücksichtigen, dass bei den in der Befragung erhobenen Daten die Zahlen der großen Plattformanbieter und größeren Publisher gegenüber dem Gesamtmarkt überrepräsentiert sind, da der „Long Tail“ kleinerer Publisher aus organisatorischen Gründen im Rahmen einer solchen Befragung nicht vollständig abzubilden war.

³² Zur Vereinfachung der Darstellung wird in den nachfolgenden Absätzen nur der Fall betrachtet, dass der Publisher direkt das PA-System involviert, nicht hingegen der Fall, dass er zunächst einen Vermarkter involviert, der seinerseits wiederum das PA-System einsetzt. Auch auf der Nachfragerseite wird nur der Fall betrachtet, dass der Nachfrager direkt mit dem PA-System interagiert, nicht hingegen der – in der Praxis häufige – Fall, dass eine Media- oder Digitalagentur dies in seinem Auftrag übernimmt.

³³ Der Begriff App meint hier nicht nur mobile Apps auf Smartphones und Tablets. Auch beispielsweise Spiele auf der PC-Plattform können Werbeflächen enthalten und sind letztlich Anwendungen (engl. Applications, kurz: Apps).

mit reserviertem Platz für ein Werbemittel aufruft. Zu diesem Zweck übergibt der Publisher-AdServer sie direkt oder indirekt einer bzw. in der Praxis regelmäßig mehreren sogenannten Supply Side Platforms (SSP) oder AdExchanges,³⁴ deren Leistungen er bezieht. Dafür bezahlt der Publisher regelmäßig ein Entgelt, das auch als Kommission ausgestaltet sein kann. Der AdServer übermittelt zusätzlich auch die für den Publisher verfügbaren Daten über den Nutzer, der die Webseite oder App aufgerufen hat.³⁵ Denn diese Daten werden – ggf. kombiniert mit den Daten weiterer Beteiligter des Systems des Programmatic Advertising – verwendet, um den Nutzer für den Zweck des Handels mit der durch den Aufruf gerade entstehenden Werbefläche mit gewissen Wahrscheinlichkeiten als Mitglied bestimmter Zielgruppen identifizieren zu können. Die SSP/AdExchange bietet die Werbefläche unter Beachtung der vom Publisher vorgegebenen Parameter zur Angebotsstrategie – wie etwa etwaigen Mindestpreisen oder bei beschränktem Bieterkreis den zugelassenen Bietern – der Nachfrageseite an. Diese Nachfrageseite wird idealtypisch von den sogenannten Demand Side Platforms (DSPs) repräsentiert.³⁶ Je nach Geschäftsmodell der SSP/AdExchange kann auch der Zugang der Nachfrageseite zu dem von der SSP/AdExchange vertretenen Werbeflächen-Inventar bepreist sein.³⁷ Die DSP, die von den Nachfragern nach Werbeflächen beauftragt und bezahlt wird,³⁸ gibt unter Beachtung der von den von ihr repräsentierten Nachfragern vorgegebenen Parameter zur Erwerbsstrategie – wie etwa zu Höchstpreisen – ein Gebot ab. Sie berücksichtigt dabei sowohl die von der Publisherseite zur Verfügung gestellten Daten über den Nutzer als auch die auf der Nachfragerseite nach Werbeflächen vorhandenen Daten über diesen Nutzer. Bei der Gebotsabgabe setzt sie Strategien um, die ihrerseits auch von einem vom

³⁴ In jüngerer Zeit sind SSP und AdExchange weitgehend zusammengewachsen, siehe dazu näher unten Ziffer (74)ff. Wenn der Publisher client-seitiges Header Bidding einsetzt, erfolgt die Übergabe technisch gesehen durch ein Programm als Bestandteil der einzelnen Webseite, das vom Browser des Nutzers ausgeführt wird, siehe oben Ziffer (45)ff.

³⁵ Zu diesem Prozess der Datenweitergabe und zu den personenbezogenen Daten, die dabei übertragen werden können siehe beispielsweise den Bericht der britischen Datenschutzbehörde Information Commissioner's Office, Update report into adtech and real time bidding, 20 June 2019, Seite 10ff, verfügbar unter <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-dl191220.pdf>.

³⁶ In der Praxis kann es aber auch der Fall sein, dass sich z. B. ein Werbenetzwerk direkt an eine SSP/AdExchange anschließt.

³⁷ <https://www.businessinsider.com.au/guardian-takes-legal-action-against-rubicon-project-2017-3?r=US&IR=T>.

³⁸ Das Preismodell kann unterschiedlich sein (Grundgebühren, Provisionen, Gebühren für zusätzliche Services etc.).

Nachfrager eingesetzten (und bezahlten) AdServer gesteuert werden können (aber nicht müssen). Dieser sogenannte Advertiser-AdServer dient ferner dazu, die Werbemittel des Werbekunden losgelöst von einzelnen Publishern für eine spätere Auslieferung vorzuhalten. Das abgegebene Gebot wird der SSP/AdExchange übermittelt, die wiederum das Gewinner-Gebot dem Publisher übermittelt.³⁹ In dessen Auftrag entscheidet letztlich der Publisher-AdServer nach ihm vorgegebenen Kriterien, welches Gebot von ggf. mehreren eingeholten den Zuschlag erhält.⁴⁰ Der gesamte Vorgang läuft innerhalb von Millisekunden beim Aufruf der Webseite oder App durch den Nutzer ab. Aus diesem Grund wird – soweit die Werbefläche im Auktionsmodell gehandelt wurde – auch von Real Time Bidding (RTB) bzw. von Echtzeit-Auktionen gesprochen.

- (58) Das offene Auktionsmodell (Open Auction), wie vorstehend beschrieben, ist allerdings nicht das einzige Modell, das von dem beschriebenen technischen System zum Zwecke der Preisfindung oder der Abwicklung eingesetzt werden kann. Im Markt üblich sind auch weitere Formen. Davon haben nach den Markterhebungen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung vor allem zwei noch eine gewisse Bedeutung:⁴¹ Beim Private Deal⁴² kommen über einen privaten Marktplatz nur Geschäfte mit jeweils einem bestimmten Werbepartner zustande. Dabei werden die Konditionen zwischen Publisher und Werbekunden bilateral verhandelt und ein bestimmtes Inventarvolumen garantiert. Dieses Modell ähnelt stark dem direkten Verkauf von Werbeplätzen. Hier erfolgt letztlich nur die technische Abwicklung über die Infrastruktur des PA. Bei der Private Auction⁴³ haben ausgewählte Partner auf der Seite der Werbekunden die Möglichkeit, über einen geschlossenen Marktplatz auf das Werbeinventar zu bieten. Die weitere Form „Unreserved Fixed-Rate“ (Nomenklatur des Branchenverbandes IAB, ansonsten auch als „Preferred Deal“ bezeichnet), wurde in der Markterhebung nur vereinzelt genannt. Diese basiert wie der „Private Deal“ auf vorab verhandelten, festen Preisen, jedoch ohne dass auch das Inventar vorab reserviert wäre.

³⁹ Wenn der Publisher client-seitiges Header Bidding einsetzt, laufen die Gebote über das im Browser des Nutzers laufende Programm als Zwischenstation.

⁴⁰ Der Publisher-AdServer kann dabei auch einem auf ihm hinterlegten Direktgeschäft des Publishers mit einem Werbekunden den Vorrang einräumen.

⁴¹ Siehe Antworten auf Frage 3.a des Publisher-Fragebogens.

⁴² In der Nomenklatur des IAB „Automated Guaranteed“, vgl. https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/06/IAB_Digital_Simplified_Programmatic_Sept_2013.pdf.

⁴³ In der Nomenklatur des IAB „Invitation-Only Auction“.

- (59) Zu den vorgenannten Kernkomponenten für den Handel hinzu kommen noch weitere technische Komponenten, die insbesondere der Datenhaltung und Datenverwaltung über eine sogenannte Data Management Plattform (DMP) sowie der Kontrolle und Messung der ausgelieferten Werbung und ihres Umfeldes dienen. Diese Leistungen können fallweise sowohl von der Publisher-Seite als auch von der Werbekunden-Seite bezogen werden. Die Kontrolle und Messung umfasst insbesondere die Prüfung des Umfeldes der Werbung auf Kompatibilität mit dem angestrebten Image der Marke (Brand Safety),⁴⁴ den Schutz vor Werbebetrug (Anti-Ad-Fraud), die Sichtbarkeitsmessung und die sogenannte Attribution. Die ersten drei genannten Funktionen werden häufig auch unter den Oberbegriff Ad Verification gefasst. Diese Funktionen sind allerdings häufiger auch zusammen mit einer der Kern-Handelsfunktionen in einem Angebot integriert. Methoden der Attribution versuchen einen Bezug zwischen einer Werbemaßnahme, z. B. der Schaltung eines Werbebanners, und einer Handlung des Adressaten, z. B. einem Kauf des beworbenen Produktes oder dem Aufruf einer Webseite mit weitergehenden Informationen zu dem Produkt, herzustellen, und dies im Idealfall über alle Kontaktpunkte (Touchpoints) einer sogenannten Customer Journey hinweg.

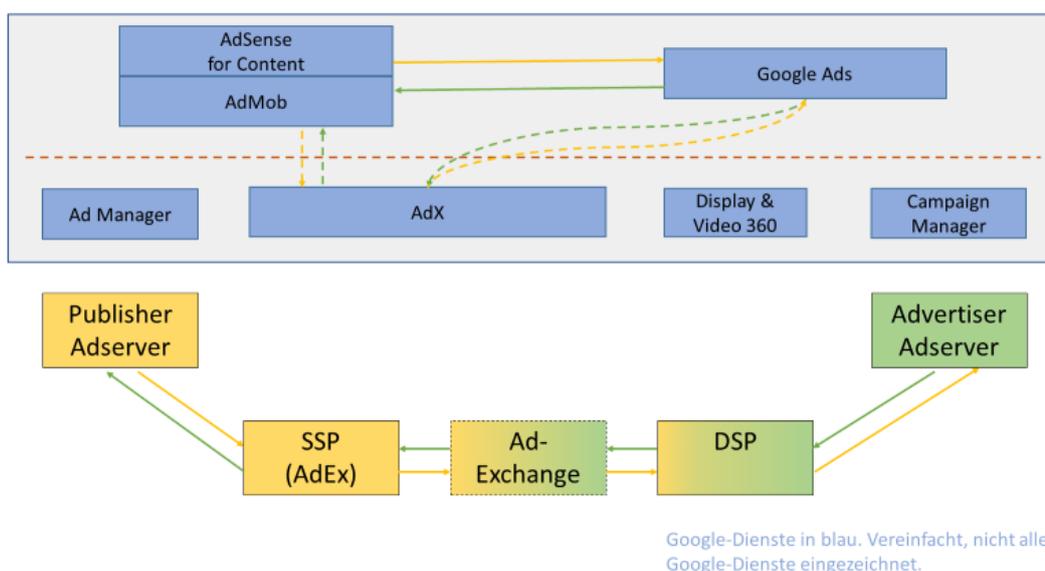
3. Bündel aus technischen Dienstleistungen und Werbeflächen

- (60) Insbesondere mit Blick auf die integrierten Systeme stellt sich weiterhin die Frage nach der Trennung der technischen Dienstleistungen von den mit ihrer Hilfe gehandelten und belegten Werbeflächen. Denn hier werden technische Dienstleistungen als integriertes Angebot zusammen mit solchen Werbeflächen erbracht und abgenommen. Das gilt insbesondere für die integrierten Angebote der großen Plattformanbieter wie Google und Facebook. Die Frage steht aber in etwas anderer Gestalt auch im Raum, soweit etwa Google eigene Werbeflächen im PA-System im engeren Sinne nur über die eigenen Angebote technischer Dienstleistungen zugänglich macht. Dritten hingegen werden die Google-eigenen technischen Dienstleistungen gesondert angeboten.
- (61) So kann der Werbekunde etwa beim integrierten Angebot Google Ads neben suchgebundener Werbung auch nicht suchgebundene Anzeigen im sogenannten Google Display Network buchen.⁴⁵ Solche Anzeigen erscheinen auf Webseiten Dritter, die Google über

⁴⁴ Umgekehrt gibt es im Interesse eines Publishers auch Methoden zur Überprüfung, ob eine zuschaltende Werbeanzeige die Anforderungen des Publishers an Seriosität u. a. erfüllt.

⁴⁵ Siehe https://ads.google.com/intl/de_de/home/campaigns/display-ads/.

dessen Publisher-seitiges Dienstangebot AdSense for Content mit deren Vermarktung beauftragt haben, in mobilen Apps solcher Dritter (das Publisher-seitige Angebot hier ist AdMob),⁴⁶ aber auch auf Google-eigenen Angeboten wie Gmail und YouTube.⁴⁷ Nach eigenen Angaben von Google ist Google Ads allerdings auch mit der Google-eigenen SSP/AdExchange AdX verbunden, so dass auch bestimmte dort angebotene Werbeflächen über Google Ads erworben werden können.⁴⁸ Die folgende Grafik zeigt Google Ads, AdSense for Content und AdMob im Vergleich mit den von Google angebotenen Diensten für das PA-System im engeren Sinne (AdManager, AdX, DV 360, Campaign Manager):



- (62) Im Rahmen der Buchung – die über eine webbasierte Benutzerschnittstelle, insbesondere für Agenturen und große Kunden aber auch über eine Programmierschnittstelle (API) erfolgt⁴⁹ – kann der Kunde Targeting-Kriterien wie etwa demografische Merkmale vorgeben; die Anzeigen selbst werden verauktioniert, und über die durchgeführten Kampagnen erhält der Kunde Auswertungen. Dies bedeutet, an sich technische Dienstleistungen wie Targeting und Messung werden als integrierter Teil einer Gesamtleistung angeboten.

⁴⁶ Siehe <https://support.google.com/google-ads/answer/1722057>.

⁴⁷ Siehe https://ads.google.com/intl/de_de/home/campaigns/video-ads/.

⁴⁸ Google, Antwort auf Frage 2.e des AdTech-Anbieterfragebogens und https://support.google.com/google-ads/answer/2472739?hl=en&ref_topic=3121944.

⁴⁹ Siehe <https://developers.google.com/google-ads/api/docs/start>.

- (63) Ein ähnliches Angebot unterbreitet Meta/Facebook mit dem Werbeanzeigenmanager.⁵⁰ Dieser dient dazu, bezahlte Anzeigen auf Facebook und in Apps⁵¹ von durch Facebook vermarkteten Dritten (diese Dritten bilden das sogenannte Meta Audience Network, MAN) zu buchen. Auch hier erfolgt der Zugang über eine webbasierte Benutzerschnittstelle, alternativ auch über eine App für mobile Geräte oder über die Marketing API⁵², auch hier lassen sich im Rahmen von Anzeigenbuchungen Targeting-Kriterien festlegen, erfolgt Facebook-intern eine Auktion und lassen sich später Auswertungen über laufende und abgeschlossene Kampagnen einsehen.⁵³
- (64) Weitere Anbieter, die Werbung über integrierte Systeme einschließlich von Funktionalitäten für Targeting oder Messung anbieten, sind etwa Twitter⁵⁴ und SnapChat.⁵⁵
- (65) Auch auf der Angebotsseite lassen sich bestimmte Systeme als integrierte Systeme betrachten. Das gilt etwa für die bereits erwähnten, von Google angebotenen Systeme AdSense for Content (AFC) und AdMob, die das Unternehmen ebenfalls als Werbenetzwerke bezeichnet. Beide Angebote bündeln die Werbeflächen verschiedener Publisher – Webseitenbetreiber im Fall von AFC, Anbieter mobiler Apps im Falle von AdMob – und bieten sie im Auktionsmodell der Nachfrageseite an.⁵⁶ Dies erfolgt entweder über Google Ads oder über die Google-eigene AdExchange AdX.⁵⁷
- (66) Im Falle von Facebook erfüllt das MAN eine ähnliche Funktion als Werbenetzwerk, das den Anbietern mobiler Apps die Vermarktung von Werbeflächen in diesen anbietet.⁵⁸
- (67) Jenseits seiner integrierten Angebote verkauft allerdings auch Google, ebenso wie viele andere Anbieter, Werbeflächen über das (weniger in sich geschlossene) System des PA

⁵⁰ S. z.B. unter <https://www.hubspot.de/facebook-marketing>.

⁵¹ Im April 2020 hat Facebook nach eigenen Angaben die bis dahin betriebene Vermarktung auch fremder Webseiten im FAN eingestellt, siehe Facebook, Antwort zu Frage 3.j des AdTech-Anbieterfragebogens.

⁵² https://developers.facebook.com/docs/marketing-apis?locale=de_DE.

⁵³ Zu letzterem Facebook, Antwort auf Frage 3.j des AdTech-Anbieterfragebogens und Ziffer 21f. des zugehörigen Cover Letter.

⁵⁴ Siehe <https://business.twitter.com/de/advertising.html>.

⁵⁵ Siehe <https://forbusiness.snapchat.com/?locale=de-de>.

⁵⁶ Google, Antwort auf Frage 2.d des AdTech-Anbieterfragebogens.

⁵⁷ Google, Antwort auf Frage 2.d des AdTech-Anbieterfragebogens.

⁵⁸ Facebook, Cover Note zur Antwort auf den AdTech-Anbieterfragebogen, Ziffer 19; seit April 2020 vermittelt FAN nicht länger Werbung auf Webseiten.

im engeren Sinne. Das Unternehmen erbringt zudem selber alle wesentlichen Dienstleistungen in diesem System des PA⁵⁹ und ist mit diesen nach dem Ergebnis der Ermittlungen ein besonders wichtiger Anbieter solcher Dienstleistungen (siehe dazu näher unten unter Ziffer (112)ff).

- (68) Allerdings stellt sich auch hier die Frage, inwieweit diese Dienstleistungen getrennt von Werbeflächen betrachtet werden können.
- (69) Denn bestimmte Werbeflächen von Google etwa können programmatisch nur über die eigenen technischen Dienstleistungen von Google erworben werden. Dies trifft nach Angaben von Befragten⁶⁰ insbesondere auf YouTube zu, gilt nach Angaben von Google aber auch für andere „owned and operated“ Werbeflächen des Unternehmens. Diese können automatisiert nur über die Google-eigene DSP DV360 bzw. über Google Ads gebucht werden. Google äußert hierzu, dies sei für große, vertikal integrierte Plattformanbieter marktüblich und verweist auch auf Facebook.⁶¹ In Bezug auf Google wird zudem von mehreren Befragten vorgetragen, Messdienstleistungen Dritter könnten in Verbindung mit dem Werbeflächeninventar dieses Anbieters nur eingeschränkt genutzt werden. Nicht für jeden Messdienstleister werde dies ermöglicht.⁶²
- (70) Vereinzelt findet sich ein solches Vorgehen auch an anderer Stelle. So ist etwa derzeit das ATV-Inventar von ProSiebenSat.1 und RTL programmatisch nur über die mit dem Konzern verbundene DSP von ActiveAgent buchbar,⁶³ das Video-Inventar der ProSiebenSat.1-Vermarktungstochter SevenOneMedia wird nur über die SSP des Konzerns angeboten.⁶⁴
- (71) Auf Seiten der Agenturen hat die Frage, ob technische Dienstleistungen überhaupt gesondert von Werbeflächen bezogen werden, etwas über die Hälfte der Befragten bejaht, der andere Teil verneint.⁶⁵ In beiden Gruppen kam es allerdings fallweise vor, dass die Antwort mit weiteren Antworten inkonsistent war. Als Tendenz zeigte sich jedenfalls

⁵⁹ Antwort von Google auf die Fragen 2.b und 6.a des Fragebogens für AdTech-Anbieter.

⁶⁰ Antworten auf Frage 2.k des Fragebogens für Publisher und auf Frage 2.k des Adtech-Anbieterfragebogens.

⁶¹ Antwort von Google auf die Frage 3.b. des Fragebogens für AdTech-Anbieter.

⁶² Antworten von auf die Fragebögen für Nachfrager und für Publisher.

⁶³ Antwort von ProSiebenSat.1 auf Frage 3.b des Fragebogens für AdTech-Anbieter.

⁶⁴ Antwort von ProSiebenSat.1 auf Frage 3.c des Fragebogens für AdTech-Anbieter.

⁶⁵ Antworten auf Frage 2.f des Fragebogens für Nachfrager.

deutlich, dass kleinere Nachfrager nach Werbeflächen stark zu den integrierten Angeboten neigen, der gesonderte Bezug von technischen Dienstleistungen im Rahmen des PA-Systems im engeren Sinne hingegen eher für größere Nachfrager von Interesse ist. Dies ist tendenziell durchaus konsistent mit der Art, wie beispielsweise Google sein Dienstleistungsangebot nach dem zur Verfügung stehenden Werbebudget und dem Geschäftsradius des Werbetreibenden segmentiert und positioniert.

- (72) Soweit fest integrierte Angebote wie Google Ads und der Facebook Werbeanzeigenmanager technische Dienstleistungen als Bestandteil enthalten, steht in Frage, ob diese Dienstleistungsanteile einem oder mehreren noch näher zu bestimmenden Märkten für technische Dienstleistungen zugerechnet werden können. Zwar ist die Bindung der technischen Dienstleistungen an die Werbeflächen letztlich eine gewillkürte Entscheidung des Anbieters eines solchen Bündels. Technisch notwendig ist dies nicht, selbst wenn die Bündelung – etwa aus Sicht kleinerer Kunden, die sich mit zusätzlichem Aufwand nicht belasten wollen – auch Vorteile beispielsweise beim Handling haben mag. Dies zeigen Anbieter, die beide Varianten – mit Werbeflächen verbundene technische Dienstleistungen und isoliert angebotene – im Portfolio haben. Im Ergebnis ist allerdings aktuell für die auf die fest integrierten Angebote entfallenen Anteile der technischen Dienstleistungen kein Wettbewerb unter den Anbietern solcher Dienstleistungen möglich. Vielmehr determiniert letztlich der Bezug der Werbefläche den Bezug der technischen Dienstleistung.
- (73) Anders könnte sich die Situation in jenen Fällen darstellen, in denen bestimmte Werbeflächen zwar einerseits nur über die technischen Dienstleistungen ein- und desselben Anbieters angeboten werden, dieselben technischen Dienstleistungen andererseits jedoch auch isoliert für die Verwendung zusammen mit Werbeflächen anderer Anbieter angeboten werden. Das gilt etwa für die DSP von Google, über die Werbeflächen auf YouTube und andere Google-Inventare automatisiert exklusiv zugänglich gemacht werden. Im Hinblick auf das Angebot dieser technischen Dienstleistungen für die Verwendung mit anderen Werbeflächen nehmen sie am Wettbewerb mit anderen Dienstleistungen grundsätzlich teil. Es mag zwar sein, dass am Ende die Entscheidung des Werbekunden, die technischen Dienstleistungen eines bestimmten Anbieters A zusammen auch mit Werbeflächen eines anderen Anbieters B zu nutzen, vorgeprägt war, weil der Werbekunde in jedem Fall auch das mit diesen Dienstleistungen gekoppelte Werbeflächen-Inventar des Anbieters A nachfragen möchte und etwa zur Vermeidung zusätzlicher

Transaktionskosten auf die Nutzung von technischen Werbedienstleistungen eines weiteren Anbieters verzichtet. Doch dies hindert den Werbekunden zunächst grundsätzlich nicht, parallel auch technische Dienstleistungen anderer Anbieter zusammen mit Werbeflächen von B zu nutzen. Letzteres kann zwar technischen, administrativen und kostenmäßigen Mehraufwand bedeuten, der im Einzelfall möglicherweise zu der Entscheidung führt, dies doch nicht zu tun. Derartige Wirkungen sind jedoch besser qualitativ in der Bewertung der Marktposition des Anbieters A abzubilden, nicht bereits in den Überlegungen zu in Betracht kommenden Marktabgrenzungen.

4. Abgrenzung nach Kernfunktionen

- (74) Das Befragungsergebnis (siehe im Einzelnen unten Punkte a. bis d.) spricht trotz eher begrenztem Einzelbezug solcher Dienstleistungen dafür, jedenfalls derzeit SSP/AdExchange, DSP und Publisher- sowie Advertiser-AdServer jeweils als eigenständige Aktivitäten zu betrachten, die jeweils eigenen sachlichen Märkte zuzuordnen sein könnten.⁶⁶ Aus der Sicht der Wirtschaftsteilnehmer umfassen diese Angebote – wenn gleich bei Unterschieden im Einzelnen – jeweils einen typischen Kernfunktionskreis mit abgrenzbarem Verwendungszweck und werden im Markt auch als abgrenzbare Funktionseinheiten wahrgenommen und zumindest teilweise auch einzeln gehandelt. Zudem bedienen SSP/AdExchanges und DSP nach dem bisher vorherrschenden Produktverständnis konzeptionell unterschiedliche Marktseiten, auch wenn sie funktionsbedingt mit der jeweils anderen Marktseite interagieren müssen.
- (75) Dass diese Kernleistungen je nach Anbieter mit weiteren Leistungen im Bündel angeboten werden, bei den AdServern beispielsweise insbesondere mit solchen, die in den Bereich AdVerification hineinreichen, schließt eine differenzierte Marktabgrenzung grundsätzlich nicht aus. Der Befund wirft zunächst eher die Frage auf, wie weit der Kreis der von den Leistungen AdServer, DSP und SSP/AdExchange rund um die namensgebende Kernfunktion angebotenen Funktionen typischerweise reicht. Hier spricht einiges dafür, neben den Funktionen zur Steuerung des Vertriebs der Werbeplätze (AdServer für Publisher) bzw. zur Steuerung von Werbekampagnen (AdServer für Advertiser (Werbekun-

⁶⁶ Dies deckt sich auch mit der Praxis der Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 166ff. Die Kommission betrachtet zusätzlich noch einen Markt für Werbenetzwerke, lässt die genaue Marktabgrenzung jedoch offen.

den)) sowie den namensgebenden Funktionen zur Auslieferung der Werbemittel zumindest die Messung von Ad Impressions auch als typische Funktion eines AdServers zu berücksichtigen.

- (76) Beim AdServer spricht weiterhin nach dem Ergebnis der Befragung (siehe dazu unten unter Ziffer (74)ff.) einiges dafür, zwischen Publisher-AdServer und Advertiser-AdServer zu unterscheiden.⁶⁷ Bei prominenten Anbietern werden die entsprechenden Leistungen auch als unterschiedliche Produkte positioniert. So unterscheidet etwa Google zwischen dem Publisher-AdServer unter der Produktbezeichnung Google Ad Manager und dem Advertiser-AdServer unter der Bezeichnung Campaign Manager 360.⁶⁸ Für eine Trennung spricht auch, dass AdServer über die reine Auslieferung der Werbemittel hinaus wie beschrieben häufig strategische Funktionen für die jeweilige Marktseite übernehmen. So offeriert der Google Ad Manager etwa Funktionen für Publisher, um das verfügbare Werbeflächen-Inventar vorherzusagen, den Werbeflächenabsatz über die verschiedenen Kanäle und Käufer zu steuern, Publisher-seitiges Targeting zu ermöglichen, den erzielten Umsatz zu verfolgen und Auswertungen für die Rechnungstellung an Werbekunden durchzuführen.⁶⁹ Auf der anderen Seite bietet der Advertiser-AdServer Campaign-Manager 360 dem Werbekunden Funktionen, um zu entscheiden, welches Anzeigenmotiv an welchen Publisher gesendet wird, Funktionen, um die Performance der Anzeigen über Webseiten und Publisher hinweg zu verfolgen und solche, um ein konsolidiertes Berichtswesen zu ermöglichen.
- (77) Im Rahmen der Befragung sind allerdings einzelne Hinweise darauf gegeben worden, dass die Grenzen zwischen SSP und (Publisher-) AdServer sowie wohl auch zwischen DSP und (Advertiser-) AdServer verwischten. So hat Google vorgetragen,⁷⁰ die Unterscheidung zwischen Publisher-AdServer und SSP berücksichtige nicht die verschiedenen Funktionalitäten, die mittlerweile sowohl das eine als auch das andere Produkt anböte. Dies beziehe sich auf Funktionen für das Management der vorhandenen Werbeflächen und des "incoming ads traffic". Viele Produkte, die als Publisher-AdServer bezeichnet würden,

⁶⁷ Obwohl zumindest fraglich ist, ob die technologischen Unterschiede so groß sind, siehe https://en.wikipedia.org/wiki/Ad_serving. Am ehesten existieren derartige Unterschiede noch bei den strategischen Aufgaben.

⁶⁸ Google, Antwort auf Frage 2.b und auf Frage 3.a des AdTech-Anbieterfragebogens; Auch Meta macht diese Trennung. S. Cover Note zur Antwort, S. 3.

⁶⁹ Google, Antwort auf Frage 2.a des AdTech-Anbieterfragebogens.

⁷⁰ Google, Antwort auf Frage 6.a des AdTech-Anbieterfragebogens.

fänden sich zusätzlich als SSP kategorisiert. Nahezu alle großen Publisher-Ad-serving-Werkzeuge enthielten heute – zumindest in einem gewissen Umfang – SSP-artige Funktionalitäten. Google gibt allerdings auch an,⁷¹ dass die Ad-serving-Funktionalitäten des Google Ad Managers auch separat von den AdExchange-Funktionalitäten des Google-Ad Managers gebucht werden können und die AdExchange-Funktionalitäten auch ohne Nutzung der Ad-serving-Funktionalitäten genutzt werden können (die Google AdExchange AdX ist Teil von Google AdManager (GAM), Google betrachtet dabei SSPs und AdExchanges als mittlerweile zusammengewachsenes Produkt).

- (78) Perspektivisch könnte eine heute sichtbare Entwicklung umgekehrt dazu führen, die Trennung von SSP und DSP zu hinterfragen: Wenn wichtige DSPs sich in der Hand von Anbietern von SSPs befinden, die zugleich Publisher sind (wie dies bei Google, aber auch etwa bei ProSiebenSat.1 der Fall ist), können beim Anbieter Interessenkonflikte entstehen (siehe dazu auch unten Ziffer (214)f.). Eine entsprechende Befürchtung äußerte ein Befragter auch im Rahmen der Agenturbefragung.⁷² Doch sei die Konstellation „beides in derselben Hand“ bei den meisten DSPs der Fall. Eine Ausweitung dieser Situation könnte mittelfristig dazu führen, dass sich DSPs von der Rolle eines „programmierten Agenten der Nachfrager“ weg und stärker hin zu einer Rolle als Schnittstelle der Anbieterseite hin zur Nachfragerseite entwickeln. In gewisser Weise würde sich das System aus SSPs und DSPs damit den bestehenden integrierten Systemen zur Werbeflächenbuchung annähern.
- (79) Bei den Ad Verification-Leistungen ergibt sich bereits in der jetzigen Situation ein deutliches diffuseres Bild. Einerseits werden solche Leistungen z. T. gebündelt mit Kernfunktionen wie dem Ad-serving angeboten. Google geht diesbezüglich noch weiter und trägt vor, in seinem Portfolio würden die Funktionalitäten User-Tracking, Targeting, DMP, Brand Safety und Anti-AdFraud nicht als eigenständige Produkte, sondern nur als Teil anderer Produkte wie des AdServers angeboten.⁷³ Andererseits gibt es sehr wohl gesonderte Angebote solcher Leistungen, wobei diese wiederum z. T. die Einzel-Leistungen Sichtbarkeitsmessung, Brand Safety und Ad-Fraud-Prävention zusammenfassen, z. T. jedoch auch nicht. Solche dritten Leistungen können wiederum aufgrund von Zulassungsbeschränkungen jedenfalls nicht uneingeschränkt mit Kernleistungen von bestimmten

⁷¹ Google, Antwort auf Frage 3.d des AdTech-Anbieterfragebogens.

⁷² Siehe insbesondere Antworten auf die Fragen 2.k. bis 2.s. der Fragebögen für Nachfrager.

⁷³ Google, Antwort zu Frage 6.a des AdTech-Anbieterfragebogens.

großen Anbietern verwendet werden. Ferner wurde von mehreren Marktteilnehmern das Bedürfnis geäußert, diese Leistungen gerade unabhängig von den großen Plattformanbietern zu beziehen, weil sie den Eigenangaben der Plattformanbieter (Plattformanbieter Google ist zugleich der größte AdServer-Betreiber) nicht vertrauen. Dies spricht grundsätzlich dafür, für diese Leistungen einen oder mehrere eigenständige Märkte anzunehmen. In Bezug auf diese letzte Frage nach einem oder mehreren Märkten ist das Bild ebenfalls noch nicht ganz klar: Es gibt Bündelangebote und Bündelbezug insbesondere für die drei Ad Verification-Leistungen (z. B. bei Integral Ad Science) und der Bezug als Bündel erscheint bisher eher vorherrschend, aber Einzelbezug ist zumindest bei einigen Anbietern nicht ausgeschlossen.

(80) Das Marktbild rund um DMPs spricht etwas deutlicher für die Annahme eines eigenen Marktes für diese Leistung, zumindest gegenwärtig noch. Sie ist nach wie vor durchaus gesondert am Markt verfügbar, auch wenn ihre Funktionalitäten zum Teil integriert in andere Leistungen, etwa DSPs, angeboten werden. In der Befragung war eine Tendenz zu verzeichnen, die Bedeutung der DMP als vergleichsweise untergeordnet einzustufen. Es haben sich auch leichte Hinweise auf eine abnehmende Bedeutung dieser Leistung ergeben, aber bei der expliziten Frage nach der Entwicklung der Bedeutung in den kommenden drei Jahren war das Bild weniger eindeutig.

(81) Im Einzelnen haben die Befragungen zur Abgrenzung der einzelnen Leistungen folgende Ergebnisse erbacht:

a. Eigene Kategoriebildung durch die Befragten

(82) Im Rahmen der schriftlichen Befragungen wurden die Adressaten aufgefordert, die technischen Dienstleistungen im Zusammenhang mit nicht suchgebundener Online-Werbung selbst in Kategorien einzuteilen.

(83) Bei den auswertbaren Antworten der Media- und Digitalagenturen zeigte sich hierauf ein gemischtes Antwortbild: Einzelne Antwortende haben im Großen und Ganzen eine Liste an Dienstleistungen wiederholt, die vom Fragebogen für die Beantwortung anderer Fra-

gen, nicht aber für diese Frage vorgegeben war. Diese Liste enthielt die folgenden Kategorien von Dienstleistungen, welche in den Vorermittlungen bzw. in der Literatur genannt worden waren:⁷⁴

- AdServer,
- SSP (der Werbekundenseite nicht als Dienstleistungskategorie angeboten),
- DSP (der Publisherseite nicht als Dienstleistungskategorie angeboten),
- AdExchange,
- User Tracking,
- DMP,
- Targeting,
- Brand Safety-Maßnahmen,
- AdFraud-Prävention,
- Sichtbarkeitsmessung,
- Anti-Adblocking-Maßnahmen (der Werbekundenseite nicht als Dienstleistungskategorie angeboten).

(84) Mehrere antwortende Unternehmen, insbesondere größere, tendierten dazu, Nebenleistungen in das Adservicing hineinzuziehen bzw. Sichtbarkeitsmessung, AdFraud-Prävention und Brand Safety zusammenzufassen (nachfolgend unter dem Begriff Ad Verification). Eine höhere Zahl Antwortender hat einzelne der auf der vorgegebenen Liste genannten Dienstleistungen genannt, ergänzt um einzelne weitere, die dort nicht genannt waren.

(85) In den Antworten auf die entsprechende Befragung von Publishern finden sich grundsätzlich die meisten der vom Fragebogen für die weiteren Fragen vorgegebenen Dienstleistungen regelmäßig wieder. Zusätzliche Nennungen von Dienstleistungen erschienen nur vereinzelt. Allerdings wurde das Header Bidding mehrfach als eigene Dienstleistung genannt; auch Recommendation und Consent Management wurden einige Male als bedeutsame eigenständige Dienstleistungen innerhalb der Wertschöpfungskette Online-Werbung genannt. Insbesondere das Consent Management wurde auch in folgenden Fragen, bei denen dem vorgegebenen Katalog zusätzliche Dienstleistungen hinzugefügt werden konnten, immer wieder gesondert aufgeführt.

⁷⁴ Siehe Vorbemerkungen zu Frage 2 des Fragebogens für Nachfrager und Frage 2.b des Fragebogens für AdTech-Anbieter. Diese Kategorien wurden auch den meisten weiteren Fragen der Fragebögen zu Grunde gelegt.

- (86) Insgesamt unterteilten viele Unternehmen die Wertschöpfungskette etwas weniger detailliert als vom Fragebogen für die weiteren Fragen vorgegeben. Das gilt insbesondere für Technologien wie User Tracking, Reporting, Anti-AdFraud und Measurement, die offenbar zumindest teilweise als weniger wichtig sowie teilweise eher als Teil der anderen Dienstleistungen wahrgenommen werden. Dies ist tendenziell konsistent mit den Antworten der Agenturbefragung.
- (87) Von den auswertbaren Antworten der Befragung von AdTech-Anbietern hat die deutliche Mehrheit (30 von 41 antwortenden Unternehmen) jedenfalls SSP, DSP und AdServer unterschieden. Das gilt im Wesentlichen auch für AdEx, wobei allerdings mehrere Befragte Hinweise darauf gegeben haben, dass SSP und AdEx zusammengewachsen seien. Die weiteren Dienstleistungen wurden von großen Teilen dieser Gruppe genannt, wobei die Messdienstleistungen, Brand Safety-Dienstleistungen und Anti-Fraud-Dienstleistungen z. T. aber zusammengefasst wurden. Eine Befragte gab auch explizit an, dass Leistungen wie Sichtbarkeitsmessung, Anti-Fraud, Brand Safety in der Praxis Funktionen eines Kernangebotes wie AdServer oder DSP seien. Eine Einzelstimme sah AdServer und DMP als möglichen Teil einer DSP. Mehrere Befragte unterschieden beim AdServer von sich aus zwischen Publisher-AdServer und Werbekunden-AdServer. Einige weitere Dienstleistungen wurden vereinzelt genannt, unter anderem Dynamic Creative Optimization (DCO) und Header Bidding.

b. Sicht der Befragten auf die der Befragung zu Grunde gelegten Funktions-/Dienstleistungskategorien

- (88) Die von der Beschlussabteilung vorgegebenen elf funktionalen Kategorien wurden einerseits von den Befragten mit wenigen Ausnahmen nicht in Frage gestellt. Von der bei fast allen Fragen gebotenen Möglichkeit, ergänzende Leistungen zu nennen, wurde kaum Gebrauch gemacht. Die hier bei der Befragung von AdTech-Anbietern noch am häufigsten genannten Leistungen waren Attribution (drei Nennungen) und Header Bidding (zwei Nennungen).
- (89) Zu den Ausnahmen gehört die Frage, ob tatsächlich noch eine Trennung der Funktionen von SSP und AdExchange besteht. Hier haben im Rahmen der Anbieterbefragung mehrere, allerdings bei weitem nicht alle Befragten zunächst schon von sich aus darauf hin-

gewiesen, dass sie ein Zusammenwachsen dieser Funktionen sehen oder dies gar als bereits erfolgt ansehen.⁷⁵ Vereinzelt erfolgte ein solcher aktiver Hinweis auch im Rahmen der Publisherbefragung.⁷⁶ Auf die explizite Frage an die Anbieter einer SSP, ob sie einen Trend zum Zusammenwachsen von SSP und AdExchange wahrnehmen,⁷⁷ antworteten zehn Befragte mit „ja“, zuzüglich Googles, das angab nicht mehr zwischen SSP und AdExchange zu unterscheiden, und drei Befragte mit „nein“. Zum Ausmaß des Zusammenwachsens wurde von fünf der bejahenden Befragten angeführt, dieses sei bereits (sehr) weit gehend, drei andere sahen sinngemäß ein jedenfalls fortschreitendes Zusammenwachsen. Als Gründe für das Zusammenwachsen wurden unterschiedliche genannt, darunter eine Angleichung der Funktionalitäten sowie eine bessere Auslastung der Werbeflächen. Dieselbe Frage wurde auch den Anbietern einer AdExchange gestellt.⁷⁸ Soweit sie die Frage nicht bereits in ihrer Eigenschaft als Anbieter einer SSP beantwortet hatten, bejahten zwei Befragte die Frage in diesem Fall, während drei sie verneinten. Ein Unternehmen vertrat hierzu die Auffassung, das Zusammenwachsen sei Ausdruck eines generellen Trends welcher den (funktional) fragmentierten AdTech-Stack perspektivisch durch eine bloße Zweiteilung der Angebote in Werkzeuge für Publisher und Werkzeuge für Werbekunden ersetzen werde.⁷⁹

- (90) Eine weitere Ausnahme bildet unter Umständen auch die verbreitete Trennung der Dienstleistungen eines AdServers in Publisher-AdServer und Advertiser-AdServer. Eine solche Trennung haben mehrere, aber wiederum bei weitem nicht alle Befragte der Anbieterbefragung bereits von sich aus vorgenommen.⁸⁰ In die entsprechende Richtung weisen auch die Ergebnisse der Anbieterbefragung.⁸¹ Auf die explizite Frage an die Anbieter eines AdServers, in welchem Umfang ihr Server von den beiden Marktseiten jeweils genutzt werde, antworteten elf Befragte, die Nutzung erfolge (fast) ausschließlich durch die eine oder die andere Marktseite. Weitere sieben Befragte gaben die überwiegende

⁷⁵ Antworten auf Frage 2.a. des Anbieterfragebogens.

⁷⁶ Antwort von auf Frage 2.j. des Publisherfragebogens: Man gehe davon aus, dass eine AdExchange eine SSP ist, die zusätzlich einen Marktplatz und damit einen direkten Zugang zur Nachfrageseite anbiete.

⁷⁷ Frage 3.c des Anbieterfragebogens.

⁷⁸ Frage 3.d des Anbieterfragebogens.

⁷⁹ Google, Antwort auf Frage 3.d des Adtech-Anbieterfragebogens.

⁸⁰ Antworten auf Frage 2.a des Anbieterfragebogens.

⁸¹ Frage 3.a des Anbieterfragebogens.

Nutzung durch eine der beiden Marktseiten an, sechs Befragte meldeten eine (in etwa) gleichgewichtige Nutzung. Vereinzelt gab es im Rahmen der Agenturbefragung Hinweise darauf, dass Funktionen des (Advertiser-) Adservings in die DSP abwanderten.

- (91) Zu den Ausnahmen gehört schließlich unter Umständen noch das Targeting. Einige Befragte haben bei anderer Gelegenheit⁸² im Rahmen des Fragebogens darauf hingewiesen, das Targeting erfolge im Rahmen des AdServers, daher könne der Anbieter nur im Rahmen eines Wechsels des AdServers gewechselt werden. Auch an anderer Stelle⁸³ wurde von mehreren Befragten ausgeführt, Targeting-Dienstleistungen seien eher ein Zusatz- oder Unter-Produkt von AdServern oder SSPs, so dass die Nutzung externer Dienstleistungen mit Schwierigkeiten verbunden sei.

c. Bei (von Werbeflächen gesondertem) Bezug: Ausmaß des Bündelbezugs und davon betroffene Dienstleistungen

- (92) Es lässt sich als Ergebnis der Befragung der Marktteilnehmer feststellen, dass der Bezug mehr als einer der o. g., von der Beschlussabteilung vorgegebenen Funktionen im Bündel mit weiteren Funktionen in der Praxis durchaus eine erhebliche Rolle spielt:
- (93) Der bei der Agenturbefragung im Hinblick auf die Herkunft und die Zusammensetzung des bezogenen Bündels meistgenannte Anbieter ist Google.⁸⁴ Soweit bei Google bezogen wird, werden im Durchschnitt 6,8 von 9 der dieser Gruppe zur Auswahl angebotenen Dienstleistungsfunktionen bezogen. Die AdServer-Funktionalität wird dabei in 23 von 24 Fällen bezogen. An Gründen für den Bündelbezug bei Google nannten einzelne Befragte – aber nicht die Mehrheit der Google-Bündelbezieher – technische Vorteile des Bündelbezugs (Kompatibilitätsvorteile, besser funktionierendes Cookie-Matching);⁸⁵ einzelne andere Befragte auch allgemeiner eine einfachere Abwicklung oder (als Agentur), dass

⁸² Frage 2.n des Publisher-Fragebogens.

⁸³ Frage 2.o des Publisher-Fragebogens.

⁸⁴ Siehe Antworten auf Frage 2.i der Fragebögen für Nachfrager.

⁸⁵ Zusammenführung verschiedener Identifizierer, die sich auf ein- und denselben Nutzer oder sein Gerät beziehen, und der mit ihnen jeweils verknüpften Daten. Die Identifizierer sind dabei in Cookies abgelegt. Ein solches Matching ist erforderlich, weil verschiedene Cookie-Verwender aus technischen Gründen in der Regel nicht direkt auf das Cookie des jeweils anderen zugreifen können und daher zunächst jeweils eigene Identifizierer für einen Nutzer setzen und in einem von ihnen gesetzten Cookie speichern.

man dem Kundenwunsch folge. Vereinzelt erwähnt wurde auch, dass die Dienstleistungen als Bündel angeboten würden bzw. die angebotene Verknüpfung mit der Google-Suchwortwerbung.

- (94) Im Hinblick auf AdVerification-Leistungen (Sichtbarkeitsmessung, Brand Safety und Anti-Ad-Fraud) wurde häufiger ein Bündelbezug genannt. An Gründen hierfür wurden angeführt, dass der Bündelbezug das Handling vereinfache sowie dass die beauftragte Agentur damit dem Kundenwunsch folge; ein Kunde erwähnte, dass die AdVerification-Leistungen ohne gesonderte Bepreisung inkludiert seien. Einige Anbieter positionieren ihr Angebot als integrierte Dienstleistungen. Dementsprechend wiesen mehrere Befragte darauf hin, dass bestimmte Anbieter die drei Ad Verification-Leistungen nur im Bündel anböten, oder zumindest darauf, dass zwischen ihnen ein enger sachlicher Zusammenhang bestehe. Entsprechend wurden die oben genannten Verification-Leistungen von den befragten Unternehmen ganz überwiegend im Bündel von einem Anbieter bezogen. Dieses Bild korrespondiert mit dem Ergebnis aus der AdTech-Anbieterbefragung. Im Rahmen dieser Befragung war bei den Anbietern erhoben worden, ob sie die angebotenen Leistungen jeweils nur einzeln, wahlweise einzeln oder im Bündel oder nur im Bündel mit anderen Dienstleistungen anbieten. Für die drei AdVerification-Leistungen zeigte sich hier ein deutlicher Trend, diese nur im Bündel mit anderen Dienstleistungen anzubieten.⁸⁶ Ähnliches gilt auch für die Leistungen Tracking und Targeting.
- (95) Im Rahmen der Publisherbefragung gaben von den insgesamt 70 antwortenden Unternehmen 53 an, mindestens ein Bündel technischer Dienstleistungen im Bereich der Online-Werbung zu beziehen. 17 Unternehmen gaben an, kein entsprechendes Dienstleistungs-Bündel zu beziehen. Unter den angegebenen Anbietern liegt Google mit 29 Nennungen mit Abstand an der Spitze, gefolgt von Ströer mit 16 Nennungen. Alle anderen genannten Anbieter sind weit abgeschlagen. Auf dem dritten Platz folgt ProSiebenSat.1 mit sieben Nennungen. Weiterhin ist festzustellen, dass insgesamt der AdServer die deutlich am häufigsten im Rahmen von Bündeln bezogene Dienstleistung ist. Dies ist konsistent mit dem Befund aus der Agenturbefragung. Ebenfalls häufig als Teil eines Bündels werden SSP, AdExchange und Targeting bezogen. Eher selten in einem Bündel werden hingegen DMP und andere Dienstleistungen eingekauft. Als sonstige im Rahmen eines

⁸⁶ Antworten auf Frage 2.f der AdTech-Anbieterbefragung.

Bündels bezogene Dienstleistungen werden u.a. Header Bidding/Exchange Bidding (Header Bidding-Lösung von Google), DSP, Consent Management und Ad Verification genannt.

d. Kontrastierend: Einzelbezug von technischen Dienstleistungen, Umfang und Gründe

- (96) Zumindest in einem begrenzten Umfang gibt es allerdings sehr wohl einen Einzelbezug technischer Dienstleistungen. Das haben sowohl die Agenturbefragung als auch die Publisherbefragung ergeben. Der Einzelbezug ist tendenziell für größere Nachfrager nach Werbeflächen relevant.
- (97) Im Rahmen der Agenturbefragung⁸⁷ haben einzelne Befragte einen isolierten Bezug eines AdServers angegeben. Tendenziell waren dies eher die größeren Agenturgruppen. Als Motivation für den Bezug wurde von Agenturen häufiger ein Kundenwunsch genannt, in einzelnen Fällen auch bestimmte technische Features.
- (98) Auch in Bezug auf DSPs haben im Rahmen der Agenturbefragung⁸⁸ einzelne Befragte einen isolierten Bezug einer solchen angegeben. Tendenziell waren dies auch hier eher die größeren Agenturgruppen. Als Motivation wurden für den Bezug häufig technische Vorteile angegeben. In fünf Fällen wurde darauf hingewiesen, dass nicht über jede DSP jedes Inventar bezogen werden könne (in zwei davon wurde YouTube als Beispiel genannt, es ist daher davon auszugehen, dass die entsprechenden Befragten primär eine andere DSP als diejenige von Google verwenden (wollen)).
- (99) Im Rahmen der Publisherbefragung zeigen die Antworten insgesamt ebenfalls, dass vor allem größere in der Befragung vertretene Unternehmen, und hiervon durchaus einige, zusätzliche Dienstleistungen aus dem AdTech-Stack auch jenseits von Bündeln hinzukaufeten. Für kleinere Unternehmen gilt das weniger (dies deckt sich tendenziell mit dem Befund der Agenturbefragung und der dort festgestellten Neigung kleinerer Nachfrager zum Bezug insgesamt integrierter Angebote, d. h. Bündel einschließlich Werbeflächen).
- (100) Besonders häufig werden zusätzliche SSPs genutzt (das antworteten 20 der insgesamt 77 in die Auswertung einbezogenen Unternehmen).⁸⁹ Hier wird eine Reihe verschiedener

⁸⁷ Frage 2.k der Fragebögen für Nachfrager.

⁸⁸ Frage 2.q der Fragebögen für Nachfrager.

⁸⁹ Hierzu und im Folgenden vgl. Frage 2e. der Fragebögen für Anbieter.

Anbieter genannt. Zu den häufiger genannten Anbietern zählen hier Yieldlab (zu Virtual Minds und damit zum Konzern ProSiebenSat.1 gehörig) und Xandr (zu Microsoft gehörig).

- (101) Auch AdServer werden mit insgesamt elf Nennungen durchaus als Dienstleistung genannt, die jenseits bezogener Bündel als einzelne Dienstleistung bezogen wird. Allerdings ist dabei festzuhalten, dass auch hier Google mit sechs der elf Nennungen dominiert.

II. Gesichtspunkte zur räumlichen Marktabgrenzung

- (102) In räumlicher Hinsicht spricht eine Betrachtung der technischen und rechtlichen Umstände des Angebots an sich für zumindest EU- oder EWR-weite,⁹⁰ wenn nicht sogar noch weiter gefasste Märkte für AdTech. Allerdings erscheint es möglich, dass die in der Regel nationale oder maximal an Sprachraumgrenzen entlang verlaufende Abgrenzung der Märkte für die Werbeflächen selbst auf einige der Kern-Handelsfunktionen ausgreift. Dies lässt sich auf der derzeitigen Informationsbasis jedoch nicht abschließend entscheiden.
- (103) In technischer Hinsicht spricht zunächst grundsätzlich nichts gegen ein weltweites Angebot von und eine weltweite Nachfrage nach technischen Dienstleistungen für nicht suchgebundene Online-Werbung. In der Regel handelt es sich bei diesen Dienstleistungen um Software-as-a-Service (SaaS), bei der die Hauptkomponente auf einem Server ausgeführt wird, während ggf. eine weitere Komponente – ebenfalls durch Server ausgeliefert oder von einem Server heruntergeladen – in Webseiten oder mobile Apps eingebunden wird. Da die Verbindungen zum Server über das Internet erfolgen, ist der physische Standort des Servers und seines Betreibers zunächst ohne Belang. Möglich ist allenfalls – im Umfeld von Echtzeit-Auktionen innerhalb sehr kurzer Zeiträume, wie sie bei PA im engeren Sinne stattfinden – dass Paketlaufzeiten im Datenverkehr eine Rolle spielen. Dann könnte eine (netz-) geografische Nähe der Server zum Faktor werden. Ausgeglichen werden könnte dies allerdings u. U. durch eine gewisse geografische Verteilung mehrerer Server, für die u. U. auch auf Cloud-Dienstleister zurückgegriffen werden kann. Nähere Informationen aus der Befragung zu diesem Thema liegen nicht vor. Im Rahmen der Markterhebungen haben rund 85% der antwortenden AdTech-Anbieter angegeben, dass sich ihr Angebot an technischen Dienstleistungen für nicht suchgebundene Online-Werbung in

⁹⁰ So (EWR-weit) zuletzt auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 173.

Deutschland nicht von dem in anderen Ländern unterscheidet.⁹¹ Auf die Frage, in welchen Regionen sie ihre Dienstleistungen anbieten, hat über alle Dienstleistungen hinweg eine knappe bis deutliche Mehrheit jeweils angegeben, dies erfolge weltweit.⁹²

- (104) Vereinzelt wurde auf Preisunterschiede hingewiesen. Vereinzelt wurde auch darauf hingewiesen, dass es durch die DSGVO bei datenbezogenen Dienstleistungen, etwa bei Targeting-Segmenten, zu Unterschieden kommen kann. Jedenfalls größere Anbieter können jedoch die Differenzierung intern implementieren und eine solche führt daher zumindest nicht zwingend zu signifikanten Unterschieden in der Anbieterstruktur in den unterschiedlichen Regionen.
- (105) Denkbar wäre allerdings, dass insbesondere bei den direkt für den Handel relevanten Dienstleistungen – SSP/AdExchange und DSP – die Verfügbarkeit von einem in bestimmter Weise geografisch verorteten Inventar oder von einer in bestimmter Weise geografisch verorteten Nachfrage nach Werbeplätzen eine Rolle für die Auswahl der technischen Dienstleistung spielt. Dies hat seinen Hintergrund in den Märkten für die gehandelten Werbeflächen selbst. Jene werden in der kartellrechtlichen Praxis national oder entlang von Sprachraumgrenzen abgegrenzt.⁹³ Dafür wiederum ist ursächlich, dass Werbung eine Form der Kommunikation ist, die von Sprache, kulturellen Besonderheiten und ggf. landesspezifischen rechtlichen Vorgaben bestimmt wird. Zwar ist im Bereich der Online-Werbung die Nutzung einer Werbefläche vom Umfeld – etwa der Frage, ob sich um eine deutsche oder um eine französische Nachrichtenseite handelt – an sich weitgehend entkoppelt (siehe dazu oben Ziffer (16)ff.). Für mediale Träger von Werbeflächen gilt jedoch weiterhin, dass sie – und damit auch die dort eingebettete Werbung – jedenfalls weitgehend nur von denjenigen wahrgenommen werden, die der entsprechenden Sprache mächtig sind und ein Interesse an dem Berichtsgebiet haben. Für einen Werbekunden, der Werbung an Rezipienten mit Sitz in Deutschland ausspielen wollte, wäre eine DSP nicht nützlich, über die gerade die Inventare, deren Träger von Nutzern in Deutschland angesteuert werden, nicht verfügbar sind. Umgekehrt gälte das Gleiche für einen Publisher, dessen Werbeträger sich speziell an Rezipienten in Deutschland richten. Auf die grundsätzliche Relevanz der Überlegung deuten einzelne Stimmen hin, die darauf hingewiesen haben, dass etwa die Verfügbarkeit der marktrelevanten Nachfrage von

⁹¹ Antworten auf Frage 2.j des Anbieterfragebogens.

⁹² Antworten auf Frage 2.h des AdTech-Anbieterfragebogens.

⁹³ s. zuletzt COMP/M.9660 – *Google/Fitbit*, Rn. 158 ff.

Google für Publisher ein Faktor bei der Auswahl einer technischen Dienstleistung sein kann. Allerdings hat die Befragung bisher keine Hinweise ergeben, dass dies hinsichtlich einer geografisch verorteten Nachfrage oder eines geografisch verorteten Werbeflächen-Angebotes tatsächlich auch eine Rolle spielt. Möglicherweise wirken hier die Existenz und Marktbedeutung großer, länderübergreifend tätiger Publisher sowie SSP/AdExchanges mit jeweils diversen daran angeschlossenen Anbietern und Nachfragern nach Werbeflächen als ausgleichender Faktor.

C. Anbieterstruktur und Marktpositionen, weitere Marktmerkmale und Rolle von PA in der Perspektive

- (106) Die folgenden Ausführungen in diesem und den folgenden Kapiteln sollten nicht als eine abschließende Bewertung der Marktpositionen bestimmter Marktteilnehmer oder einzelner Handlungen bestimmter Marktteilnehmer aus wettbewerbsrechtlicher Sicht verstanden werden – dies bleibt etwaigen Einzelverfahren vorbehalten. Vielmehr liegt der Fokus auf der Beschreibung von Marktgegebenheiten in einem dynamischen Marktumfeld und der Identifikation von Mustern, die eine vertiefte Analyse nahelegen könnten. Analysiert man unter dieser Prämisse die Marktbedeutung relevanter Unternehmen auf den unterschiedlichen Märkten für AdTech-Dienstleistungen aus einem jeweils hypothetisch räumlich auf Deutschland beschränkten Blickwinkel und geht dabei zunächst von den unter B. diskutierten möglichen Marktabgrenzungen aus, so zeigt sich: Google nimmt auf allen betrachteten Märkten eine führende Position ein und ist insbesondere auf den Märkten für AdServer und SSP/AdExchanges der bei weitem bedeutendste Anbieter (dazu unten I.). Die anderen Anbieter sind regelmäßig deutlich bis sehr deutlich schwächer. Die Eigenerbringung von technischen Dienstleistungen durch die Nachfrager spielt eine untergeordnete Rolle, und kann kaum dazu beitragen, wettbewerbliche Spielräume führender AdTech-Anbieter einzuschränken.
- (107) Begibt man sich auf die Suche nach möglichen Gründen für diesen Befund, so ist zunächst folgendes zu konstatieren: Technisch wäre es grundsätzlich möglich, die AdTech-Leistungen verschiedener Anbieter auf allen Stufen der Wertschöpfungskette miteinander zu nutzen und zu kombinieren (unten II.1.a.).
- (108) Tatsächlich aber lassen sich einige Marktfaktoren benennen, die einer unbeschränkten Nutzung von AdTech-Leistungen unterschiedlicher Anbieter entgegenstehen können und so zu einer Absicherung der Marktposition von führenden Anbietern von AdTech-Dienstleistungen, insbesondere der Position des Anbieters Google, beitragen können (unten II.1.b.). Diese Marktfaktoren sind insbesondere (i.) erstens die Präsenz von bestimmten Anbietern in nahezu allen relevanten Stufen der Wertschöpfungskette Online-Werbung, im Falle von Google auch regelmäßig in führender Position, (ii.) die Kontrolle über wichtiges Werbeinventar durch Anbieter von AdTech-Dienstleistungen, (iii.) die Kontrolle über bedeutsame und möglicherweise einzigartige Targeting-Daten durch einzelne Anbieter von AdTech-Dienstleistungen, und (iv.) die Möglichkeit zur Einflussnahme auf das

technische Umfeld, in dem Wettbewerber bei Angebot von Werbeflächen und AdTech operieren müssen (am Beispiel AMP).

- (109) Jenseits der Fragen um mögliche Gründe für die besondere Position Googles existiert ferner eine Diskussion um möglicherweise mangelnde Transparenz im System des Programmatic Advertising und die möglichen Implikationen (dazu unten II.1.c.).
- (110) Von Relevanz für das Funktionieren des Marktes können ferner bestimmte Interessenkonflikte sein, die durch die vertikale Integration von Anbietern in der Wertschöpfungskette der Online-Werbung entstehen können (dazu unten II.2.a.). Das betrifft beispielsweise Fälle, in denen Unternehmen, die in erheblichem Umfang als Publisher, also als Anbieter von Werbeflächen, auftreten, gleichzeitig als Agent für Werbekunden aktiv sind, indem sie etwa eine DSP betreiben. Eine weitere potentielle Problemkonstellation ist jene, in der ein bedeutender Publisher eine wesentliche Rolle bei der Vermarktung von Werbeflächen Dritter spielt (unten II.2.b.).
- (111) Die heute beobachtbaren und diskutierten Mechanismen auf den in Betracht kommenden AdTech-Märkten müssen schließlich (dazu unten II.3) in den Kontext der wahrscheinlichen weiteren Entwicklung des PA gestellt werden: Dessen Bedeutung wird nach Einschätzung nahezu aller Befragten weiter steigen.

I. Ist-Befund: Nachfrageverhalten und Marktanteile

1. Feststellbare Positionen einzelner Anbieter anhand unterschiedlicher Metriken

- (112) Vergleicht man die Position einzelner Anbieter von AdTech anhand der Metriken Absatzmenge und Umsatzwert dieser Menge, so zeigt sich sehr deutlich die herausgehobene Rolle des Anbieters Google. Auch wenn der räumlich relevante Markt auf der Basis der vorstehenden Überlegungen vermutlich weiter abzugrenzen wäre, so erweist sich das Unternehmen aus inländischer Perspektive nach diesen Metriken als bei allen Kernleistungen führend, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß. Zwar konnten im Rahmen der Markterhebung nicht alle Anbieter erfasst werden. Aus den Antworten zum Bezugsverhalten in den Abnehmerbefragungen und aus dem Quervergleich mit den Ergebnissen der Untersuchungen der englischen CMA, der spanischen CNMC, der australischen ACCC und der japanischen JFTC lässt sich jedoch ableiten, dass jedenfalls aus der Sicht der inländischen Kunden nahezu alle wichtigeren Anbieter erfasst wurden. Für die übrigen und

für die jeweiligen relativen Positionierungen aller lässt sich daher eine qualifizierte Abschätzung vornehmen.

- (113) Es kann dabei im Wesentlichen offenbleiben, welchen der beiden vorgenannten Metriken hier die höhere Aussagekraft zukommt. Häufig wird zwar in der Kartellrechtspraxis primär der Umsatz zur Bestimmung einer Marktposition herangezogen.⁹⁴ Im Bereich AdTech dürfte allerdings eines gegen eine vorrangige Betrachtung des Umsatzes mit den Dienstleistungen selbst sprechen: Viele Anbieter von AdTech sind bei mehr als einer technischen Dienstleistung aktiv und bieten diese Leistungen teilweise im Verbund an. Einige Unternehmen sind zudem als Anbieter von Werbeflächen selbst aktiv und es besteht daher die Möglichkeit, dass sie AdTech-Leistungen auch als Mittel zum Absatz ihrer Werbeflächen betrachten und einsetzen – mit Rückwirkungen auf die Preissetzung. Die Zuordnungen von Umsätzen zu einzelnen Leistungen erscheint daher häufig mit Zweifeln behaftet. Als Alternative und Mengenmaß bietet sich daher im Bereich des Programmatic Advertising im engeren Sinne, wo gerade einzelne Werbeflächen in Echtzeit gehandelt werden, die einzelne Ad Impression an. Ergänzend kann bei den eigentlichen Handelsdienstleistungen SSP/AdExchange und DSP der vermittelte Werbeflächenumsatz betrachtet werden.

a. Publisher-AdServer

- (114) Betrachtet man die Positionen aus Sicht der auf Deutschland bezogenen Anbieter von Werbeflächen, so führt das Angebot Google Ad Manager nach den vorliegenden Antworten von Befragten mit einem sehr deutlichen Vorsprung. Stellt man wie oben erläutert auf die über den AdServer abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland im Jahr 2019 ab, so liegt es nach dieser Metrik um ein Vielfaches vor den nächsten Anbietern.

Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	80% - 100%
Alle anderen Anbieter (Smart AdServer, Xandr u. a.)	Jeweils 0% - 20%

⁹⁴ BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Tz. 28, verfügbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.html>.

Dieses Gesamtbild deckt sich in den wesentlichen Zügen mit den Ergebnissen der Untersuchungen der britischen CMA, der australischen ACCC, der spanischen CNMC, der japanischen JFTC⁹⁵ sowie mit den Ergebnissen der französischen Autorité de la Concurrence im jüngst entschiedenen Fall Google/Praktiken im Bereich Online-Werbung.⁹⁶

- (115) Das Bild aus der Anbieterbefragung findet sich ferner in wesentlichen Zügen auch in der Befragung der (im Wesentlichen inländischen) Publisher. Bei dieser Befragung ist unabhängig von der Frage des Bündel- oder Einzelbezugs erhoben worden, welche Dienstleistungen von welchem Anbieter bezogen werden. In Bezug auf den AdServer führte Google dabei mit deutlichem Abstand mit 39 Nennungen bei insgesamt 57 antwortenden Unternehmen (Mehrfachnennungen möglich), gefolgt von Ströer mit neun Nennungen und ProSiebenSat.1 mit fünf Nennungen. Alle anderen genannten Anbieter blieben unter fünf Nennungen, die meisten davon erzielten nur eine oder zwei Nennungen. Als Gründe für die Wahl von Google wurden genannt: Die Leistung, die weiteste Verbreitung/Akzeptanz, ein Zugang zu großer Nachfrage, die Verbindung zwischen AdServer und AdExchange (die wiederum den Zugang zu großer Nachfrage gewährleiste), Zuverlässigkeit und die kostenlose Nutzung für kleinere Publisher. Die Gründe für die Nutzung der anderen Anbieter variieren, bei einzelnen wurde eine Ausrichtung auf Audio- oder Videowerbung genannt. Dies wiederum korrespondiert insoweit mit der Anbieterbefragung, als auch dort einzelne Befragte eine Spezialisierung, insbesondere auf Videowerbung oder sogenanntes Native Advertising, angegeben haben.

⁹⁵ Siehe CMA, Online platforms and digital advertising, Market study final report, Seite 270, verfügbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf; ACCC, Digital advertising services inquiry, Final report, Seite 56, verfügbar unter <https://www.accc.gov.au/publications/digital-advertising-services-inquiry-final-report>; CNMC, Study on the competition conditions in the online advertising sector in Spain (englische Fassung), Seite 96, verfügbar unter https://www.cnmc.es/sites/default/files/3696007_1.pdf; JFTC, Final Report Regarding Digital Advertising, Seite 27, verfügbar unter <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/February/210217.html>.

⁹⁶ Autorité de la Concurrence, Entscheidung vom 7. Juni 2021, Az. 21-D-11, Tz. 326f, englische Fassung verfügbar unter https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2021-07/21-d-11_ven.pdf; die Zahlen zeigen in den letzten Jahren vor der Entscheidung ein Wachstum des Google-Marktanteils auf bereits hohem Niveau.

b. Advertiser-AdServer

- (116) Bei den Advertiser-AdServern zeigt sich insgesamt ein etwas verteilteres Bild. Auch hier führt nach den 2019 über den AdServer abgewickelten Ad Impressions für Kunden in Deutschland Google, in diesem Fall mit dem Produkt Campaign Manager 360, deutlich.

Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	40% - 60%
AdForm	0% - 20%
Flashtalking	0% - 20%
Amazon/Sizmek	0% - 20%
Andere Anbieter	Jeweils 0% - 20%

- (117) Der Abstand zu anderen Anbietern ist jedoch deutlich geringer als bei den Publisher-AdServern. Weitere Angebote mit einer – nach dieser Metrik – gewissen Marktrelevanz stammen insbesondere von AdForm, Flashtalking und Sizmek (Amazon). Auch hier erweist sich das Gesamtbild als konsistent mit den Befunden der britischen CMA und der spanischen CNMC, sowie bezüglich der führenden Rolle Googles auch mit demjenigen der australischen ACCC.⁹⁷ Die Situation in Japan weicht nach dem Bericht der JFTC deutlich ab.⁹⁸

c. SSP/AdExchange

- (118) Auch bei der Leistung einer SSP/AdExchange ist Google nach den vorliegenden Informationen deutlich der führende Anbieter. SSP und AdExchange werden dabei entsprechend dem oben unter Ziffer (74)ff. Ausgeführten nicht unterschieden. Der Befund gilt – mit

⁹⁷ Siehe CMA, Online platforms and digital advertising, Market study final report, Seite 267, verfügbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf; CNMC, Study on the competition conditions in the online advertising sector in Spain (englische Fassung), Seite 86, verfügbar unter https://www.cnmc.es/sites/default/files/3696007_1.pdf; in Australien führt der Advertiser-AdServer Googles nach AdImpressions sehr deutlich, siehe ACCC, Digital advertising services inquiry, Final report, Seite 62f, verfügbar unter <https://www.accc.gov.au/publications/digital-advertising-services-inquiry-final-report>.

⁹⁸ JFTC, Final Report Regarding Digital Advertising, Seite 27f, verfügbar unter <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/February/210217.html>.

Unterschieden in der Ausprägung – unabhängig davon, ob man nur generische SSPs/AdExchanges (d. h. solche ohne spezielle Ausrichtung auf einzelne Werbeformen wie etwa Video-Werbung), zusätzlich auch spezialisierte SSPs/AdExchanges oder im Sinne einer umfassenden Betrachtung auch den Publisher-seitigen Teil von integrierten Angeboten (Werbenetzwerken) berücksichtigt:

Generische SSPs/AdExchanges		
Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019	Marktanteil nach vermitteltem Werbeflächenumsatz für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	60% - 80%	60% - 80%
The Rubicon Project ⁹⁹	0% - 20%	0% - 20%
Xandr	0% - 20%	0% - 20%
SevenOneMedia	0% - 20%	0% - 20%
Ströer	0% - 20%	0% - 20%
Andere	0% - 20%	0% - 20%

Generische und spezialisierte SSPs/AdExchanges		
Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019	Marktanteil nach vermitteltem Werbeflächenumsatz für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	60% - 80%	40% - 60%
The Rubicon Project	0% - 20%	0% - 20%
Xandr	0% - 20%	0% - 20%
SevenOneMedia	0% - 20%	0% - 20%
Ströer	0% - 20%	0% - 20%
Andere	0% - 20%	0% - 20%

⁹⁹ Inzwischen nach einem Zusammenschluss zu Magnite umfirmiert.

Generische und spezialisierte SSPs/AdExchanges sowie integrierte Angebote (Werbenetzwerke)		
Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019	Marktanteil nach vermitteltem Werbeflächenumsatz für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	40% - 60%	40% - 60%
Taboola	0% - 20%	0% - 20%
Outbrain	0% - 20%	0% - 20%
The Rubicon Project	0% - 20%	0% - 20%
Xandr	0% - 20%	0% - 20%
SevenOneMedia	0% - 20%	0% - 20%
Facebook (MAN)	0% - 20%	0% - 20%
Axel Springer	0% - 20%	0% - 20%
Ströer	0% - 20%	0% - 20%
Andere	0% - 20%	0% - 20%

Auch im Bereich SSPs und AdExchanges entspricht der Befund in seinen wesentlichen Zügen denjenigen, welche die CMA, die ACCC, die CNMC und die JFTC für Großbritannien, Australien, Spanien respektive Japan ermittelt sowie demjenigen, welchen die Europäische Kommission im Fall Google/Fitbit für Google in Deutschland ermittelt haben.¹⁰⁰

- (119) Diese Verteilung der Positionen spiegelt sich auch in den Antworten der Publisherseite auf die Frage, welche AdExchange bzw. welche SSP bezogen werden. Die Beschlussabteilung hatte hier bei der Erhebung noch zwischen SSPs und AdExchanges differenziert.

¹⁰⁰ Siehe CMA, Online platforms and digital advertising, Market study final report, Seite 268f, verfügbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf; ACCC, Digital advertising services inquiry, Final report, Seite 58ff, verfügbar unter <https://www.accc.gov.au/publications/digital-advertising-services-inquiry-final-report>; CNMC, Study on the competition conditions in the online advertising sector in Spain (englische Fassung), Seite 90ff, verfügbar unter https://www.cnmc.es/sites/default/files/3696007_1.pdf; JFTC, Final Report Regarding Digital Advertising, Seite 31f, verfügbar unter <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/February/210217.html>; Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – Google/Fitbit, Ziffer 348 (der hier genannte Wert ist mit 50% bis 60% tendenziell etwas niedriger).

- (120) Bei den bezogenen AdExchanges liegt Google mit 27 Nennungen bei insgesamt 43 antwortenden Unternehmen (Mehrfachnennungen möglich) deutlich vorne. Ströer folgt mit nur neun Nennungen. Auf Platz drei folgt das Unternehmen Xandr mit sechs Nennungen. Als Gründe für die Wahl von Google wurden genannt: (1.) Dass es sich um die größte AdExchange handele, (2.) dass die Leistung gut sei, (3.) wiederum die Verbindung zwischen AdServer und AdExchange, welche Zugang zu einem großen Nachfragervolumen gewährleiste, (4.) dass sie Zugang zu exklusiver Nachfrage gewährleiste, (5.) dass es sich um ein Angebot mit starker Verbreitung, (6.) dass es sich um den Marktführer, (7.) dass es sich um den oder einen Industriestandard handele, (8.) dass es sich um das Angebot der besten Bidding-Logik handele und (9.) dass es eine gute Weiterentwicklung des Produktes gebe. Als Grund für die Nutzung von Ströer wurde erwähnt, dass Vermarktung und technische Dienstleistungen aus einer Hand erfolgten. Bei Xandr wurde auf eine gute Anbindung über Header Bidding und auf exklusive Nachfrage hingewiesen sowie auf zusätzlichen Umsatz. Die weiteren Anbieter erzielten regelmäßig nur Nennungen im unteren einstelligen Bereich. Die für sie genannten Nutzungsgründe variierten, bei einigen wurde eine gute oder zusätzliche Monetarisierung erwähnt.
- (121) Ein ähnliches Bild zeigt die Antworten auf die entsprechende Frage zu SSPs: Auch hier liegt Google mit 18 Nennungen bei insgesamt 40 antwortenden Unternehmen (Mehrfachnennungen möglich) auf dem ersten Platz. Allerdings ragt die Anzahl der Nennungen weniger stark heraus, da mit ProSiebenSat.1, Xandr und Index drei Unternehmen mit mindestens zehn Nennungen folgen. Auch Ströer, The Rubicon Project/Magnite und PubMatic werden zwischen sieben und neun Mal genannt. Die übrigen Unternehmen liegen regelmäßig im unteren einstelligen Bereich an Nennungen. An Gründen für die Wahl von Google wurden genannt: Die Nutzung aufgrund der Nutzung des AdServers, die technische Integration in den AdServer, die hohe Verbreitung bzw. Marktführerschaft sowie eine starke Nachfrage und einzigartige Features des Angebotes. Bei Index wurde angegeben, dass es sich um eine unabhängige Alternative zu Google und Xandr handele. Bei ProSiebenSat.1 wurde als Grund für die Nutzung erwähnt, dass es sich um ein deutsches Unternehmen handele, dass dort gute Kenntnisse des deutschen Marktes bestünden, dass Flexibilität, guter Service und gute Erreichbarkeit gegeben seien, dass bestimmte Sonderformen dort besser umsetzbar seien sowie eine dort erreichbare zusätzliche Nachfrage. Bei Xandr wurden als Nutzungsgründe genannt, dass eine Auslieferung der Werbemittel ohne Cookies möglich sei, dass eine Auslieferung auf No-Consent-Inventar

möglich sei, dass es sich um eine der größeren SSPs handle, eine internationale Ausrichtung, dass sie gut ans Header Bidding / pre-Bid anschließbar sei sowie der Zugang zu zusätzlicher Nachfrage/Monetarisierung. Die Gründe für die Nutzung anderer Anbieter variierten, der Zugang zu zusätzlicher Nachfrage/Monetarisierung wurde dabei allerdings mehrfach genannt. Bei drei Anbietern wurde als Grund erwähnt, dass Header Bidding möglich sei.

d. DSP

- (122) Bei DSPs ist Google zwar nach den vorliegenden Informationen der führende Anbieter, die Führung ist jedoch weniger stark ausgeprägt, als es bei den Leistungen AdServer und AdExchange/SSP der Fall ist.

DSPs		
Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019	Marktanteil nach vermitteltem Werbeflächenumsatz für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	20% - 40%	20% - 40%
AdForm	0% - 20%	0% - 20%
Amazon	0% - 20%	0% - 20%
ProSiebenSat.1	0% - 20%	0% - 20%
Xandr	0% - 20%	0% - 20%
The Trade Desk	0% - 20%	0% - 20%
MediaMath	0% - 20%	0% - 20%
Andere	0% - 20%	0% - 20%

DSPs und integrierte Einkaufswerkzeuge (Advertiser-seitige Angebote von Werbenetzwerken)		
Anbieter	Marktanteil nach abgewickelten Ad Impressions für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019	Marktanteil nach vermitteltem Werbeflächenumsatz für Kunden mit Sitz in Deutschland 2019
Google	20% - 40%	40% - 60%

Criteo	0% - 20%	0% - 20%
Facebook (MAN)	0% - 20%	0% - 20%
AdForm	0% - 20%	0% - 20%
Amazon	0% - 20%	0% - 20%
ProSiebenSat.1	0% - 20%	0% - 20%
Taboola	0% - 20%	0% - 20%
Xandr	0% - 20%	0% - 20%
The Trade Desk	0% - 20%	0% - 20%
MediaMath	0% - 20%	0% - 20%
Andere	0% - 20%	0% - 20%

- (123) Bezieht man die integrierten Einkaufswerkzeuge (Advertiser-seitige Angebote von Werbenetzwerken) mit ein, so zeigt sich einerseits die relativ hohe Bedeutung von Google Ads, das gerade von kleineren Nachfragern viel genutzt wird. Zum anderen gibt es in der Teilgruppe der Werbenetzwerke recht spezialisierte Anbieter wie Taboola, die sich auf Native Advertising fokussieren. Auch in Bezug auf DSPs ähnelt das grobe Bild denjenigen, die CMA, die ACCC und CNMC für Großbritannien, Australien respektive Spanien ausgewiesen haben,¹⁰¹ wenngleich im Feld der Anbieter einzelne nationale Besonderheiten durchscheinen. Die Europäische Kommission hat im Fall Google/Fitbit mit 60% bis 70% für Google in Deutschland einen je nach Abgrenzung leicht bis merklich höheren Wert ermittelt.¹⁰² In Japan unterscheidet sich nach dem Bericht der JFTC das Bild deutlich, je nachdem ob Google Ads in die DSP-Betrachtung einbezogen wird oder nicht.¹⁰³

¹⁰¹ Siehe CMA, Online platforms and digital advertising, Market study final report, Seite 267f, verfügbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf; ACCC, Digital advertising services inquiry, Final report, Seite 64f, verfügbar unter <https://www.accc.gov.au/publications/digital-advertising-services-inquiry-final-report> (noch merklich höhere Marktanteile von Google ausgewiesen); CNMC, Study on the competition conditions in the online advertising sector in Spain (englische Fassung), Seite 87ff, verfügbar unter https://www.cnmc.es/sites/default/files/3696007_1.pdf.

¹⁰² Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 348.

¹⁰³ JFTC, Final Report Regarding Digital Advertising, Seite 29f, verfügbar unter <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/February/210217.html>.

e. Targeting

- (124) Auch bei Targeting-Leistungen ist Google mit elf Nennungen von der Nachfrageseite weniger stark vertreten als etwa beim AdServer oder bei der AdExchange. Dies könnte aber auch daran liegen, dass Targeting-Dienstleistungen bereits integraler Bestandteil des Produktsystems von Google sind und daher gar nicht als eigenständige Dienstleistung wahrgenommen werden. Darauf deutet auch die Begründung einiger Unternehmen für die Nutzung von Google-Targetingleistungen hin: Diese führten aus, dass die Targeting-Leistungen kostenlos zur Verfügung stünden. Abgesehen von Google werden noch Emetriq (sieben Nennungen) und Ströer (sechs Nennungen) häufiger als Targeting-Dienstleister genannt. Die übrigen Nennungen bewegen sich im unteren einstelligen Bereich. Für Emetriq spricht dabei nach Angaben der Befragten insbesondere der Sitz in Deutschland. Die für die anderen Unternehmen genannten Auswahlgründe variieren stark.

f. DMP

- (125) Bei der Leistung DMP ist der Vorsprung Googles bei den Nennungen weniger ausgeprägt als bei anderen Dienstleistungen. Allerdings stellt sich auch hier aus den zum Targeting genannten Gründen die Frage, ob die Erbringung entsprechender Funktionen durch Google überhaupt als gesonderte Dienstleistung wahrgenommen wird. Zur Begründung des Bezugs der Google-Leistung wird ein „Industrie-Standard“ geltend gemacht, sowie, dass andere Angebote zu teuer seien. Geltend gemacht wird aber auch, dass es bei Nutzung von YouTube keine Alternative gebe. Genauso oft wie Google wird Permutiv als DMP-Dienstleister genannt, Ströer kommt nur auf eine Nennung weniger.

2. Eigenerbringung als Ausweichalternative

- (126) Generell erscheint die Eigenerbringung der technischen Dienstleistungen keinen solchen Umfang zu haben, dass hiervon großer Wettbewerbsdruck auf die Anbieter ausgehen dürfte. Von Seiten der Werbekunden (Agenturen) wurde eine Eigenerbringung häufiger nur bei Targeting und beim User-Tracking genannt. In der Befragung der Publisher waren die Zahlen für eine Eigenerbringung an sich relativ hoch, insbesondere für den AdServer (45 der 77 Befragten), und auch noch für das Targeting (29 Befragte). Die hohen Zahlen der durch die Publisher angegebenen Eigenerbringungen bestimmter technischer Leistungen erscheinen aber vor dem Hintergrund der sonstigen Ergebnisse der Untersuchung mit Vorsicht zu bewerten. Nicht auszuschließen ist, dass viele Publisher die „eigene“ Nutzung von Drittangeboten als Eigenerbringung durch sie selbst angegeben haben.

- (127) Als Gründe für die Eigenerbringung des Ad-serving durch Publisher wurde vor allem die größere Unabhängigkeit von Dritten sowie mehr Kontrolle über die Vermarktung des eigenen Inventars angegeben. Bei den übrigen Dienstleistungen verteilten sich die angegebenen Gründe für die Eigenerbringung auf zu viele Antwortkategorien (gebildet durch Tagging), als dass dies aussagekräftig wäre

II. Weitere Marktfaktoren

- (128) Es gibt einige weitere Faktoren und Besonderheiten im Bereich AdTech, die geeignet sein können, die führende Marktposition insbesondere des Anbieters Google abzusichern. Das Unternehmen sieht sich dabei insbesondere den folgenden Vorhalten ausgesetzt, die von diversen Marktteilnehmern erhoben werden.
- Es benutze die eigenen technischen Dienstleistungen, insbesondere solche, bei denen das Angebot von Google für viele Marktteilnehmer nur schwer verzichtbar ist, um weitere eigene technische Dienstleistungen zu fördern. Im Wesentlichen geschehe dies über die reibungslose Zusammenarbeit oder eben Nicht-Zusammenarbeit der eigenen mit fremden technischen Dienstleistungen (hierzu insbesondere unter Abschnitt 1.b.i.).
 - In ähnlicher Weise benutze es die eigenen Werbeflächen (hierzu insbesondere unter Abschnitt 1.b.ii.)
 - und die eigenen Targeting-Daten, um die eigenen technischen Dienstleistungen zu fördern (hierzu insbesondere unter Abschnitt 1.b.iii).
 - Weiterhin wird dem Unternehmen vorgeworfen, die wettbewerblichen Möglichkeiten anderer durch die Gestaltung des technischen Umfeldes seines Ökosystems einzuschränken und sich so einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Dies wird weiter unten am Beispiel AMP erläutert (hierzu insbesondere unter Abschnitt 1.b.v.).
 - Es komme zu Interessenkonflikten durch die Rolle Googles als Publisher und gleichzeitig als Anbieter einer DSP, mit der es als Agent von Käufern auch seines eigenen Inventars auftritt (Abschnitt 2.a.).
 - Es diskriminiere Werbeflächen Dritter gegenüber Google-eigenen Werbeflächen beim Verkauf gegenüber Werbekunden (z. B. wg. angeblich fehlender Brand Safety) (hierzu insbesondere unter Abschnitt 2.b.).

1. Theoretische technische Möglichkeiten und Realität

a. Interoperabilität und Wahlfreiheit

- (129) Die grundsätzliche Abgrenzbarkeit der einzelnen technischen Dienstleistungen und ein dem Markt gemeinsames Verständnis ihres jeweiligen Kerns – wenn auch beides mit Einschränkungen – sowie vorhandene Standards in bestimmten Bereichen böten an sich die Basis für die Nachfrager, Dienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern nach Bedarf und jeweiligem Vorteil miteinander zu kombinieren („mix and match“).
- (130) Es ist am Bezugsverhalten der Nachfrager zu erkennen, dass verschiedene Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter an vielen Stellen auch tatsächlich kombiniert werden. Dies geschieht allerdings eher seltener im Sinne freier Kombination von vielen Einzelleistungen. Häufiger werden größere Pakete bei einem Anbieter gebucht und dann punktuell Einzelfunktionen von anderen Anbietern hinzugebucht.
- (131) Es ist ferner zu erkennen, dass die Kombination verschiedener Leistungen eher ein Thema für Kunden mit einem großen Werbebudget ist. Kleine Kunden auf der Werbeflächen-Nachfragerseite neigen stark zum Bezug integrierter Pakete aus Werbeflächen und technischen Dienstleistungen, wenn sie die Konkretisierung ihrer Werbeflächen-Nachfrage nicht gänzlich an eine Agentur delegieren (siehe dazu oben unter (92)ff). Dies dürfte zumindest auch darin seinen Grund haben, dass die Befassung mit den Einzelheiten des PA-Systems Know-How und Zeit erfordert und sich dieser Aufwand bei einer im Umfang nur vergleichsweise geringer Werbeflächen-Nachfrage des jeweiligen Unternehmens nicht lohnt.
- (132) In technischer Hinsicht für eine Kombination der Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter auch erforderlich sind definierte Schnittstellen. Dies können einerseits über das Netz unter Verwendung bestimmter Protokolle ansprechbare Programmierschnittstellen bei anderen AdTech-Anbietern sein (in den Fällen, in denen die Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter direkt miteinander agieren sollen). Dies kann aber auch ein Zugang zum technischen Umfeld der jeweiligen Werbefläche sein (in den Fällen, in denen die Interaktion zwischen den Dienstleistungen indirekt über dieses erfolgen muss oder in denen es um die Erhebung von Daten im weitesten Sinne aus eben diesem Umfeld geht).

i. Programmierschnittstellen

- (133) Der wichtigste Standard in diesem Bereich ist der ab 2010 unter dem Dach des internationalen Branchenverbandes der Online-Werbewirtschaft Internet Advertising Bureau

(IAB) geschaffene OpenRTB-Standard.¹⁰⁴ Beim IAB sind auch noch diverse weitere Standards geschaffen worden, die im Umfeld von Programmatic Advertising eine Rolle spielen.¹⁰⁵ OpenRTB spezifiziert ein Protokoll, mit dessen Hilfe Anbieter von Werbeflächen (z. B. SSPs/AdExchanges, für Publisher agierende Ad Networks) und potentielle Käufer dieser Werbeflächen (z. B. Werbekunden, DSPs, für Werbekunden agierende Ad Networks) miteinander kommunizieren und ein Geschäft anbahnen können. Im Kern definiert das Protokoll, wie ein Objekt, insbesondere eine Werbefläche, mit Hilfe eines sogenannten Bid Requests angeboten wird, wie die Nachfrageseite darauf mit einem Gebot reagieren kann und wie Entscheidungen der Angebotsseite über den Zuschlag sowie die Rechnungslegung an die Nachfrageseite kommuniziert werden. Das zweite wichtige Protokoll ist das von Google im Rahmen seines Authorized Buyers Framework spezifizierte Authorized Buyers Real-time Bidding-Protokoll, das von Google in seinen Diensten alternativ zu OpenRTB verwendet wird.¹⁰⁶

ii. Zugang zum technischen Umfeld

- (134) Soweit es um Werbeflächen im Web geht, stand traditionell der Zugang zu verschiedenen Dienstleistern weitgehend offen. Zu unterscheiden dabei sind allerdings die Zugangsmöglichkeiten des Publishers einerseits und die Zugangsmöglichkeiten des Werbeflächen-Nachfragers (Agentur/Werbekunde) andererseits. Diese sind nicht deckungsgleich.
- (135) Der Publisher definiert den Inhalt seines Angebots. Seine Zugangsmöglichkeiten werden daher im Prinzip nur von den Möglichkeiten des vom Endnutzer verwendeten Browsers und ggf. noch denjenigen des von ihm selbst für die Webseitengenerierung verwendeten Werkzeugs – das er aber grundsätzlich auswechseln kann – beschränkt.
- (136) Die Lage für den Werbeflächen-Nachfrager stellt sich etwas anders dar. Den äußeren Rahmen für die Einbindung der Werbemittel auf den Werbeflächen setzt der Publisher. Er kann den Werbeflächen-Nachfrager schuldrechtlich binden, nur bestimmte technische Dienstleistungen von bestimmten Anbietern zusammen mit seinem Werbemittel einzusetzen. Zumindest in Teilen kann der Publisher dies zudem technisch durchsetzen.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Siehe <https://iabtechlab.com/standards/openrtb/>.

¹⁰⁵ Überblick unter <https://iabtechlab.com/standards/>.

¹⁰⁶ Siehe hierzu <https://developers.google.com/authorized-buyers/rtb/realtime-bidding-guide>.

¹⁰⁷ Techniken wie Content Security Policy (CSP, siehe <https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/HTTP/CSP>) und Sandboxed IFRAMES (siehe <https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/HTML/Element/iframe#attr-sandbox>) geben dem Ersteller einer Webseite ein

- (137) Soweit es um mobile Apps unter den Betriebssystemen Android und iOS geht, sind die dem Publisher zur Verfügung stehenden Kontrollmöglichkeiten ambivalent. Einerseits sind sie noch weiter, da er den Code seiner App gestalten kann und die hierfür zur Verfügung stehenden Funktionalitäten tendenziell noch umfangreicher sind als unter der Web-Plattform. Soweit er allerdings ausführbaren Programmcode eines Dritten, etwa eine Vermittlers von Werbeflächen, einbindet oder einzubinden gezwungen ist, um Werbung anzeigen zu können, kann dies seine Kontrollmöglichkeiten wieder einschränken. Andererseits können Einschränkungen der Freiheiten eines Publishers daraus resultieren, dass er für den Vertrieb seiner Programme zu praktisch 100% (iOS) oder doch zumindest sehr weitgehend (Android) auf einen „Store“ des Betriebssystemanbieters angewiesen ist. Ein solcher „Store“ kann dem Publisher Regeln auferlegen, zumindest vom Konzept her auch solche, welche die Art der Einbindung von Werbung in eine App betreffen.

b. Die Realität auch der großen Kunden

- (138) Die Marktermittlungen haben gezeigt, dass „mix und match“ ein idealisiertes Szenario ist und in der Realität die Kombination von Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter immer wieder an Grenzen zu stoßen scheint. Es werden von den verschiedenen Befragten durchaus rekurrierend Probleme beim Zusammenspiel von Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter benannt (siehe dazu im Einzelnen unten unter (151)ff.). Diese Hinweise kommen zwar zahlenmäßig nur von einer Minderheit der Befragten, allerdings ist diese durchaus signifikant und sie vermitteln in ihrer Gesamtheit doch das Bild, dass an bestimmten Punkten „Bruchstellen“ des Zusammenspiels existieren bzw. sogar von bestimmten Marktteilnehmern geschaffen werden, die ob ihrer möglichen Wirkung auf den Wettbewerb u. U. einer näheren Betrachtung in Einzelverfahren wert erscheinen. Solche Verfahren werden teilweise auch bereits geführt, etwa durch die Europäische Kommission.
- (139) Nähert man sich einer Ursachenbetrachtung im Detail, so können die Probleme und Grenzen des Zusammenspiels durchaus unterschiedliche Gründe haben. Sie können die Folge von Bindungen zwischen unterschiedlichen technischen Dienstleistungen eines Anbieters sein, die Folge von solchen Bindungen zwischen Werbeflächen eines Anbieters

gewisses Maß an Kontrolle darüber, aus welchen Quellen im Netz die Webseite Ressourcen – zu denen auch Werbung gehört – nachladen kann und welche Funktionen eingebetteten Ressourcen zur Verfügung stehen.

und bestimmten technischen Dienstleistungen, oder die Folge von Bindungen zwischen Daten eines Anbieters und bestimmten technischen Dienstleistungen. Eine quasi „negative“ Form solcher Bindungen stellen Probleme bei der Nutzung gleichartiger technischer Dienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern dar. Es muss sich bei allen Bindungen nicht immer um „harte“ Bindungen handeln, etwa in dem Sinne, dass bestimmte Werbeflächen schuldrechtlich und/oder technisch nur über bestimmte technische Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden. Bindungen können auch in einer „weicheren“ Form auftreten, in dem Sinne, dass bestimmte Kombinationen von Dienstleistungen „besser“ miteinander funktionieren als andere. Da es sich bei den hier fraglichen Dienstleistungen um komplexe technische Dienstleistungen handelt, die miteinander interagieren müssen, bietet die Technik, konkret ihre Ausgestaltung als Computerprogramm, konzeptionell eine Vielzahl von Ansatzpunkten, das Zusammenspiel zwischen technischen Dienstleistungen besser oder schlechter auszugestalten – das Spektrum reicht hier von harten Fehlern über solche, die nur sporadisch in bestimmten Situationen auftreten über die nur selektive Unterstützung bestimmter Teilfunktionen bis hin zu einer selektiv langsameren und damit u. U. weniger nützlichen Implementierung solcher Teilfunktionen. Auch „weichere“ Bindungen können indes einen Anreiz dafür setzen, dass viele Nutzer die technischen Dienstleistungen bestimmter Anbieter bevorzugen.

- (140) Wenn Bindungen der vorgenannten Arten zu Gunsten eines führenden Anbieters, wie etwa Google, wirken, können sie dazu beitragen, dessen führende Marktposition abzusichern (siehe dazu sogleich unter Ziffer (141) bis (150)). Das gilt auch für die vielleicht „weichste“ Form von Bindung, die abschreckende Wirkung von Mehraufwand, wenn zusätzlich zu den technischen Dienstleistungen eines aufgrund seiner Bedeutung bereits aus Kundensicht „gesetzten“ Anbieters an sich Dienstleistungen weiterer Anbieter zur parallelen/zusätzlichen Verwendung in Betracht gezogen werden, am Ende jedoch in Abwägung von Mehraufwand und Vorteil darauf verzichtet wird. Der Mehraufwand kann dabei durch den „gesetzten“ Anbieter auch gestaltbar sein, etwa indem er bewusst eine vom ansonsten Marktüblichen abweichende Schnittstelle verwendet. Für die Beurteilung der Wirkung der vorhandenen Bindungen muss zudem das Gesamtbild berücksichtigt werden. Da die einzelnen technischen Dienstleistungen des PA-Systems in diverse Komponenten zerfallen und diese an vielen Stellen miteinander interagieren, mag die Wirkung einer einzelnen Bindung in diesem Geflecht begrenzt sein, in der Summe mehrerer Bindungen kann dennoch eine signifikante Wirkung entstehen. Ein Anbieter wie Google,

der an sehr vielen verschiedenen Punkten des Geflechtes präsent ist, ist dabei mit höherer Wahrscheinlichkeit in der Lage, solche „Wirkungen in der Summe“ zu erzielen.

i. Präsenz bei einer Vielzahl von technischen Dienstleistungen als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition

(141) Ist ein Unternehmen bei einer Vielzahl der technischen Dienstleistungen im PA präsent, wie dies bei Google der Fall ist, und bei zumindest einigen davon für die Abnehmer wichtig, so kann es in der Lage sein, dies als Hebel zu benutzen. Ein wesentlicher Schlüssel in diesem Fall ist Kompatibilität: Die technischen Dienstleistungen im Rahmen des PA müssen miteinander interagieren, damit PA als Prozess stattfinden kann. Insbesondere wenn die technischen Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens zusammen mit den anderen Dienstleistungen desselben Unternehmens besser als zusammen mit Dienstleistungen von anderen Unternehmen funktionieren, so kann für die Abnehmer ein besonderer Anreiz entstehen, „alles aus einer Hand“ zu beziehen (zu im Rahmen der Markterhebung geltend gemachten Problemen beim Zusammenspiel unterschiedlicher Dienstleistungen von verschiedenen Anbietern siehe im Einzelnen unten Ziffer (176)ff.). Dies gilt insbesondere, wenn eine oder mehrere dieser technischen Dienstleistungen für die Abnehmer auch aus anderen Gründen von Bedeutung sind, etwa weil im Markt wichtiges Werbeflächen-Inventar mehr oder weniger hart mit ihnen gekoppelt ist. Aber Kompatibilitätsprobleme können auch bewirken, dass eine vom Publisher oder Werbekunden an sich gewünschte parallele Verwendung gleichartiger Dienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern – etwa die Nutzung mehrerer SSPs/AdExchanges) – auf Hindernisse stößt (siehe zu den von Marktteilnehmern beschriebenen Problemen dieser Art im Einzelnen unten Ziffer (151)ff.).

ii. Kontrolle über signifikantes Werbeinventar als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition

(142) Große Anbieter von Online-Werbeinventar wie Google und Facebook können auch dieses Inventar als Hebel einsetzen, um mit seiner Hilfe den Absatz der eigenen technischen Dienstleistungen zu fördern.

(143) Abhängig von der genauen Abgrenzung des oder der Märkte für nicht suchgebundene Online-Werbung kommen solche Anbieter dort auf hohe bis sehr hohe Marktanteile.

- (144) Geht man von einem einheitlichen deutschen (oder deutschsprachigen) Markt für nicht suchgebundene Online-Werbung aus, so kommt Google nach im Rahmen der Sektoruntersuchung gemachten Angaben im Jahr 2019 auf einen Marktanteil in der Größenordnung von grob 20% bis 30%, Facebook allerdings auf einen solchen in der Größenordnung von grob 40% bis 50%. Die Vermarktung dritten Inventars in verschiedenen Formen ist dabei jeweils mitgerechnet. Dies ist jedenfalls größenordnungsmäßig konsistent mit dem Ergebnis der Europäischen Kommission im Fall Google/Fitbit.¹⁰⁸ Diese geht dort für Deutschland von einem Google-Marktanteil von 20% bis 30% im Jahr 2018 und von 30% bis 40% im Jahr 2019 aus.
- (145) Ordnet man hingegen Social Media-Werbung einem gesonderten Markt zu, so erhöhte sich der Marktanteil Googles auf einem verbleibenden Markt für nicht suchgebundene Online-Werbung ohne Social Media-Werbung auf einen Wert in der Größenordnung von 40% bis 50%. Auch hier ist die Vermarktung dritten Inventars mitgerechnet. Die Europäische Kommission geht für Deutschland von einem Anteil von 50% bis 60% in den Jahren 2018 und 2019 aus.¹⁰⁹
- (146) Einen erheblichen Teil ihrer Werbeflächen setzen Meta/Facebook und Google über die oben unter Ziffer (192)ff. näher dargestellten integrierten Angebote ab, die Werbeflächen und technische Dienstleistungen bezogen auf eben diese Werbeflächen bündeln. Bei Google ist dies das Angebot Google Ads, bei Facebook der Werbeanzeigenmanager. Beide Anbieter bieten über ihre Systeme auch Werbeflächen Dritter an (Google Display Network (GDN) bzw. Meta Audience Network (MAN), ersteres hat volumenmäßig erhebliche Bedeutung). Das integrierte Angebot hat zunächst den Effekt, dass die hierüber gehandelten Flächen keinen Bedarf für technische Dienstleistungen Dritter mehr auslösen (abgesehen von Fällen wie unabhängiger Verifikation der Sichtbarkeiten u. ä.). Googles Vorgehen hat aber, so zumindest einzelne Befragte, auch einen weiteren Aspekt: Google macht das GDN auch über seine DSP verfügbar und steigert so die Attraktivität. Ähnlich verfährt Google nach Angaben mehrerer Befragter und nach eigenen Angaben¹¹⁰ mit dem Inventar auf seiner Videoplattform YouTube, die für den Markt wichtig ist. Dieses ist auf programmatischem Wege nur über die Google-eigene DSP DV 360 buchbar. Dies

¹⁰⁸ Siehe Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 341ff.

¹⁰⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 343.

¹¹⁰ Antwort auf Frage 3.b des AdTech-Anbieterfragebogens.

kann zu einer Art „Ankerwirkung“ führen: Ist das Inventar für den Markt wichtig und nur über bestimmte technische Dienstleistungen desselben Anbieters nutzbar, so kann ein Werbeflächen-Nachfrager geneigt sein, zur Reduzierung seines Aufwandes auch seine Nachfrage nach anderem Inventar über dieselben technischen Dienstleistungen abzuwickeln.

- (147) Das kann im Extremfall bewirken, dass in einem weiteren Schritt auch die mit dem „Anker“-Anbieter als Publisher konkurrierenden Unternehmen sich veranlasst sehen, ihr eigenes Inventar über eben diese technischen Dienstleistungen anzubieten, weil sie so nur oder zu wesentlichen Teilen ihre Nachfrage treffen. Möglich erscheint dies etwa für die Wirkung der Nachfrage aus Google Ads heraus auf die SSP/AdExchange von Google: Google Ads als werbekundenseitiges Angebot von Google bündelt eine erhebliche Menge an Nachfrage,¹¹¹ insbesondere solcher, häufig kleinerer Werbekunden, die Google Ads als Primärlösung im Self Service oder über kleine (Digital-) Agenturen verwenden. Google speist diese Nachfrage auch in seine AdExchange ein.¹¹²

iii. Kontrolle über bedeutsame Targeting-Daten als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition

- (148) Daten sind – speziell im Bereich des Programmatic Advertising – ein wichtiger Faktor für den Erfolg und damit für die Absatzchancen von Online-Werbung. Denn diese Daten – meist personenbezogene Daten über das Nutzerverhalten und die (auch daraus abgeleiteten) Eigenschaften und Interessen der Nutzers – erlauben es, Online-Werbung unabhängig von dem inhaltlichen Umfeld, in dem die einzelne Werbeanzeige erscheint, mit hoher oder erhöhter Wahrscheinlichkeit nur an bestimmte Zielgruppen auszuspielen und so die sogenannten Streuverluste zu verringern (siehe hierzu im Einzelnen unten unter Ziffer (238)ff.).
- (149) Google mit seinen vielfältigen nutzerseitigen Diensten – von der Google-Suche über das Mobil-Betriebssystem Android mit seiner eigenen Vielzahl an zugehörigen Diensten, Google Maps, YouTube usw. bis hin zu den an Webseitenbetreiber gerichteten aber eben

¹¹¹ Antwort auf Frage 3.b des AdTech-Anbieterfragebogens.

¹¹² <https://support.google.com/google-ads/answer/2472739?hl=de>.

auch zur Datensammlung geeigneten Diensten wie Google Analytics – ist in einem besonders hohen Ausmaß in der Lage, solche Nutzerdaten zu sammeln.¹¹³ Es kommt in Betracht, dass die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit dieser Daten in Abhängigkeit von den genutzten technischen Dienstleistungen ebenfalls eine gewisse Hebelwirkung auf die Nutzung der Google-eigenen technischen Dienstleistungen entfaltet. Denn nach Angaben mehrerer Befragter können Google-Daten nur über die Google-eigenen technischen Dienstleistungen in das Targeting für Werbezwecke einfließen. Umgekehrt könnten die nutzenden Unternehmen Fremd-Daten aber sehr wohl in die Google-eigenen technischen Dienstleistungen einspeisen und zusammen mit diesen nutzen.

iv. Einflussnahme auf das technische Umfeld als möglicher Beitrag zur Absicherung einer Marktposition – das Beispiel AMP

- (150) Weiterhin gibt es Hinweise darauf, dass Google die wettbewerblichen Möglichkeiten anderer durch die Gestaltung des technischen Umfeldes seines Ökosystems einschränken und sich so einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Zum Beispiel ist denkbar, dass zumindest in der Vergangenheit die sogenannte AMP-Technologie für mobile Webseiten in Verbindung mit der Google-Suche eine fördernde Wirkung auf die Nutzung technischer Dienstleistungen von Google gehabt hat. AMP (Accelerated Mobile Pages) ist eine Technologie, welche die Auslieferung mobiler Webseiten beschleunigen soll, um die Nutzererfahrung damit zu verbessern. Zu diesem Zweck beschränkt sie die Menge der in den entsprechenden Webseiten einsetzbaren technologischen Elemente zur Gestaltung von Text und anderen Seitenbestandteilen und zur Programmierung der Seitenfunktionalität auf eine Teilmenge des in den entsprechenden Standards und Quasi-Standards vorgesehenen. Zugleich führt sie eine Möglichkeit ein, die entsprechenden Seiten über das Content Delivery Network (CDN) von Google auszuliefern. Mehrere Befragte der Publisherbefragung haben ausgeführt, dass technische Dienstleistungen von anderen Anbietern als Google mit AMP nicht oder kaum funktionierten. Zudem funktioniere nach Angaben verschiedener Befragter Header Bidding mit AMP nicht oder schlechter,¹¹⁴ was wiederum

¹¹³ Vgl. hierzu Bundeskartellamt, 7. Beschlussabteilung, Beschluss vom 30. Dezember 2021, Az. B7-61/21, Rn 144 ff., verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2021/B7-61-21.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹¹⁴ Dieser Vorwurf wird auch in einer Klage von 17 US-amerikanischen Bundesstaaten gegen Google vor einem US-Bundesgericht erhoben. Siehe United States District Court, Southern District of New York, Civil Action No.: 1:21-md-03010-PKC, Ziffer 245ff, ergänzte Klageschrift (Second Amended Complaint) verfügbar unter

technische Dienstleistungen von Google begünstigen könnte, entweder weil diese die Primärwahl sind und Dienstleistungen von anderen Anbietern allenfalls daneben zum Einsatz kommen oder weil es die Verwender zur Nutzung des quasi serverseitigen Header Bidding (Unified Auction) von Google führt. Zugleich hat AMP zumindest in der Vergangenheit Vorteile beim Ranking der entsprechenden Webseite in der Google-Suche gebracht.¹¹⁵ Denn eines der Ranking-Signale für die Google-Suche war schon in der Vergangenheit die Ladegeschwindigkeit,¹¹⁶ diese geht mittlerweile auch in die sogenannte Page Experience ein, welche das Ranking beeinflusst.¹¹⁷ Dies scheint vor allem auch für News-Seiten zu gelten.

v. Ermittlungsergebnisse zu Problemen bei der Nutzung von AdTech-Funktionen im Einzelnen

(a) Probleme bei der Nutzung von AdTech-Funktionen gleicher Art von verschiedenen Anbietern

- (151) Im Rahmen der Agenturbefragung bejahte die überwiegende Zahl der Antwortenden die Frage, ob es sinnvoll sein kann, technische Dienstleistungen derselben Art parallel von mehreren Dienstleistern zu beziehen. Auf die weitere Frage, bei welchen Dienstleistungen die parallele Nutzung mehrere Anbieter für dieselbe Dienstleistung Sinn ergibt, erhielten User Tracking (neun), Ad-serving, Sichtbarkeitsmessung, und die DSP (jeweils sieben) die meisten Nennungen (mehrere Nennungen pro Befragtem waren möglich). Alle anderen technischen Dienstleistungen wurden ebenfalls genannt, jedoch weniger häufig.
- (152) An Gründen für die Parallelnutzung von Messdienstleistern wurde häufiger angeführt, mit dem weiteren Messdienstleister die Ergebnisse des ersten zu überprüfen, insbeson-

https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.564903/gov.uscourts.nysd.564903.152.0_1.pdf.

¹¹⁵ Das AMP-Projekt wirbt damit auch, vergleiche <https://amp.dev/about/page-experience/>; siehe hierzu auch Klage von 17 US-amerikanischen Bundesstaaten gegen Google, United States District Court, Southern District of New York, Civil Action No.: 1:21-md-03010-PKC, Ziffer 245ff der ergänzten Klageschrift (Second Amended Complaint), verfügbar unter https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.564903/gov.uscourts.nysd.564903.152.0_1.pdf.

¹¹⁶ Siehe etwa <https://developer.chrome.com/blog/search-ads-speed/>; <https://www.internetworld.de/seo-sea-und-performance/google/mobile-google-suche-punkte-seitenbetreiber-beachten-1570065.html>.

¹¹⁷ Siehe <https://www.sistrix.de/frag-sistrix/pagespeed/>; <https://www.searchenginejournal.com/googles-core-web-vitals-ranking-signal/370719/>.

dere in jenen Fällen, in denen der erste Messdienstleister zugleich der Publisher und damit nicht neutral ist. Die Parallelnutzung von Targeting-Dienstleistungen ergebe Sinn, weil unterschiedliche Dienstleister unterschiedliche Schwerpunkte hätten und dies Unterschiede in Qualität, Targeting-Kriterien, Zielgruppen, etc. nach sich zöge. Die Parallelnutzung von AdServern könne in dem Szenario sinnvoll sein, dass die besonderen Leistungen eines besonders teuren AdServers nicht für alle Impressions benötigt würden. Schließlich sei ein Grund für die Nutzung mehrerer DSPs, dass nicht jedes Inventar über jede DSP buchbar sei.

- (153) Überwiegend (zu etwa 75%) verneinten die Befragten die ausdrückliche Frage nach Problemen bei solcher Parallelnutzung gleichartiger Dienstleistungen. Etwa ein Viertel der Befragten bejahte die Frage hingegen. Bei der Frage nach der Art der aufgetretenen Probleme verteilten sich die Antworten auf verschiedene Fälle, jeder einzelne davon erhielt dabei nur sehr wenige Nennungen. Konkret genannt wurden:
- (154) - Bei DSPs: Die Abgabe unerwünschter Doppelgebote bei Verwendung mehrerer DSPs.
- (155) - Bei Verification-Dienstleistungen (Sichtbarkeitsmessung, Brand Safety, Anti-Ad-Fraud): Messfehler und Zählabweichungen bei Verwendung mehrerer Dienstleister. Letzteres wurde aber auch gerade als Grund für die Beauftragung mehrerer Dienstleister genannt. Ferner genannt wurden Zulassungsbeschränkungen für Messdienstleister durch große Plattformen.
- (156) – Allgemein: Schließlich wurde ein Mehraufwand bei paralleler Verwendung mehrerer Dienstleistungen gleicher Art genannt.
- (157) Auch im Rahmen der Publisherbefragung sah jeweils eine Mehrheit der Befragten grundsätzlich einen Nutzen darin, gleichartige Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter parallel zu nutzen. Dies gilt für den AdServer, die SSP, die AdExchange und das Targeting. Bei der DMP hingegen verneinte eine knappe Mehrheit die Sinnhaftigkeit einer parallelen Nutzung. Die übrigen technischen Dienstleistungen (User-Tracking, Verification-Leistungen) wurden in dieser Gruppe nicht abgefragt.
- (158) An Gründen für eine Parallelnutzung wurden angeführt:
- (159) - Beim AdServer wurde jeweils von mehreren Befragten geäußert: Eine Trennung nach Inventar oder nach Inventarart könne sinnvoll sein, auch aus Kostengründen. So könne ein billigerer AdServer für weniger anspruchsvolles Inventar verwendet werden. Über

den AdServer von Google könne bei fehlender Nutzer-Einwilligung in die Datenverarbeitung keine, auch keine nicht-personalisierte Werbung ausgespielt werden. Unterschiedliche AdServer verfügten über unterschiedliche Features. Ferner wurden „Unabhängigkeit“ als Grund sowie „strategische Gründe“ angeführt.

- (160) – Bei der AdExchange: Genannt wurden ein besserer Zugang zur Nachfrage und daher eine höhere Auslastung des Inventars (nicht alle Käufer böten über alle DSPs). Ferner wurden unterschiedliche Stärken der AdExchanges bzw. Spezialisierungen auf unterschiedliche Werbeformen angeführt.
- (161) – Bei der SSP: Viele Befragte verwiesen ähnlich wie für die AdExchange auf die zusätzliche Nachfrage, die durch die parallele Nutzung von mehreren SSPs generiert werde. Einige Befragte verwiesen auf eine Erlöserhöhung durch die Nutzung mehrerer SSPs. Andere Befragte erläuterten auch, unterschiedliche SSPs hätten unterschiedliche Stärken hinsichtlich der Werbeformen und -formate (wie z.B. Sonderformate), Vermarktungsregionen oder auch der Festlegung von Qualitätsregeln.
- (162) – Beim Targeting: Viele Befragte wiesen auf unterschiedliche Schwerpunkte der Anbieter (z.B. Behavioural Targeting / Retargeting / kontextuelles Targeting) und daraus resultierende Unterschiede in Qualität, Targeting-Kriterien, Zielgruppen, etc. hin. Für unterschiedliche Kampagnen könnten unterschiedliche Anbieter genutzt werden. Kunden hätten unterschiedliche Anforderungen im Hinblick auf das Targeting. Einige Befragte erläuterten, die unterschiedlichen Daten verschiedener Anbieter ließen sich kombinieren, um insgesamt bessere Targeting-Daten zu erhalten.
- (163) – Bei der DMP verneinten etwas über 50% der befragten Publisher die Sinnhaftigkeit einer Parallelnutzung: Viele Befragte verwiesen auf höhere Kosten und einen höheren Aufwand, etwa durch die Synchronisation der verschiedenen Datenquellen, der die Nutzung mehrerer DMP unwirtschaftlich mache. Andere Unternehmen beurteilen die parallele Nutzung einer DMP dagegen als sinnvoll, insbesondere da sich unterschiedliche DMP durch unterschiedliche Schwerpunkte, Features und Daten auszeichneten.¹¹⁸
- (164) Probleme bei der parallelen Nutzung gleichartiger Dienstleistungen sahen unter den Publishern tendenziell mehr Befragte als bei der Agenturbefragung.

¹¹⁸ Es erscheint allerdings möglich, dass die unterschiedliche Beurteilung auch daher rührt, dass einige Unternehmen die Frage eher dahingehend aufgefasst haben, ob es sinnvoll ist, parallel selbst betriebene DMP zu nutzen, während andere eher auf externe DMP-Dienstleister abgestellt haben.

- (165) – Beim AdServer benannten gut 50% der Befragten Probleme. Insbesondere erwähnt wurden ein hoher Zusatzaufwand, auch in Bezug auf das Kampagnenmanagement, eine erschwerte Aussteuerung mangels Synchronisierung der AdServer untereinander und weitere technische Schwierigkeiten wie etwa längere Ladezeiten für Webseiten.
- (166) – Bei der AdExchange sahen etwa 40% der Befragten Probleme. Ein Fokus lag dabei auch auf solchen im Zusammenhang mit dem Header Bidding. Genannt wurde ein höherer Aufwand für die Parallelnutzung. Insbesondere die Google AdExchange biete – anders als fast alle andere AdExchanges auf Basis der PreBid-Technologie¹¹⁹ – keine offenen Schnittstellen für die Einbindung anderer AdExchanges. Ein Befragter äußerte, andere AdExchanges könnten bei Google nur nach dem Wasserfallprinzip eingebunden werden, Google AdExchange habe so im Grunde den „1st Look“, dadurch seien andere Exchanges in der Monetarisierung deutlich im Nachteil und weniger attraktiv für die Vermarkter. Ein weiterer Befragter merkte an, innerhalb des „Google-Kosmos“ sei Header Bidding nur über einen „Hack“ möglich, ein anderer Befragter, das Google-Inventar sei nur über den Google AdTech-Stack reibungslos nutzbar. Ein Unternehmen führte aus, dass viele AdExchanges geschlossene Systeme seien, deren Integration in z.B. Header Bidding-Frameworks nicht ohne Weiteres möglich sei. Meist sei die fehlende Verfügbarkeit von BidRequest-Informationen pro Ad Impression (vor allem zu Preis / TKP) das zentrale Problem, um sinnvoll Yield Management betreiben zu können. Ein Unternehmen führte aus, dass es nur sehr wenige Anbieter gebe.
- (167) – Bei SSPs sah knapp ein Drittel der Befragten Probleme: Mehrere Befragte verwiesen auf zusätzlichen Aufwand. Unter anderem müsse man übergeordnete Systeme zum Vergleich / zur Konsolidierung der unterschiedlichen SSPs einrichten. Allerdings führten einige Unternehmen auch aus, dass die Nutzung mehrerer SSP mit dem Header Bidding/Pre Bidding einfacher geworden sei. Für einige Unternehmen ist die parallele Nutzung dennoch betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll. Mehrere Unternehmen bemängelten – ähnlich wie in Bezug auf die AdExchange – fehlende Schnittstellen der Google-Systeme bzw. die fehlende Einhaltung von Marktstandards durch diese, was eine parallele Nutzung erschwere. Ein Befragter führte aus, die Google AdExchange/SSP bevorzuge eigene Systeme (z.B. mit Geschwindigkeitsvorteilen).

¹¹⁹ Auch unter der Bezeichnung prebid.js bekannt: Eine Sammlung frei verfügbarer Softwarebausteine zur Realisierung von Header Bidding-Lösungen, siehe <https://prebid.org>.

- (168) – Auf die zusätzlichen, gesonderten Fragen zum Header Bidding hin nannten die Befragten als Problem bei der clientseitigen Variante dieser Technik vor allem die höheren Latenzen. Auch gab es einen Hinweis, dass bei der clientseitigen Variante des Header Bidding der Browser die Rolle eines Gatekeepers einnehmen könnte. Bei der serverseitigen Variante falle das Latenzproblem weg, als Problem wurde dort aber vor allem gesehen, dass Vertrauen in den Serverbetreiber notwendig sei. Die Nachfrageseite habe in dieser Variante weniger Kontrollmöglichkeiten. Gegenwärtig werde serverseitiges Header Bidding noch von Google und Amazon dominiert, aber mit Prebid Server sei eine Alternative in Sicht. Die Einbindung bei Google ist nach Angaben vieler Befragter sehr einfach, da es als Teil des Ad Managers angeboten werde.
- (169) – Beim Targeting sah etwa ein Drittel der Befragten Probleme. Mehrere Befragte gaben einen höheren Aufwand bei der Nutzung mehr als eines Anbieters an. Hinweise gab es zudem auf Schwierigkeiten, die Daten verschiedener Quellen miteinander abzugleichen (zu „matchen“¹²⁰). Dies führe neben einem Mehraufwand zu möglicherweise unsaubereren Daten. Ein Befragter gab an, unterschiedliche Targeting-Quellen erzeugten meist dramatisch sinkende Reichweiten durch fehlende einheitliche Identifizierer - insbesondere im Web. Auf die gesonderte Frage, ob es für die Werbekunden möglich sei, das vom Publisher bereitgestellte Targeting mit eigenen Daten, oder Daten, welche die Werbekunden ihrerseits aus dritter Quelle beziehen, anzureichern, antwortete knapp die Hälfte der Antwortenden mit ja, tendenziell waren dies eher die größeren Publisher. Dies sei allerdings nur beim PA möglich, nicht beim Direktverkauf. Mehrere Unternehmen erläutern, dass dabei aber insbesondere beim Nutzer-Matching zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite Probleme auftreten können, wodurch zu wenige Nutzer identifiziert werden könnten. Es könne so dazu kommen, dass die Zielgruppen zu spitz/zu klein würden. Zwei Befragte wiesen darauf hin, dass speziell Google und Meta/Facebook es jedoch nicht ermöglichen, Targetings bzw. Daten aus ihren Systemen in den eigenen DMPs der

¹²⁰ Die zum Targeting herangezogenen Daten beziehen sich meist auf eine bestimmte Person oder zumindest ein bestimmtes Gerät. Dies wird in der Regel dadurch abgebildet, dass jeder Datensatz über eine Person oder Gerät mit einem eindeutigen Identifizierer, z. B. einer Nummer, versehen wird. Unterschiedliche Anbieter von Targeting-Daten verwenden aber meist auch unterschiedliche Identifizierer. Die Herausforderung besteht dann darin, festzustellen, dass zwei unterschiedliche Identifizierer dieselbe Person oder dasselbe Gerät bezeichnen; nur in diesem Fall ergibt die Zusammenführung der an dem jeweiligen Identifizierer „hängenden“ Datenpunkte Sinn.

Kunden zu verwenden, zu kombinieren und zu steuern; es bleibe daher nur die Möglichkeit die eigenen Targetings auf die Fremdsysteme zu übertragen, wenn man die eigenen Daten mit den Daten der beiden Anbieter zusammenführen möchte.

- (170) – Bei DMPs sahen rund 50% der Befragten Probleme. Die meisten Befragten nutzen nur eine DMP oder gar keine. Viele Befragte konstatierten bei einer Parallelnutzung einen höheren Aufwand und höhere Kosten. Mehrere Befragte verweisen auf eine Notwendigkeit der Abstimmung der Daten bei Nutzung mehrerer DMP, was mit erheblichen Problemen verbunden sei. Diverse Befragte sahen den Mehraufwand einer Parallelnutzung jedoch als nicht so schwerwiegend an. Für einige wenige Befragte stellten hohe Kosten einer DMP für sich genommen schon ein Problem dar.
- (171) Die vorstehend aufgeführten Probleme spiegelten sich auch in Äußerungen auf Seiten befragter Anbieter von AdTech wider. Grundsätzlich hat hier die ganz große Mehrheit der knapp 60 Antwortenden geäußert, eine solche Parallelnutzung könne in bestimmten Konstellationen sinnvoll sein.
- (172) Am häufigsten genannt wurde die Parallelnutzung von SSPs/AdExchanges (ein Viertel der Antwortenden). Auf diese Weise könnten unterschiedliche Nachfragequellen erreicht und eine bessere Monetarisierung erzielt werden. Eine gewisse Rolle scheint auch eine Spezialisierung bestimmter SSPs/AdExchanges zu spielen.
- (173) Ein knappes Fünftel der Antwortenden nannte die parallele Nutzung mehrerer DSPs. Hier wurde als Grund spiegelbildlich zum Vorstehenden auf eine so mögliche Reichweitenerhöhung hingewiesen. Unterschiedliche Inventare seien über unterschiedliche DSPs erreichbar, manche Inventare, etwa auf YouTube, nur über bestimmte DSPs. Hingewiesen wurde ferner auf DSP-spezifische Daten und DSP-spezifische Features.
- (174) Für den AdServer, das Targeting und die Messung/Verification wurde ein Multi-Homing weniger häufig genannt. Als Grund wurde etwa eine Spezialisierung bestimmter AdServer genannt, beim Targeting unterschiedliche Datenbestände unterschiedlicher Anbieter. Zur Nutzung mehr als eines Mess-/Verification-Anbieters wurde darauf hingewiesen, dass nicht jeder solcher Anbieter in jeden „Walled Garden“ sehen könne, ferner könne es von Interesse sein, die Ergebnisse unterschiedlicher Anbieter miteinander zu vergleichen.
- (175) Knapp die Hälfte derjenigen, die auch diese Frage beantwortet haben, äußerten, dass es bei der kombinierten Verwendung unterschiedlicher technischer Dienstleistungen unter-

schiedlicher Anbieter zu Einschränkungen oder Problemen kommen könne. Problematisch speziell im Falle der parallelen Nutzung mehrerer DSPs ist nach den gemachten Angaben insbesondere, dass eine übergreifende Auswertung der Ergebnisse über gesamte Kampagnen schwierig sei und dass das Frequency Capping beeinträchtigt werde. U. U. biete man als Werbekunde zudem gegen sich selber und erhöhe damit den Preis.

(b) Probleme bei der Nutzung von AdTech-Funktionen unterschiedlicher Art von verschiedenen Anbietern

- (176) Auf die Frage nach Schwierigkeiten bei der Kombination unterschiedlicher technischer Dienstleistungen von verschiedenen Anbietern wiesen diverse Befragte sowohl der Agenturbefragung, als auch insbesondere der Publisherbefragung sowie Befragte der AdTech-Anbieterbefragung auf Probleme hin.
- (177) Von Seiten der die Werbeflächen-Nachfrager repräsentierenden Agenturen wiesen zunächst mehrere Befragte in einem übergreifenden Sinn auf teilweise auftretende Kompatibilitätsschwierigkeiten bei der Kombination von Diensten verschiedener Anbieter hin.
- (178) Spezifischer gab es diverse Hinweise auf Probleme beim Einsatz von dritten Verification-Dienstleistern (Sichtbarkeitsmessung etc.) mit Werbeflächen der großen integrierten Anbieter, insbesondere Google und Meta/Facebook. Hier scheint es ein Zulassungserfordernis zu geben, wobei die Zulassung nur bestimmten Anbietern gewährt wird. Die Hinweise blieben jedoch auf einzelne Befragte beschränkt, trotz ausdrücklicher Fragestellung im Agentur-Fragebogen haben die meisten Befragten Probleme bei der Kombination von Dienstleistungen verschiedener Anbieter ausdrücklich verneint. Dies mag möglicherweise auch auf den Einbezug diverser kleinerer Befragter zurückzuführen sein, die nur ein eingeschränktes Spektrum von Leistungen nutzen.
- (179) Diverse Befragte führten weiterhin aus, dass die Verification-Leistungen von Integral Ad Science nur im Verbund erhältlich seien oder zumindest inhaltlich klar zusammenhängende Leistungen bildeten.
- (180) Weiterhin gab es Hinweise auf Probleme beim Matching von Nutzer-IDs¹²¹ im Rahmen des Targetings. Ferner gab es konkret für P7S1 einen Hinweis auf „Cookie-Verluste“, wenn nicht AdServer und DSP von diesem Anbieter genutzt würden.

¹²¹ Siehe zum Matching bereits die vorherige Fußnote.

- (181) Die Publisherbefragung ergab insgesamt differenziertere Hinweise auf Probleme beim Zusammenspiel von unterschiedlichen Dienstleistungen von verschiedenen Anbietern. Zahlenmäßig kamen diese allerdings von unter 50% der Befragten, was möglicherweise auch hier an der hohen Zahl kleinerer Befragter gelegen haben mag, welche technische Dienstleistungen womöglich nur indirekt nutzen.
- (182) – Beim AdServer benannten etwa 40% der Befragten Probleme: Viele erklärten, inwieweit die Kompatibilität mit Dienstleistungen anderer Anbieter ein Problem sei, unterscheide sich teilweise je nach Dienstleistung. Teilweise seien Umgehungslösungen mit entsprechendem Aufwand nötig. Einige Befragte erklärten, speziell mangelnde Schnittstellen und fehlende Unterstützung von Standards durch Google seien ein Problem. Mehrere Befragte erklärten schließlich, wirtschaftliche Gründe seien ein Hinderungsgrund für die Kombination von Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter. Der Schweregrad der Probleme wird insgesamt unterschiedlich gesehen.
- (183) – Bei der AdExchange benannten ebenfalls etwa 40% der Befragten Probleme: Viele darunter erklärten, Google erlaube keine Schnittstellen für die Einbindung von Fremddienstleistern wie etwa die Pre-Bid-Technologie (= Header Bidding) bei anderen SSP. Das führe letztlich zu einem Standard-Setup mit Google-Systemen als primärem Auslieferungsinstrument, an das Dritt-SSP über deren offenen Schnittstellen angebunden würden. Dies funktioniere aber nicht optimal. Mehrere Befragte äußerten, kritikwürdig sei wieder die Einbindung von AdServer, AdExchange und SSP. Google-eigenes Inventar (vor allem YouTube) sei nur mit den Google-eigenen Dienstleistungen (vor allem AdServer) zu buchen, daher entstehe ein Sog. Um die Ergebnisse der Google AdExchange mit anderen SSPs zu vergleichen, gebe es nur suboptimale Umgehungslösungen. Ein Befragter monierte eine Bevorzugung von Google-eigenem Inventar, indem Fremdinventar als nicht brand-safe deklariert werde. Außerdem bevorzuge Google die eigene DSP, indem die Antworten anderer DSP verzögert würden. Schließlich verschleierte Google Nutzer-IDs, die es Dritten unmöglich mache, die eigenen Nutzer zu identifizieren. Die meisten Befragten, die Probleme sehen, akzeptieren diese notgedrungen, da sie keine Alternative zu den Google-Systemen sehen. Andere Unternehmen versuchen mit Umgehungslösungen, andere Dienstleister anzubinden. Einige Unternehmen verweisen darauf, dass dies zusätzliche Kosten mit sich bringe.
- (184) – Bei der SSP gaben etwa 25% der Befragten Probleme an. Viele unter diesen betrachteten fehlende Schnittstellen beim Anbieter Google sowie die Integration von AdServer,

AdExchange und SSP bei Google als Problem. Einzelne Befragte weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass alle anderen SSP über Schnittstellen Header Bidding/Prebidding zuließen. Die Einbindung von anderen Dienstleistern erfordere bei Google Umgehungslösungen.

- (185) – Bei Targeting-Dienstleistungen bejahten rund 25% Probleme im Zusammenspiel. Mehrere Befragte führten aus, Targeting-Dienstleistungen seien eher ein Zusatz- oder Subprodukt von AdServern oder SSPs, so dass die Nutzung externer Dienstleistungen mit Schwierigkeiten verbunden sei. Einige Befragte äußerten, die Einbindung sei mit zusätzlichem Aufwand verbunden. Ein Befragter gab an, die Einbindung sei in offenen Systemen problemlos möglich, nicht aber bei geschlossenen Systemen, wie Google oder Facebook. Hier müssten die entsprechenden Technologien verwendet werden.
- (186) – Bei DMP gaben ebenfalls rund 25% der Befragten Probleme im Zusammenspiel an. Mehrere Befragte führten aus, die DMPs von Walled Gardens/Google stellten die dort vorhandenen Daten nicht zur Verfügung. Daher könnten diese DMPs auch nicht mit anderen Systemen genutzt werden. Ein Befragter merkte an, die genutzte DMP müsse zum jeweiligen AdTech-Stack passen, daher funktioniere der Betrieb nicht problemlos mit Systemen anderer Anbieter. Ähnlich führten einige andere Befragte aus, die Nutzung mit anderen Systemen bedeute Aufwand und können zu Dateninkonsistenzen führen. Einige Befragte bewerteten die vorgenannten Schwierigkeiten als schwerwiegend, da erheblicher zusätzlicher Aufwand entstehe und Daten aus dem Google-Universum nur innerhalb des Google AdTech-Stacks nutzbar seien.
- (187) Hinsichtlich anderer Dienstleistungen vermerkte ein befragter Publisher, bei Verwendung unterschiedlicher Messdienstleister durch Publisher und Werbeflächen-Nachfrager könne es zu Zählabweichungen kommen. Ein weiterer Publisher wies darauf hin, dass Google, Facebook, Apple und Amazon sogenannte Unique IDs verwendeten, die keine Entsprechung außerhalb ihrer jeweiligen Ökosysteme hätten.
- (188) Auf die konkrete Frage nach dem Einsatz der AMP-Technologie ergab sich, dass von den antwortenden Publishern die Hälfte AMP einsetzt. Zur Motivation verwiesen die Befragten häufig auf eine bessere Sichtbarkeit ihrer Webseite in der Google-Suche und die daraus folgenden besseren Monetarisierungsmöglichkeiten über den Weg Google.
- (189) Kritisch an AMP beurteilt wurden neben dem Aufwand zur Umstellung vor allem zwei Folgen der mit AMP einhergehenden Reduktion der zur Webseitengestaltung einsetzba-

ren technischen Mittel. Zum einen führe diese Reduktion dazu, dass der Publisher Gestaltungsoptionen für seine Webseiten verlöre, zum anderen und vor allem bringe AMP den notwendigen Verzicht auf die Scriptsprache JavaScript mit sich. Damit aber entfalle neben der Einsetzbarkeit bestimmter Werbeformate auch die Möglichkeit, Header Bidding einzusetzen. Dies wiederum führe dazu, dass andere Vermarkter neben Google kaum eingesetzt werden könnten. Einige Befragte führten auch allgemeiner formuliert aus, dass mit AMP keine oder kaum 3rd Party-Technologie nutzbar sei und man vollständig auf Google-Technologie bei der Vermarktung angewiesen sei. Einige Unternehmen wiesen in ähnlicher Weise darauf hin, dass viele Dienstleister nicht oder nur schlecht auf AMP-Seiten funktionierten. Mittlerweile scheint es allerdings so zu sein, dass JavaScript zumindest in einer modifizierten Form der Einbindung und mit einigen weiteren Beschränkungen auf AMP-Seiten eingesetzt werden kann.¹²² Mit bestimmten Einschränkungen scheint ferner Header Bidding auf AMP-Seiten mittlerweile möglich zu sein.¹²³

- (190) Im Rahmen der Anbieterbefragung hat Meta/Facebook erklärt, dass es ein Zulassungsprogramm für Partner im Bereich Verification unterhält (für Owned and Operated Properties, aber wohl auch für MAN).¹²⁴
- (191) Im Rahmen der Befragung von AdTech-Anbietern äußerte knapp die Hälfte derjenigen, die diese Frage beantwortet haben, dass es beim Zusammenspiel von technischen Dienstleistungen unterschiedlicher Art von unterschiedlichen Anbietern zu Einschränkungen und Problemen kommen könne. Die verschiedenen Probleme erreichten dabei jeweils Einzelnennungszahlen zwischen vier und einer Nennung. Am häufigsten genannt wurden Zulassungserfordernisse großer Plattformanbieter für Drittanbieter von AdTech sowie Probleme beim Zusammenführen von Mess- bzw. Verification-Daten von unterschiedlichen AdTech-Anbietern. Es folgten Kompatibilitätsprobleme beim Zusammenspiel von AdTech unterschiedlicher Anbieter, z. T. auch subtiler Art wie etwa Timing-Probleme, die Bindung bestimmter Werbeflächen-Inventare an die Nutzung von AdTech bestimmter Anbieter sowie allgemein ein Mehraufwand bei der Nutzung von AdTech unterschiedlicher Anbieter. Weiterhin genannt wurden das Verhindern oder Behindern der

¹²² Siehe <https://blog.amp.dev/2019/08/21/amp-script-amp-heart-js/>.

¹²³ Siehe <https://headerbidding.co/header-bidding-amp/>.

¹²⁴ Siehe Antwort von Facebook auf Frage 3.j des Anbieterfragebogens und Fn. 15 des zugehörigen Cover Letters.

Nutzeridentifikation innerhalb der AdTech-Wertschöpfungskette für andere Anbieter von AdTech sowie Einschränkungen bei der Erhebung von Daten durch solche Anbieter.

(c) Bindungen zwischen AdTech und Werbeflächen

- (192) Im Rahmen der Agenturbefragung kamen Hinweise zur Bindung zwischen AdTech und Werbeflächen vor allem in Bezug auf Angebote von Google. So wiesen mehrere Befragte im Zusammenhang mit der Frage zu einem von ihnen ggf. durchgeführten Bündelbezug¹²⁵ darauf hin, dass Werbeflächen insbesondere auf YouTube programmatisch nur über die DSP von Google erhältlich seien.
- (193) Vereinzelt wurde auch in Bezug auf andere Anbieter auf derartige Bindungen hingewiesen. So wurde in Bezug auf das AdTech-Angebot von Virtual Minds (ProSiebenSat.1-Konzern) von einem Befragten die „Anbindung an spezielle deutsche Inventarquellen (ProSiebenSat.1)“ als Bezugsgrund genannt. Ein Befragter wies ferner als Bezugsgrund für die Amazon-Dienstleistungen darauf hin, dass für die Nutzung der Amazon-Daten deren DSP benutzt werden müsse, speziell auch um außerhalb des Amazon-Universums Kampagnen bzw. Werbemittel auszuspielen.
- (194) Auch im Rahmen der Publisherbefragung wiesen mehrere Befragte darauf hin, Google-eigenes Inventar (vor allem auf YouTube) sei nur mit den Google-eigenen Dienstleistungen (vor allem dem AdServer) zu buchen, daher entstehe ein Sog. Ein Befragter wies spezifischer darauf hin, dass der programmatische Zugriff auf YouTube nur über die Google-eigene DSP (DV360) möglich sei.¹²⁶
- (195) Aus umgekehrter Perspektive gebe es, worauf einzelne Befragte hinwiesen, eine exklusive Nachfrage nach Werbeplätzen über bestimmte Anbieter, die nur über deren jeweiligen AdTech-Stack zu bekommen sei.¹²⁷ So erklärte auch an anderer Stelle¹²⁸ ein Befragter, der Verzicht auf den AdServer von Google bedeute den Verzicht auf die exklusive Nachfrage von Google, ein weiterer Befragter erklärte dies in Bezug auf die AdExchange von Google.

¹²⁵ Frage 2.i des Nachfragerfragebogens.

¹²⁶ Frage 2.r des Publisherfragebogens zur Kombinierbarkeit sonstiger technischer Dienstleistungen mit anderen technischen Dienstleistungen von Dritten.

¹²⁷ Frage 2.d des Publisherfragebogens zu den Gründen des Bezugs mehrerer Bündel, wenn sich die darin enthaltenen Dienstleistungen zumindest teilweise überschneiden.

¹²⁸ Frage 2.h des Publisherfragebogens nach etwaigen Problemen beim Wechsel des AdServer-Anbieters.

(d) Probleme beim Wechsel des Anbieters technischer Dienstleistungen

- (196) Diverse befragte Publisher berichteten auch von Problemen beim Wechsel des Anbieters technischer Dienstleistungen. Jedoch handelt es sich jeweils nicht um die Mehrheit der Befragten. Soweit solche Probleme allerdings doch in einem größeren Ausmaß bestehen, sind sie möglicherweise geeignet, die Marktposition eines bestehenden führenden Anbieters zu stabilisieren, weil sie seine Angreifbarkeit durch Wettbewerber verringern.
- (197) – Beim AdServer sahen rund 20% der befragten Publisher Probleme. Vermerkt wurde ein hoher Aufwand beim Wechsel auch in zeitlicher Hinsicht. Ein Befragter gab an, es gebe kaum noch unabhängige AdServer. Auch in dem hier vorliegenden Zusammenhang wies ein anderer Befragter darauf hin, dass der Verzicht auf den AdServer von Google den Verzicht auf die exklusive Nachfrage von Google bedeute.
- (198) – Bei der AdExchange sah ein knappes Drittel der befragten Publisher Probleme. Ein Wechsel weg vom der Google AdExchange sei zwar prinzipiell möglich, würde aber zum Verlust der von Google repräsentierten Nachfrage mit ihrem hohen Anteil an der Gesamt-Nachfrage führen. Ein Wechsel sei auch nur im Rahmen des Wechsels des kompletten AdTech-Stacks möglich, woran wieder spezifische Nachfrage hänge. Geäußert wurde auch, die zu nutzende AdExchange hänge vom Vermarkter ab; es gebe kaum noch Alternativen zu Google. Ein Befragter erklärte, nur ein Wechsel zu Google sei problemlos möglich, nicht aber von Google weg.
- (199) – Bei der SSP sahen rund 20% der befragten Publisher Probleme: Benannt wurde ein erheblicher Aufwand eines Wechsels. Mehrere Unternehmen gaben an, Google sei ein unverzichtbarer Anbieter.
- (200) – Beim Targeting sahen nur rund 10% der Befragten Probleme. Einige Befragte äußerten, das Targeting erfolge im Rahmen des AdServers, daher könne der Anbieter nur im Rahmen eines Wechsels des AdServers gewechselt werden. Ein Befragter erklärte, die Targeting-Dienstleistungen bei Google seien so gut, dass man keinen anderen Anbieter benötige. Ein weiterer Befragter gab an, man müsse seine Targeting-Daten an Fremdsysteme geben, wenn man sein eigenes Targeting auf Werbeflächen-Inventar wie YouTube oder Facebook einsetzen wolle.
- (201) – Bei der DMP gaben nur knapp 10% der befragten Publisher Probleme an. Benannt wurde ein hoher Aufwand eines Wechsels, im Extremfall müsse der vorhandene Datenbestand vollständig neu aufgebaut werden.

c. Diskussion um (möglicherweise mangelnde) Transparenz im Markt

(202) In den Fachmedien wird zuweilen eine Diskussion über eine ggf. mangelnde Transparenz im Bereich des Programmatic Advertising geführt. Transparenz kann insgesamt unterschiedliche Aspekte haben. Im Rahmen der Markterhebungen sind Äußerungen der Befragten einerseits allgemeinerer Art, andererseits zu dem Umfeld der erfolgreichen Gebote in Auktionen getätigt worden.

i. Transparenz bezogen auf die Parameter der technischen Dienstleistungen selber

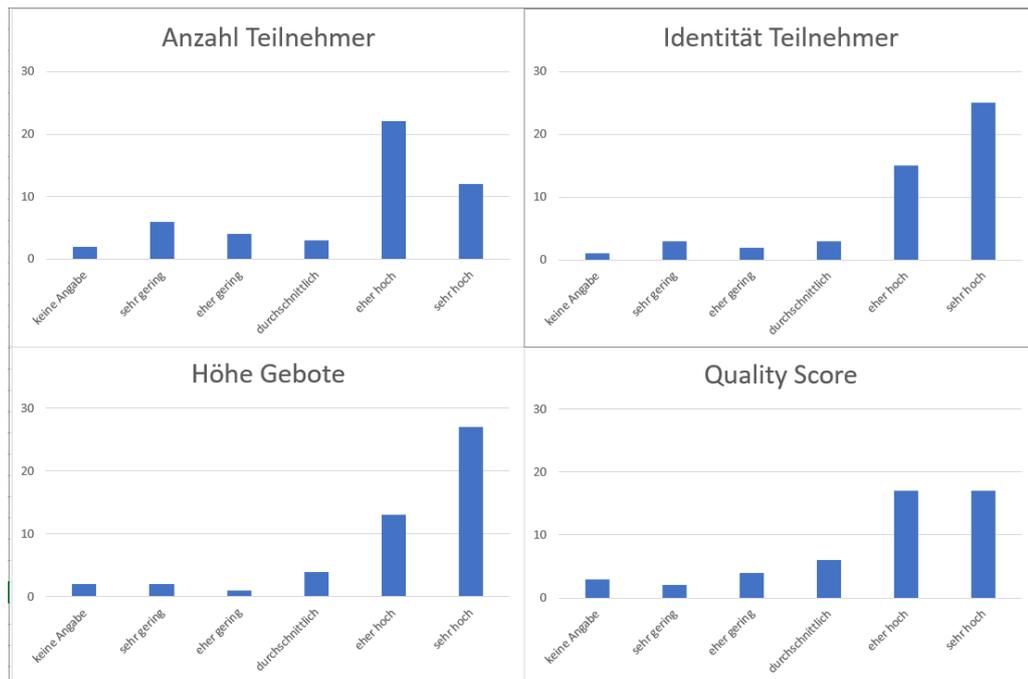
(203) Im Rahmen der Agenturbefragung monierten mehrere Befragte auf die Frage nach Gründen gegen die Nutzung von Programmatic Advertising hin eine vorhandene Intransparenz in der AdTech-Kette, einer der Befragten beanstandete auch explizit eine Intransparenz der Margen in der Kette. Gemessen an der Gesamtzahl der angegebenen Gründe war dies allerdings keine stark erhöhte Zahl an Antworten, die genannten Gründe verteilten sich insgesamt auf recht viele Kategorien.

(204) Im Rahmen der Publisherbefragung kritisierten einige Befragte auf die Frage nach den Vor- und Nachteilen bei den verschiedenen Handelsformen bei Online-Werbeflächen eine Intransparenz von Open Auctions.

ii. Transparenz in den Auktionen für Publisher über das Gebotsumfeld

(205) Grundsätzlich scheint es nach den Angaben der überwiegenden Zahl der Befragten im Rahmen der Publisherbefragung so zu sein, dass Publisher die Information über die Höhe des erfolgreichen Gebotes erhalten, nicht aber die Information über die anderen – nicht erfolgreichen – Gebote. Dies wird von einer Anzahl an Befragten kritisch gesehen.

(206) Im Ergebnis korrespondierend dazu haben die Befragten auf die gesonderte Frage nach der Wichtigkeit der Kenntnis bestimmter Informationen auf einer Skala von 0 („sehr gering“) bis 4 („sehr hoch“) die Kenntnis der Informationen „Anzahl der Teilnehmer an der Auktion“, „Identität der Teilnehmer an der Auktion“, „Höhe der abgegebenen Gebote“ und „Quality Score der Werbeflächen aus Sicht der Teilnehmer“ im hohen bis sehr hohen Bereich verortet:



- (207) Auf die entsprechenden offene Ergänzungsmöglichkeit wurden durch die Befragten auch noch weitere Informationen genannt.
- (208) Allerdings hat zumindest eine Befragte angegeben, dass entgegen den o. g. Stimmen doch auch Informationen über die nicht erfolgreichen Gebote erhältlich seien. Allerdings gelte dies nicht bei Google.
- (209) Welche Informationen der Publisher ansonsten über die Bieter und ihre Gebote erhält, scheint nach den in der Befragung gemachten Angaben unterschiedlich zu sein, mehrere Glieder in der Kette haben letztlich Einfluss darauf. Allerdings kann ein Publisher anscheinend auch Gebote ausschließen, wenn bestimmte Informationen nicht mit übermittelt werden. Überwiegend scheint der Publisher neben der Höhe des erfolgreichen Gebotes folgende Informationen zu erhalten:
- Name/Marke des Werbetreibenden,
 - Ziel-URL der Kampagne.
 - alle Informationen über den Einkaufsweg (involvierte DSP und SSP) sowie
 - Seat Name (hinterlegte Bezeichnung für Buyer/Brand bei SSP).
 - Höhe der Provisionen von SSP und DSP: Die Höhe der Provision der SSP scheint dem Publisher typischerweise bekannt zu sein (das scheinen aber nicht alle Befragten so zu sehen), die Höhe der der Provision der DSP hingegen in der Regel nicht.

- (210) Einzelne Befragte äußerten sich aber auch zufrieden über das gebotene Maß an Transparenz.
- (211) Die wettbewerblichen Konsequenzen der von diversen Befragten bemängelten Nicht-Kennntnis insbesondere der Höhe der nicht erfolgreichen Gebote *an sich* erscheinen offen. Man kann die Frage stellen, ob der Markt „besser“ funktionieren würde, wenn die entsprechende Kennntnis bei den Publishern vorhanden wäre. Möglicherweise ist dies auch nur eine Frage der Machtverteilung zwischen Publishern und Werbetreibenden: Immerhin bedeutete die Kennntnis der Höhe der nicht erfolgreichen Gebote implizit, dass die Publisher sehr viel mehr über die Bietstrategie und Preisgrenzen ihrer verschiedenen Kunden erführen.
- (212) Demgegenüber ist deutlich, dass eine Informationsasymmetrie unter Wettbewerbern besteht, wenn beispielsweise Google als Publisher bei Benutzung seiner SSP/AdExchange durch seine Publisher-Wettbewerber als einziger Publisher auch die Höhe der nicht erfolgreichen Gebote kennt. Die Informationsasymmetrie rührt zunächst aus der Doppelstellung Googles als Publisher und als SSP/AdExchange-Betreiber her. Sie wird aber dadurch sichergestellt, dass Google die Informationen insbesondere über die nicht erfolgreichen Gebote (nach den Angaben seiner Wettbewerber) durch eine bewusste Design-Entscheidung nicht weitergibt.

2. Interessenkonflikte und Diskriminierungspotenziale von vertikal integrierten Anbietern

- (213) Durch die teilweise starke vertikale Integration einzelner Anbieter von AdTech-Dienstleistungen über nahezu die gesamte Wertschöpfungskette Online-Werbung hinweg können sich auch klassische Interessenkonflikte mit Wettbewerbern ergeben, die nur auf einzelnen oder einigen Stufen dieser Wertschöpfungskette aktiv sind oder mit Nachfragern nach Werbeflächen, die auf Teile des integrierten AdTech-Stacks als neutralem Agenten vertrauen müssen. Das betrifft im Besonderen integrierte Anbieter, die als Publisher auch eine DSP betreiben und mit dieser gegenüber Nachfragern nach dem eigenen Inventar auftreten sowie Anbieter von Vermarktungstechnik von vor allem programmatisch gehandeltem Inventar, die gleichzeitig auch in erheblichem Umfang als Publisher tätig sind.

a. Potenzielle Interessenkonflikte, wenn ein Publisher eine DSP betreibt

- (214) Derartige Interessenkonflikte gegenüber Nachfragern nach Werbeflächen bestehen bei der AdTech-„Handelstechnik“ im engeren Sinne insbesondere bei Google, aber auch zum

Beispiel bei P7S1. Beide sind Publisher und Vermarkter, verfügen aber neben einer SSP auch über eine DSP. Das wirft die Frage auf, ob die DSP dieser beiden (und ggf. weiterer Anbieter) tatsächlich immer im besten Interesse der Werbeflächen-Nachfrager agiert. Wenn nicht, könnte sich die Rolle einer DSP verändern, d. h. weg vom „Agenten des Nachfragers“ und hin zur nachfragerseitigen Schnittstelle des Werbeflächen-Anbieters.

- (215) Einzelne Unternehmen haben in der im Rahmen dieser Untersuchung durchgeführten Befragung auch darauf hingewiesen, dass, unabhängig von der Publishereigenschaft eines Anbieters, Arbitragegewinne möglich seien, wenn ein vertikal integrierter Anbieter Einkaufs- und Verkaufsplattformen für Werbeinventar kontrolliere.

b. Potenzielle Interessenkonflikte, wenn ein Publisher auch auf Märkten für Vermarktungstechnik über eine starke Position verfügt

- (216) Interessenkonflikte im Verhältnis von vertikal integrierten Anbietern gegenüber Wettbewerbern, die nur auf einzelnen Stufen der Wertschöpfungskette aktiv sind, ergeben sich durch die weitgehende Kontrolle des integrierten Anbieters hinsichtlich des Markterfolgs der Wettbewerber. Dies gilt vor allem dann, wenn der integrierte Anbieter auf einer oder mehreren Stufen der Wertschöpfungskette eine derart wichtige Position einnimmt, dass er durch die Wettbewerber auf anderen Stufen kaum umgehbar ist.
- (217) Einige Marktteilnehmer haben wiederholt vorgebracht, dass Google das Werbeinventar Dritter gegenüber dem eigenen Inventar diskriminiere. Dies geschehe etwa dadurch, dass Fremdinventar durch die Google AdExchange als nicht „brand-safe“ deklariert werde und somit zumindest im Rahmen einiger Kampagnen nicht durch Kunden gebucht werde. Dies geschehe nach Vortrag von Marktteilnehmern regelmäßig ohne dass Google die Deklaration des Fremdinventars als nicht brand-safe nachvollziehbar begründe. Nach dem Vortrag einzelner Marktteilnehmer bestehen diese Probleme insbesondere dann, wenn sich Werbeflächenanbieter außerhalb des Full-Stacks von Google bewegen, also auf bestimmte Leistungen der AdTech-Wertschöpfungskette außerhalb der Dienste von Google zurückgreifen. Derartige Probleme bei der Nutzung von AdTech-Dienstleistungen anderer Anbieter mit Dienstleistungen von Google bei der Vermarktung von Werbeflächen können im Ergebnis einen erheblichen Sog auf die Nutzung des Full-Stacks von Google zur Folge haben, unabhängig davon, ob es sich um eine gezielte Diskriminierung von Fremdinventar handelt oder technische Probleme Ursache für die vorgetragene Ungleichbehandlung des Inventars sind.

3. Weitere Entwicklung der Rolle des Programmatic Advertising

a. Bedeutung des programmatischen Absatzes und weitere Perspektiven

- (218) Programmatic Advertising als Weg zum Absatz von Werbeflächen hat bereits eine hohe Bedeutung, die voraussichtlich noch weiter steigen wird.
- (219) Der Anteil der via Programmatic Advertising gehandelten Online-Werbeflächen liegt nach den von den Befragten im Rahmen der Agenturbefragung abgegebenen Schätzungen bei 40% bis 60%. Die Werte hängen sehr von der Schätzbasis ab, insbesondere auch davon, ob die integrierten Systeme von Google und Meta/Facebook als Fall von Programmatic Advertising angesehen werden oder nicht – was im Markt uneinheitlich gesehen wird.
- (220) Nach fast einhelliger Erwartung der Befragten auf eine entsprechende Frage hin ist von einer weiteren Steigerung des Anteils via Programmatic Advertising gehandelter Flächen auszugehen.
- (221) Dies wird auch von einer erwarteten technischen Entwicklung gestützt: Auf die Frage nach der erwarteten technischen Entwicklung bei Programmatic Advertising war die Antwort mit der höchsten Zahl an Nennungen diejenige nach einer Ausweitung der Methode des Programmatic Advertising auf weitere Werbekanäle wie Digital Out Of Home (DOOH) und Adressable TV (ATV). Diese hat auch bereits begonnen, so bietet etwa ein Unternehmen eine programmatische Plattform unter anderem für ATV an, über die Werbeflächen in den entsprechenden Angeboten vieler Privatsender gebucht werden können.
- (222) Dass ein bestimmtes Segment der Werbeaktivitäten wegen mangelnder Eignung für die Bespielung von Flächen durch Programmatic Advertising das Wachstum bremsen oder begrenzen könnte, lässt sich aus den Befragungsergebnissen heraus nicht zeigen. Auf die Frage nach der Eignung oder Nichteignung von Programmatic Advertising für bestimmte Arten von Werbemaßnahmen gab es unter den Befragten de facto keinen Konsens; wenn die eine Gruppe Programmatic Advertising für eine bestimmte Art von Werbemaßnahme für *überdurchschnittlich* gut geeignet hielt, gab es in der Regel eine andere, zumindest signifikante Gruppe, die Programmatic Advertising für diese Art von Werbemaßnahme für *unterdurchschnittlich* gut geeignet hielt. Allerdings war in den Segmenten mit den absolut höchsten Nennungszahlen – Markenbildung und Performance Marketing – die

Größe der Gruppe derjenigen, die Programmatic Advertising für hierfür überdurchschnittlich gut geeignet hielt, etwa doppelt so groß, wie die Gruppe derjenigen, die Programmatic Advertising hier für unterdurchschnittlich gut geeignet hielt.

- (223) Die Bedeutung von Daten über Eigenschaften und Interessen der Nutzer für Programmatic Advertising ist (naturgemäß) hoch, und zwar höher als bei herkömmlicher Werbevermarktung (siehe hierzu auch unten unter Ziffer (238)ff.). Insofern werden die Entwicklungsaussichten von Programmatic Advertising auch von der Verfügbarkeit solcher Daten abhängen. Darauf wiesen auch einige Befragte auf die Frage nach der weiteren Entwicklung hin.
- (224) Auf die Frage hin, wie sich Qualität und Verfügbarkeit der Daten in den letzten drei Jahren vor der Befragung entwickelt haben, gab von den klar einordbaren Antworten (nicht alle waren das) die überwiegende Zahl Verbesserungen in Quantität und Qualität an. Die Verbesserungen wurden überwiegend darauf zurückgeführt, dass das Segment Programmatic Advertising deutlich gewachsen ist, sich weiter entwickelt und professionalisiert hat und Programmatic Advertising nicht mehr so sehr (wie anfangs zumindest teilweise) als "Resterampe" für anderweitig nicht absetzbare Werbeflächen angesehen wird. In Einzelfällen wurden auch technische Verbesserungen angeführt, z. B. durch Machine Learning. Wenn hingegen Verschlechterungen in der Verfügbarkeit und auch der Qualität angegeben wurden, dann wurden diese in der Regel auf die DSGVO zurückgeführt. Tendenziell wurden auch von einigen Befragten Zweifel an der Qualität (im Sinne von Ist-Zustand) der Daten geäußert.
- (225) Auf die Frage nach der weiteren Entwicklung bei Qualität und Verfügbarkeit von Daten gab es nur relativ wenige Antworten. Es überwog in der Tendenz dabei eine Sicht, die eher Verschlechterungen erwartete. Angenommene Verschlechterungen bei Verfügbarkeit und Qualität der Daten wurden meist auf die DSGVO, die Blockade von sogenannten Third Party Cookies (TPC) durch die Browser oder auf ein gestiegenes Datenschutzbewusstsein bei den Nutzern zurückgeführt. Vereinzelt wiesen Befragte darauf hin, dass die Erstreckung des programmatischen Ansatzes auf andere Medien zu einer Ausweitung der Datengrundlage führen könne. Vereinzelt wurde auch darauf hingewiesen, dass sich die Qualität der Daten über wenig datenschutzbewusste Nutzer eher verbessern könnte, während über datenschutzbewusste Nutzer immer weniger Daten verfügbar sein würden.

- (226) Die bereits hohe Bedeutung des programmatischen Absatzes spiegelt sich auch auf Anbieterseite (Publisherseite). Zwar verkaufen noch fast alle im Rahmen der Publisherbefragung kontaktierten Unternehmen (66 von insgesamt 77 befragten Unternehmen) ihr Inventar (auch) im Wege des traditionellen Direktgeschäfts. Es hat für die direkt verkaufenden Unternehmen mit durchschnittlich gut 58 % der befragten Publisher (nicht umsatzgewichtet) auch nach wie vor die höchste Bedeutung¹²⁹. Die zweithäufigste Form für den Verkauf von Online-Inventar ist die Open Auction, die 45 der insgesamt 77 befragten Unternehmen nutzen. Dabei gaben diese Unternehmen die Bedeutung der Open Auction für den Vertrieb ihrer Werbeflächen mit durchschnittlich rund 33 % an. Private Deals und Private Auctions werden immerhin noch von 33 bzw. 34 der befragten Unternehmen genutzt, diese Formen des Inventarverkaufs haben aber mit durchschnittlich 8 % eine erheblich geringere Bedeutung für den Verkauf des gesamten Inventars.
- (227) Für die Zukunft erwarten die befragten Publisher im Durchschnitt eine leichte Abnahme der Bedeutung des herkömmlichen Direktgeschäfts (-0,28 auf einer Skala von -2 („starke Abnahme“) bis +2 („starke Zunahme“)). Für die Hauptformen des Programmatic Advertising erwarten sie hingegen eine Zunahme. Diese fällt hinsichtlich der Open Auction mit einem Wert von 0,48 in den Erwartungen eher moderat aus. Hingegen gehen die befragten Publisher von einer deutlicheren Steigerung der Bedeutung von Private Auctions (0,97) und Private Deals (0,93) aus.
- (228) Hinsichtlich anderer Handelsformen aus dem programmatischen Universum, d. h. jenseits der Hauptformen, wurden einige Male Programmatic Guaranteed, Backfill¹³⁰ oder auch spezielle Mechaniken, wie etwa der Facebook-Auktions-Mechanismus genannt. Auch für diese Verkaufsformen erwarten die Befragten eine Bedeutungszunahme (0,82 und 1,00).
- (229) Ob Programmatic Advertising den herkömmlichen Handel mit Werbeflächen mittelfristig gänzlich verdrängen wird, ist trotz des in den letzten Jahren deutlich wachsenden Anteils dieser Handelsform an allen Handelsgeschäften mit Online-Werbeflächen schwer abschätzbar. Die befragten Publisher sehen neben Vorteilen durchaus auch Nachteile des

¹²⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Publishern, die sich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung geäußert haben, vorwiegend um größere und mittelgroße Publisher handelt. Das präsentierte Ergebnis könnte bei einem Einbezug kleinerer Publisher abweichen.

¹³⁰ Inventar, welches nicht so profitabel oder nur schwer verkäuflich ist, wird mit Hilfe von indirekten Transaktionen angeboten, bei denen mehrere Käufer im Rahmen einer Auktion Gebote abgeben und miteinander konkurrieren.

Programmatic Advertising. Betrachtet man die Extreme – das klassische bilateral vereinbarte Geschäft auf der einen Seite und die Open Auction im Rahmen des Programmatic Advertising auf der anderen Seite – so werden auf der Seite des klassischen Direktgeschäftes die Planungssicherheit für die Publisher, etwa durch fest vereinbarte Preise und Ausspielvolumina, höhere erzielbare Preise, der direkte Kundenkontakt und die Möglichkeit, für den Kunden individuelle Kampagnen auszusteuern, die etwa mit Sonderformaten arbeiten und besonders hohen Werbedruck erzeugen sollen, genannt. Zudem wird erwähnt, dass diese Handelsform eine gute Kontrolle der Publisher über die Auslieferungs-Prozesse sowie über ihr Inventar erlaubt - insbesondere über das besonders hochwertige Inventar, das sogenannte Premium-Inventar. Diese sei hingegen beim Open Auction-Verfahren nicht so gut zu gewährleisten. Dafür sei beim klassischen Direktgeschäft die Verfügbarkeit von Daten (z. B. Targeting-Daten des Kunden) eingeschränkt, was zu Streuverlusten oder eingeschränkter Reichweite führe. Beim Open Auction-Verfahren hingegen ist der meistgenannte Vorteil derjenige des Zugangs zu einer hohen, weltweiten Nachfrage, der es den Publishern erlaubt, freie Restplätze zum besten Preis zu verkaufen. Dabei würde den Publishern Nachfrage zugänglich gemacht, die ihnen andernfalls nicht zur Verfügung stünde. Es könnten so auch Werbeplätze belegt werden, die sonst frei blieben. Viele befragte Publisher betonen den – auch im Vergleich zum Direktgeschäft – relativ geringen Aufwand der Vermarktung über Open Auctions. Die weiter abgefragte Mischformen Private Deal und Private Auction liegen tendenziell auch in der Bewertung durch die befragten Publisher zwischen den vorgenannten Polen.

b. Konsequenzen

- (230) Auf die Frage, ob die Entwicklung des via Programmatic Advertising gehandelten Anteils an Werbeflächen Auswirkungen auf die Anbieterstruktur bei den Werbeflächen selbst haben werde, bejahten die allermeisten Befragten der Agenturbefragung solche Auswirkungen. Unter den dann genannten Auswirkungen war eine Zunahme der Konzentration die meistgenannte. Es folgten mit Abstand die Erwartung einer Zunahme an Werbeflächen und in allgemeinerer Form ein Anpassungsdruck auf Publisher.
- (231) Nach Antwort der Mehrheit der befragten Agenturen hat der Trend zu Programmatic Advertising auch Auswirkungen auf die Rolle der Mediaagenturen gehabt. Meistgenannte Veränderung war in diesem Zusammenhang, dass mehr technikbezogenes Know-how in den Agenturen benötigt wird, während nach außen im Verhältnis zu den Werbekunden der Bedarf an Beratung stieg (zweithäufigst genannter Punkt). Die Mehrzahl der

Befragten erwartet in den kommenden Jahren auch noch weitere Veränderungen in der Rolle der Agenturen, wobei jedoch im Einzelnen eine Vielzahl unterschiedlicher Punkte genannt wurden. Nur leicht stachen bei diesem Blick in die Zukunft die beiden zur Entwicklung in der Vergangenheit besonders häufig genannten Punkte – mehr technisches Know-How bei den Agenturen erforderlich und größerer Beratungsbedarf der Kunden – heraus.

D. Veränderungen beim Zugang zu (personenbezogenen) Daten und Folgen für das System des Handels mit Online-Werbung

- (232) Nimmt man das Gesamtbild in den Blick, das sich aus dem unter B. und C. Dargestellten ergibt, löst sich dabei aber von einer reinen Betrachtung des Status Quo und richtet den Blick auf die sich daraus denkbar ergebenden grundsätzlicheren und perspektivischeren Fragen der nicht suchgebundenen Online-Werbung mit wettbewerblichen Implikationen, so zeichnet sich davon zunächst vor allem eine ab: Es ist die Frage nach Veränderungen beim Zugang zu Daten für Werbezwecke und nach den wettbewerblichen Konsequenzen unterschiedlicher Entwicklungswege hierbei.
- (233) Online-Werbung und insbesondere das Programmatic Advertising-System hängen – jedenfalls in ihrer gegenwärtigen Form – wie bereits angesprochen, stark von Daten ab (dazu unten I.). Daher kann eine veränderte, insbesondere eine verringerte Verfügbarkeit von Daten auch die weitere Marktentwicklung erheblich beeinflussen.
- (234) Solche Veränderungen bei der Verfügbarkeit von Daten sind in näherer Zukunft gut möglich, wenn nicht gar wahrscheinlich (dazu unten II.). Es ist erkennbar, dass das allgemeine Bewusstsein für den massiven Umfang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten und teilweise auch für die daraus folgenden gravierenden Risiken in den letzten Jahren deutlich gestiegen ist. Dies hat bereits zu technischen Reaktionen mit dem Ziel der Erschwerung der Datenerhebung und -verarbeitung und auf rechtlicher Ebene zu Verfahren der Datenschutzbehörden beispielsweise in Belgien,¹³¹ Frankreich¹³² und Deutschland¹³³ geführt, sowie zu rechtspolitischen Diskussionen um gesetzliche Ein-

¹³¹ <https://www.heise.de/news/Belgischer-Datenschuetzer-Zentraler-Standard-fuer-Cookie-Banner-rechtswidrig-6346178.html>.

¹³² <https://www.heise.de/newsticker/meldung/DSGVO-Verstoesse-Frankreich-verhaengt-Millionen-Strafe-gegen-Google-4283765.html>; zu einem weiteren Verfahren siehe <https://www.heise.de/news/Franzoesische-Datenschutzbehoerde-Millionenstrafen-fuer-Google-und-Facebook-6319378.html>, inzwischen gerichtlich bestätigt, vgl. <https://www.heise.de/news/Cookie-Einwilligung-Franzoesisches-Gericht-bestaetigt-hohe-Strafe-gegen-Google-6342543.html>.

¹³³ <https://www.heise.de/news/Datenschuetzer-will-Facebook-Nutzung-von-WhatsApp-Daten-untersagen-6013690.html>, das Eilverfahren wurde allerdings später durch den EDSA aus Gründen der innereuropäischen Zuständigkeit ausgesetzt, siehe <https://www.heise.de/news/EU-Datenschuetzer-tragen-deutsche-Eilanordnung-gegen-WhatsApp-nicht-mit-6139592.html>; vgl. auch BKartA, Beschluss vom 6.2.2019, B6-22/16 – Facebook, herunterladbar unter www.bundeskartellamt.de.

schränkungen bis hin zum völligen Verbot der Werbeauspielung auf der Basis personenbezogener Daten, derzeit etwa im Rahmen der Diskussionen um eine europäische E-Privacy-VO (EPrVO) und einen europäischen Digital Services Act (DSA).

- (235) Aus wettbewerblicher Sicht sind vor allem zwei Konsequenzen solcher Einschränkungen denkbar und als Frage von Interesse. Sie wären gegen die möglicherweise erheblichen Vorteile für den Schutz der Nutzer und ihrer Daten abzuwägen (dazu unten III.): Die erste dieser Fragen ist, ob solche Einschränkungen zu einem insgesamt weniger vielfältigen und leistungsfähigen System (vor allem nicht suchgebundener) Online-Werbung führen und was dies für die Marktteilnehmer und die Vielfalt auch nutzerseitiger Angebote bedeutet. Die zweite Frage betrifft eine mögliche Asymmetrie beim Zugang zu Daten. Eine solche Asymmetrie wird bereits heute von diversen Marktteilnehmern postuliert: Speziell die großen Plattformanbieter hätten hier einen gravierenden Vorsprung, insbesondere aus einer Vielzahl von eigenen, vor allem nutzerseitigen Diensten als Datenquelle. Von Interesse ist daher, ob Einschränkungen beim Zugang zu Daten eine solche ggf. vorbestehende Asymmetrie verstärken könnten oder eine noch nicht vorbestehende Asymmetrie begründen könnten. Die Frage wird in der aktuellen öffentlichen Diskussion von diversen Marktteilnehmern, vor allem Publishern, die sich auf das aktuelle, werbefinanzierte und dabei datengestützte Geschäftsmodell stützen, bejaht.
- (236) Das bisher erkennbare Gesamtbild weckt jedoch Zweifel, ob die Nachteile einer verringerten Verfügbarkeit von Daten im Vergleich zu den daraus folgenden Vorteilen für die Nutzer tatsächlich so groß sind, dass es sich in der Abwägung aus wettbewerblicher Sicht aufdrängen würde, die gegenwärtige Datenverfügbarkeit möglichst zu erhalten. Schon im Hinblick auf die Frage der allgemein verringerten Verfügbarkeit von Daten und die möglichen Folgen für Vielfalt und Leistungsfähigkeit des Systems (nicht suchgebundener) Online-Werbung ist eine genauere Analyse angezeigt, welchen Umfang die von Marktteilnehmern postulierten generellen negativen Folgen tatsächlich hätten. Dabei gilt es auch, die Postulate kritisch zu hinterfragen. So ist für die Frage der Refinanzierbarkeit von nutzerseitigen Diensten – weiterhin auch durch Werbung – unter veränderten Bedingungen darauf zu achten, den richtigen Vergleichsmaßstab heranzuziehen, nämlich grundsätzlich eine Situation, in der alle oder fast alle Marktteilnehmer das gegenwärtige „datenintensive“ Geschäftsmodell so nicht mehr verfolgen können. Ferner ist bei der Analyse zu berücksichtigen, welche Umstellungsmöglichkeiten auf „datenschonendere“ Geschäftsmodelle tatsächlich bestehen. Auch ist die Frage zu beantworten, ob und in-

wieweit Werbefinanzierung tatsächlich – wie in der Diskussion immer wieder vorgebracht – ein „besseres“ Modell als die direkte Entgeltfinanzierung ist. Bei der Gesamtabwägung etwaiger verbleibender Nachteile der den Datenzugang beschränkenden Maßnahmen gegen andere Interessen schließlich müssen die wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Risiken der massiven Datenerhebung berücksichtigt werden.

- (237) Soweit die zweite Frage nach asymmetrischen Auswirkungen untersucht wird, müssen auch mögliche Korrekturen durch Regulierung in die Betrachtung einbezogen werden. Denn die Asymmetrie ist nicht naturgegeben, sie hängt auch wesentlich von den datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten für diejenigen Unternehmen ab, zu deren Gunsten die Asymmetrie bislang wirkt.

I. Rolle von Daten im Zusammenhang mit Online-Werbung

- (238) Werbung besteht im Kern aus dem Transport einer Botschaft zu einer Zielgruppe, verbunden mit einer Zielsetzung wie etwa der Verankerung eines bestimmten Markenimages in der Vorstellungswelt der Zielgruppe oder dem Auslösen eines Kaufs. Einer der wesentlichen Wettbewerbsfaktoren für die Anbieter von Werbeflächen war daher immer schon die Reichweite des angebotenen Werbeträgers in den jeweils nachgefragten Zielgruppen. Im „analogen“ Zeitalter bei Werbeformen wie Zeitungs-, Radio- oder TV-Werbung wurde regelmäßig das inhaltliche Umfeld des fraglichen Werbeplatzes herangezogen, um daraus Annahmen darüber abzuleiten, welche Zielgruppen Werbung auf dem Werbeplatz voraussichtlich zu Gesicht – oder zu Ohr – bekommen würden (heute als Content-Targeting bezeichnet, siehe dazu auch oben unter Ziffer (15)). Der Absatz und die Nutzung von Online-Werbung hingegen basieren sehr stark auf Daten über den individuellen (ggf. auch nur potentiellen) Werberezipienten. Denn bei Online-Werbung kann die Aussteuerung so in einem ganz anderen Umfang davon abhängig gemacht werden, welche Eigenschaften, Interessen und Intentionen derjenige hat, der vor dem jeweiligen Bildschirm sitzt und den Träger der Werbefläche abrufen – und wird dies auch.
- (239) Das Vorhandensein oder das Fehlen von Daten beeinflussen auch den erzielbaren Preis bzw. Umsatz, wobei allerdings die Aussagen darüber deutlich schwanken, um welches Ausmaß es dabei geht. Das jeweils beobachtete Ausmaß kann allerdings auch von unterschiedlichen Vergleichsgrößen – etwa Einnahmen der Publisher einerseits oder Ausgaben der Werbetreibenden andererseits (wobei von letzteren ein Teil typischerweise bei Intermediären verbleibt) – beeinflusst sein. Ebenso ist es denkbar, dass die betrachteten

Publisher bzw. die betrachteten Nutzergruppen das Ergebnis beeinflussen. So mögen bestimmte Gruppen von Inhalten sich besser für Content Targeting, das als Ersatz bei fehlenden Daten über einen Teil der Nutzer zum Einsatz kommen mag, eignen als andere.

- (240) Jedenfalls verweigerten beispielsweise nach Angaben eines befragten Unternehmens rund 35 % der Nutzer die nach dem Inkrafttreten der DSGVO erforderliche Einwilligung in die Datenverarbeitung zu Werbezwecken, was zu einer Umsatzreduktion um rund 10 % führe. Ein anderes Unternehmen hat im Rahmen der Publisher-Befragung erläutert, gemeinsam mit dem (stagnierenden) Einsatz von AdBlockern hätten die von Browsern automatisch ausgerollten Mechanismen zur Blockade von TPC spätestens ab September 2019 die Monetarisierung von ca. 40% des gesamten Inventars ohne Mitwirkung der Endnutzer nahezu unmöglich gemacht. Ein weiterer Befragter sieht neben klassischen Adblockern auch Programme zum Blockieren externer Skripte als Herausforderung. Hier sei zwar grundsätzlich eine Ausspielung von Anzeigen weiter möglich, diese Ad Impressions seien für Vermarkter und Werbetreibende jedoch nicht messbar und würden damit als "nicht ausgeliefert" verbucht. In diesem Zusammenhang führen einige weitere Unternehmen aus, dass das Blocking auf Browser-Ebene problematisch für die Monetarisierung sei.
- (241) Eine veröffentlichte Studie kommt aufgrund der Beobachtung von Transaktionen an einer US-amerikanischen AdExchange zu dem Ergebnis, dass Internet-Nutzer, die sich über das AdChoices-Programm¹³⁴ gegen per Behavioural Targeting ausgespielte Werbung entschieden haben, bezogen auf die einzelne Werbeschaltung 52% weniger Umsatz einbringen, als solche, die das nicht getan haben.¹³⁵ Schon einige Jahre älter ist eine Studie, die einen zufälligen Teil der über den Zeitraum einer Woche angefallenen Transaktionen mit Werbeflächen mit der Rezipientengruppe US-Nutzer auf zwei AdExchanges analysiert

¹³⁴ Das AdChoices-Programm, ein Instrument der Selbstregulierung ursprünglich der US-amerikanischen Werbeindustrie, ermöglicht Internet-Nutzern hinsichtlich der teilnehmenden Unternehmen ein Opt-Out aus dem Auspielen von Online-Display-Werbung per Behavioural Targeting und partiell aus dem Tracking. Es überlagert dazu Display-Werbung mit einem kleinen blauen Icon, das den Nutzer zu einer Webseite führt, auf der er den Opt-Out erklären kann. Der Opt-Out wird seinerseits in einem Cookie gespeichert. Ein Opt-Out bedeutet nicht, dass der Nutzer keine Werbung mehr sieht oder gänzlich nicht mehr getrackt wird. Siehe <https://youradchoices.com/pmc> und das nachfolgend zitierte Paper von Johnson et al., S. 7ff.

¹³⁵ Johnson/Shriver/Du, Consumer privacy choice in online advertising: Who opts out and at what cost to industry?, Juni 2019, siehe https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3020503.

hat.¹³⁶ Nach ihr erzielten Transaktionen, bei denen Cookies und über diese wiederum Nutzerdaten verfügbar waren, einen Preis, der um mindestens 60% über dem Durchschnittspreis lag. Eine andere, recht aktuelle Studie kommt hingegen nur zu einem Unterschied in Höhe von 4% bei dem vom Publisher erzielten Umsatz zwischen Nutzern, zu denen Cookies verfügbar sind und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist; dies allerdings auf der Basis von Daten eines einzelnen – wenn auch großen – Publishers mit verschiedenen medialen Webseiten.¹³⁷ Meta/Facebook hat öffentlich geäußert, im Rahmen eines Experiments mit Werbung für die Installation mobiler Apps habe man festgestellt, dass ein Verzicht auf die Personalisierung bei der Ausspielung zu einem Verlust von mehr als 50% des Publisher-Umsatzes führe.¹³⁸ In einem von Google publizierten Bericht über ein von dem Unternehmen durchgeführtes Experiment wird ausgeführt, man habe im Rahmen des programmatisch arbeitenden Teils des Google Ad Managers bei einem kleinen Anteil zufällig ausgewählter Nutzer (Testgruppe) den Zugang zu Cookies gesperrt. Als Ergebnis hätten diese Nutzer nur noch nicht-personalisierte Werbung gesehen. Im Anschluss habe man für die „Top 500 Global Publishers“ beobachtet, dass sich der durchschnittliche Umsatz in der Testgruppe um 52% verringert habe, mit einem Mittelwert der Umsatzverringering pro Publisher bei 64%.¹³⁹

- (242) Zu den jüngsten Maßnahmen Apples, die Nutzung bestimmter, von Apple näher umschriebener Formen des Trackings für App-Anbieter nur noch dann zuzulassen und die eindeutige Kennung für Werbezwecke unter dem mobilen Betriebssystem iOS nur noch dann verfügbar zu machen, wenn ein auf Nachfrage explizit erklärtes Opt-In des Nutzers pro App vorliegt (App Tracking Transparency, ATT), gibt es bislang noch keine Ermittlungsergebnisse aus Verfahren,¹⁴⁰ jedoch verschiedene öffentliche Äußerungen und eine

¹³⁶ Beales/Eisenach, An Empirical Analysis Of The Value Of Information Sharing In The Market For Online Content, Januar 2014, siehe https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2421405 (die Studie entstand mit Unterstützung des Branchenverbandes Digiati Advertising Alliance).

¹³⁷ Siehe Marotta/Abhishek/Acquisti, Online Tracking and Publishers' Revenues: An Empirical Analysis, https://weis2019.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/6/2019/05/WEIS_2019_paper_38.pdf.

¹³⁸ <https://developers.facebook.com/blog/post/2020/06/18/value-of-personalized-ads-thriving-app-ecosystem/>.

¹³⁹ https://services.google.com/fh/files/misc/disabling_third_party_cookies_publisher_revenue.pdf.

¹⁴⁰ Das Bundeskartellamt hat allerdings im Juni 2022 ein Verfahren zur kartellrechtlichen Prüfung der Tracking-Regelungen Apples sowie des ATT-Frameworks eingeleitet. Es geht dabei insbesondere dem Anfangsverdacht nach, dass diese Regelungen Apples eigene Angebote

akademische Arbeit. Als Folge der Änderung, so etwa Meta/Facebook, seien nach Äußerungen vieler Geschäftspartner Kosten gestiegen und es sei schwieriger geworden, Werbekampagnen auf dem Dienst Facebook zu messen.¹⁴¹ In Bezug auf die eigenen Werbeumsätze hat Meta später ausgeführt, man gehe für das Jahr 2022 allein durch die von Apple eingeführten Maßnahmen von einem Umsatzrückgang von 10 Mrd. US-Dollar aus.¹⁴² Qualitativ von Nachteilen hat auch Snap, das Unternehmen hinter dem Angebot Snapchat, berichtet.¹⁴³ Lotame, ein AdTech-Unternehmen, hat öffentlich geschätzt, die von Apple vorgenommene Änderung habe bei den Unternehmen Meta, Snap, YouTube und Twitter über die ersten Monate zu einem Umsatzausfall von knapp 10 Milliarden US-Dollar geführt.¹⁴⁴ Eine Untersuchung von *Kesler* hat es unternommen, etwaige Folgen der Änderung Apples indirekt zu erfassen und diesbezüglich untersucht, ob sich nach der Einführung von ATT auf der Apple-Plattform eine Zunahme des Modells direkter Entgeltlichkeit zur App-Finanzierung zeigen ließ; dies sei tatsächlich in mäßigem Umfang der Fall.¹⁴⁵ Dass die beobachtbare Zunahme nicht höher ausfalle, liege möglicherweise auch daran, dass ein Teil der App-Anbieter auf andere Tracking-Techniken ausweiche, die von Apples Maßnahmen nicht oder nur partiell erfasst würden.¹⁴⁶

- (243) Zwar war auch die Werbeaussteuerung im analogen Zeitalter nicht gänzlich „datenfrei“: So ließ sich im Rahmen des sogenannten Content-Targetings etwa aus der Ausrichtung eines Werbeträgers als Special Interest-Medium zum Beispiel für den Skisport mit großer Wahrscheinlichkeit darauf schließen, dass sich die Konsumenten dieses Mediums eben

bevorzugt behandeln und/oder andere Unternehmen behindern könnten. Siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.html.

¹⁴¹ <https://www.facebook.com/business/news/navigating-change-and-improving-performance-and-measurement>.

¹⁴² <https://www.heise.de/news/Meta-Apple-kostet-uns-dieses-Jahr-10-Milliarden-US-Dollar-6346929.html>.

¹⁴³ Siehe <https://www.heise.de/news/Apple-Gegenwind-fuer-Snapchat-Snap-Aktien-sacken-ab-6225950.html>.

¹⁴⁴ Vgl. <https://www.heise.de/news/Tracking-Nachfrage-auf-iPhones-kostet-Facebook-Co-angeblich-Milliarden-6238220.html>; eine Nachbetrachtung durch das Unternehmen einige Monate später findet sich unter <https://www.lotame.com/idfa-and-big-tech-impact-one-year-later/>.

¹⁴⁵ Kesler, The Impact of Apple's App Tracking Transparency on App Monetization, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4090786.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu auch Kollnig et al., Goodbye Tracking? Impact of iOS App Tracking Transparency and Privacy Labels, <https://arxiv.org/abs/2204.03556>.

für diesen Sport und damit vielleicht auch für dort beworbene Ausrüstung oder Urlaubsorte interessieren würden. Ebenso ließen sich aus dem inhaltlichen Niveau eines Trägermediums mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Rückschlüsse auf das Bildungsniveau der Leserschaft und so indirekt auch auf deren Einkommensverhältnisse ziehen. Es handelt es sich jedoch meist um vergleichsweise grobe Kategoriebildungen für die Werbeaussteuerung und diese waren jeweils auch immer nur auf das einzelne Medium bezogen und teilweise – insbesondere bei Trägermedien mit einer eher allgemeinen Ausrichtung wie beispielsweise einer Tageszeitung – sehr wenig trennscharf.

- (244) Ein solches Content Targeting findet sich auch heute noch. Für Werbung in Print-Medien wie Zeitungen und Zeitschriften gilt dies ohnehin, Formen des Content-Targeting finden sich aber selbst bei Online-Werbung, und sei es kombiniert mit oder als Alternative zu neueren Formen. Eine Rolle kann Content Targeting z. B. beim sogenannten Native Advertising spielen, bei dem die Werbung so gestaltet ist, dass sie sich möglichst dem Umfeld anpasst und so weniger als Werbung auffällt.
- (245) Die relative Bedeutung des Content Targeting-Ansatzes hat jedoch im Bereich der Online-Werbung abgenommen. Heutige Methoden zur Aussteuerung von Online-Werbung setzen direkter am einzelnen Nutzer vor dem Bildschirm oder zumindest an dessen Gerät an und versuchen, so viele Informationen wie möglich über diesen zusammenzutragen. Teilweise geschieht dies auch durch den Nutzer selbst, indem dieser dazu veranlasst wird, sein Profil durch selbst eingegebene Daten zu ergänzen. Ziel ist es, daraus ein möglichst genaues und viele Felder abdeckendes Eigenschafts- und Interessenprofil des Nutzers zu generieren und/oder konkrete aktuelle Intentionen des Nutzers wie eine Kaufabsicht für eine bestimmte Produktart zu erfassen.¹⁴⁷ Das Profil soll zudem in vielen Fällen möglichst dauerhaft vorgehalten werden und möglichst bei jedem Nutzungsvorgang, bei dem eine Werbefläche bespielt werden könnte, wieder herangezogen werden können. Zu diesem Zwecke verfolgen neben bestimmten Publishern selbst Dienstleister zum einen den Nutzer bei seinen Nutzungshandlungen über möglichst viele Webseiten und Apps hinweg (sogenanntes „Tracking“). Zum anderen ist aber auch die Heranziehung und Beimischung von Daten aus anderen Quellen („Offline-Daten“) von Interesse.

¹⁴⁷ Vgl. ausführlich Christl/Spiekermann (2016), *Networks of Control, A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy*, Seite 9, 13ff, 76ff, verfügbar unter https://www.facultas.at/verlag/rws/networks_of_control (Druckausgabe) bzw. https://crackedlabs.org/dl/Christl_Spiekermann_Networks_Of_Control.pdf (online).

- (246) Mit diesem datenorientierten Ansatz ist die Bildung sehr viel spezifischerer („spitzerer“) Zielgruppen als früher möglich.¹⁴⁸ Dies kann aus Sicht eines Werbetreibenden vorrangig in den Fällen Streuverluste verringern, in denen keine breite, eher allgemeine Zielgruppe adressiert werden soll. Zugleich kann aus Sicht eines Publishers jeder einzelne Werbeplatz im Idealfall an denjenigen verkauft werden, dem er den höchsten erwarteten Nutzen bringt und der deshalb bereit ist, den höchsten Preis zu zahlen. Das gilt spezifisch beim Handel der Werbeplätze via Programmatic Advertising, bei dem ein solcher datenbasierter Abgleich auf den höchsten Nutzen hin in Echtzeit, d. h. innerhalb weniger Millisekunden beim Abruf des Werbeflächenträgers, und für jeden einzelnen Werbeplatz auf diesem Träger vorgenommen werden kann.¹⁴⁹
- (247) Die Bedeutung und der Nutzen des individuellen, datenbasierten Targetings spiegeln sich auch in den Antworten der Befragten wieder:
- (248) Im Rahmen der Agenturbefragung haben auf die Frage nach den Gründen, die für die Nutzung von Programmatic Advertising sprechen, die Aspekte eines so ermöglichten genaueren Targetings und einer so ermöglichten stärker datengetriebenen Werbung relativ die höchsten Einzelnennungszahlen erhalten.¹⁵⁰ Aus den Antworten ergibt sich darüber hinaus, dass auch der Aspekt der besseren Möglichkeiten zur Steuerung und Optimierung der Kampagnen sowie der Aspekt einer höheren Effizienz bezogen auf das vordefinierte Ziel der Werbekampagne bedeutsam ist.
- (249) Gefragt nach der Rolle von Nutzerdaten bei der Nutzung von Programmatic Advertising im Vergleich mit der Rolle von Nutzerdaten bei der traditionellen direkten Reservierung/Buchung von Online-Werbeflächen haben nahezu alle antwortenden Befragten eine größere Rolle bei Programmatic Advertising angegeben.¹⁵¹ Lediglich eine Antwort hat die Bedeutung in den beiden Fällen als vergleichbar eingestuft. Soweit die Antworten eine größere Bedeutung angegeben haben, haben sie dies tendenziell mit einem von zwei Gesichtspunkten begründet: (1) Die Loslösung der Buchungen von Umfeldern sowie

¹⁴⁸ Siehe auch Mitsching/Rauda, Zeitenwende beim Tracking des Nutzungsverhaltens durch Spiele-Apps, MMR-Beil. 2021 Heft 08, 8 (9).

¹⁴⁹ Zu den bei der Verauktionierung bereits einer einzelnen Werbefläche im RTB-Verfahren übermittelten Daten siehe etwa den Bericht der britische Datenschutzbehörde Information Commissioner's Office (ICO) „Update report into adtech and real time bidding (20 June 2019)“, Seite 12 ff, verfügbar unter <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-dl191220.pdf>.

¹⁵⁰ Antworten auf Frage 4.a der Nachfrager-Fragebögen.

¹⁵¹ Antworten auf Frage 4.d der Nachfrager-Fragebögen.

(2) die mit dem Rückgriff auf Programmatic Advertising/Nutzerdaten ermöglichte feinere Granularität der herausdifferenzierbaren Gruppen von Nutzern.

- (250) Im Rahmen der Publisherbefragung wurde vor allem darauf hingewiesen, dass das individuelle, datenbasierte Targeting den Umsatz erhöhe.
- (251) Über Tracking und Targeting hinaus spielen Daten auch im Bereich der Messdienstleistungen rund um Online-Werbung eine wichtige Rolle. Hier geht es etwa darum, festzustellen, ob und ggf. zu welchem Anteil eine bestimmte Anzeige tatsächlich sichtbar war, ob mit ihr interagiert wurde oder ob sich eine spätere Interaktion des Nutzers mit dem Werbetreibenden mit einer bestimmten Anzeige in Verbindung bringen lässt (Attribution).

II. Verändertes Bewusstsein über die eingesetzten Methoden der Datenerhebung und -verarbeitung und in der Folge Veränderungen in den Möglichkeiten dazu

1. Beobachtbare Veränderungen

- (252) Der Einsatz der vorstehend beschriebenen, individuelle Nutzer in den Fokus nehmenden Tracking- und Targeting-Methoden für Werbezwecke hat über die letzten 10 bis 15 Jahre massive Ausmaße angenommen. Lange ist er dabei auf vergleichsweise wenig Widerstand gestoßen, obwohl die Methoden auch außerhalb ihres ursprünglichen Anwendungsbereiches in der Werbung Folgen und erhebliches Schadenspotential für die Nutzer haben können. Dies mag unter anderem an einem wenig ausgeprägten Bewusstsein für den Umfang des Trackings und dessen mögliche Folgen gelegen haben: Die Datenverarbeitung findet für den Nutzer weitgehend unsichtbar und kaum nachvollziehbar auf Servern in entfernten Rechenzentren statt. Am ehesten noch wird er auf deren Folgen aufmerksam, wenn ihn etwa eine Anzeige für ein Produkt, das er sich auf einer Website angesehen hat, tagelang auch auf anderen Webseiten „verfolgt“ (Auspielung der Anzeigen mit Hilfe des sogenannten Retargetings). Mittlerweile hat allerdings das allgemeine Bewusstsein wie auch die Skepsis über den Einsatz dieser Methoden deutlich zugenommen (dazu a.), ebenso die Abwehrbemühungen zumindest von Teilen der Nutzerschaft. Dies spiegelt sich wider in einer Zunahme der dem Nutzer angebotenen Abwehrmöglichkeiten in den Webbrowsern und in anderen Programmen (dazu b.).

a. Öffentliche Reaktionen als Indiz für Bewusstseinsveränderungen

- (253) Dass das allgemeine Bewusstsein über die umfangreiche Datenerhebung und Datenverarbeitung für das Tracking, Targeting und die Messung von Online-Werbung und die Sensitivität dafür zugenommen haben, zeigt sich an ganz unterschiedlichen Punkten: Beispielsweise an der öffentlichen Reaktion auf die Ankündigung von Meta/, die Nutzungsbedingungen für WhatsApp zu Gunsten von mehr Datenzugang für Facebook zu verändern,¹⁵² an der öffentliche Diskussion über den Einsatz bestimmter, in Bezug auf den Datenschutz möglicherweise problematischer Videokonferenz-Software in Schulen und im Arbeitsalltag in der Corona-Pandemie,¹⁵³ an der – voraussichtlich auch erfolgreichen – Forderung der Bundesregierung in den Verhandlungen um den europäischen DSA, verhaltensbasierte Werbung im Falle von Kindern zu untersagen,¹⁵⁴ an Initiativen wie derjenigen einiger Abgeordneter des Europäischen Parlaments, Tracking-basierte Werbung gänzlich zu verbieten,¹⁵⁵ sowie letztlich auch am Verhalten der datenerhebenden und -verarbeitenden Unternehmen selbst. Denn Vorgehensweisen wie der beobachtbare Einsatz von manipulativen Methoden, sogenannten „dark patterns“ (siehe zu diesem Begriff

¹⁵² Vgl. <https://www.heise.de/news/Whatsapp-EU-Kommission-und-Verbraucherschutz-fordern-Aufklaerung-zu-Datenschutz-6341263.html>; <https://netzpolitik.org/2021/eu-verbraucherverkaende-whatsapp-setzt-seine-nutzerinnen-unter-druck/>.

¹⁵³ Vgl. <https://www.datenschutz.rlp.de/de/themenfelder-themen/videogestuetzte-kommunikationstechnik/>; <https://www.golem.de/news/videokonferenzen-bundesdatenschuetzer-warnt-vor-nutzung-von-zoom-2005-148694.html>; <https://www.golem.de/news/streit-um-videokonferenz-software-microsoft-mahnt-berliner-datenschutzbehoerde-ab-2005-148531.html>; https://lfd.niedersachsen.de/startseite/infothek/faqs_zur_ds_gvo/faq-videokonferenz-191750.html.

¹⁵⁴ Vgl. <https://www.heise.de/news/Plattformen-Deutschland-fordert-Verbot-personalisierter-Werbung-bei-Kindern-6058350.html>; eine in diese Richtung gehende Vorschrift (Art 24b Abs. 1b DSA-E) ist nach der zum Redaktionsschluss vorliegenden Fassung (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.html) im Trilogverfahren und nachgehend im Plenum des Europäischen Parlaments tatsächlich beschlossen worden. Die förmliche Bestätigung durch den Rat stand zum Redaktionsschluss jedoch noch aus.

¹⁵⁵ Vgl. <https://www.heise.de/news/Targeting-EU-Abgeordnete-fordern-Aus-fuer-spionierende-Werbung-5041368.html>; eine so umfassende Vorschrift ist nach dem Stand des Gesetzgebungsverfahrens zum Redaktionsschluss (Text der vom Parlamentsplenum beschlossenen Fassung unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.html) mit dem DSA zwar nicht beschlossen worden. Eine Mehrheit bekommen hat jedoch mit Art 24 Abs. 3 DSA-E ein Verbot personalisierter Werbung auf der Basis besonders sensibler Datenkategorien i. S. von Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Die förmliche Bestätigung durch den Rat stand zum Redaktionsschluss jedoch noch aus.

näher unten unter Ziffer (281)), um eine Zustimmung zum Tracking zu erhalten, sind naturgemäß nur notwendig, wenn damit etwas erlangt werden soll, dem der Adressat eher zurückhaltend gegenübersteht, so dass er in einer neutralen Entscheidungssituation weniger geneigt wäre, zuzustimmen. Letztlich illustriert dies auf einer europäischen politischen Ebene auch die seit Jahren anhaltende, vehement geführte Diskussion um eine E-Privacy-Verordnung (EPrVO) als Nachfolgerin der bisherigen E-Privacy-Richtlinie (EPrRL). Diese sollte ursprünglich zusammen mit der DSGVO in Kraft treten, befindet sich stattdessen jedoch nach wie vor im Gesetzgebungsverfahren. Dabei divergieren die bisher bekannt gewordenen Entwürfe deutlich. Während die vom Europäischen Parlament verabschiedete Fassung die Datenschutzinteressen der Nutzer stärker schützen will, geht die vom Rat beschlossene Entwurfsfassung in eine andere Richtung und tendiert dazu, den Interessen der Werbewirtschaft stärker entgegen zu kommen.¹⁵⁶

b. Technische Abwehrbemühungen als Indiz

- (254) Auch eine Zunahme der technischen Bemühungen zur Abwehr insbesondere von Tracking lässt sich beobachten.
- (255) Grundlegende Abwehrmechanismen gegen die für das Tracking nötige Datenerhebung gibt es in Web-Browsern schon längere Zeit. Dies trifft insbesondere auf die Möglichkeit zu, gezielt die Annahme und Speicherung von sogenannten Third Party Cookies (TPC) zu unterbinden. TPC erlauben es wie „normale“ Cookies einer Webseite (First Party Cookies, FPC), kleine Mengen von Daten auf dem Rechner des die Webseite aufrufenden Nutzers zu speichern. Die gespeicherten Daten werden vom Web-Browser beim nächsten Aufruf der Webseite wieder an den ausliefernden Webserver gesendet. Insbesondere kann in dem zur Verfügung stehenden Speicherplatz auch eine eindeutige Identifizierungsnummer abgelegt werden. Dies ermöglicht es dem Webseitenbetreiber, einen Rechner – und indirekt mit einer recht hohen Wahrscheinlichkeit auch den dahinter stehenden Nutzer – über verschiedene Webseitenaufrufe hinweg eindeutig wiederzuerkennen und so auch

¹⁵⁶ Siehe hierzu im Einzelnen Schumacher/Sydow/von Schönfeld, Cookie Compliance, quo vadis?, MMR 2021, 603, (606ff), kritisch zum Ratsentwurf EDPB, Statement 03/2021 on the ePrivacy Regulation, Adopted on 9 March 2021, siehe https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb_statement_032021_eprivacy_regulation_en_0.pdf.

die Kette der Aufrufe dieser Webseite zu erfassen.¹⁵⁷ Die Besonderheit von TPC gegenüber normalen Cookies liegt nun darin, dass diese Cookies nicht von der Webseite, die der Nutzer etwa durch die Eingabe von www.beispielwebseite.de in die Adresszeile seines Browsers angesteuert hat, gesetzt und ausgelesen werden können, sondern von Diensten Dritter, von denen Elemente auf dieser Webseite eingebunden wurden – und dies können sehr viele Dritte sein.¹⁵⁸ Gelingt es einem solchen Dritten seinerseits, von sehr vielen Webseiten eingebunden zu werden, so ist er auf diese Weise in der Lage, das Surfverhalten des Nutzers über diesen gesamten Pool an Webseiten hinweg detailliert nachzuverfolgen. Prominente Beispiele für sehr weit verbreitete Einbindungen sind etwa Meta/Facebook mit seinem „Like-Button“ oder seiner Lösung für ein einheitliches, seitenübergreifendes Login mit der Facebook-ID sowie Google mit seinem „Google Analytics“-Dienst zur Datenverkehrsanalyse auf Webseiten.

- (256) Obwohl dies meist nicht ihre Primärfunktion ist, bieten zudem einige Werbeblocker einen gewissen, gegenüber den im Browser bereits enthaltenen Funktionen ggf. zusätzlichen Schutz vor Tracking solcher und anderer Art. Die Verbreitung solcher Werbeblocker liegt in Deutschland in den letzten Jahren nach Schätzungen bei 20% bis über 30% der Nutzer.¹⁵⁹ Sie verhindern typischerweise, dass bestimmte mit Werbung in Verbindung stehende Elemente einer Webseite geladen werden und können so je nach Ausgestaltung auch ein über diese werblichen Elemente realisiertes Tracking unterbinden.

¹⁵⁷ Auch das Setzen und Auslesen eines Cookies kann daher unter Umständen eine Verarbeitung personenbezogener Daten i. S. der DSGVO sein, vgl. Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (811).

¹⁵⁸ Nicht-triviale moderne Webseiten machen von diesen Möglichkeiten der internen Einbindung von Diensten Dritter regelmäßig in erheblichem Ausmaß Gebrauch. Einer der Gründe dafür ist, dass ihnen dieser Mechanismus ermöglicht, ihre Webseite mit einer Vielzahl von Einzelfunktionen und Eigenschaften auszustatten, ohne diese sämtlich selbst programmieren und auf dem eigenen Server vorhalten zu müssen. Die Webseite wird gewissermaßen zu erheblichen Teilen wie aus einem Baukasten zusammengesetzt, dessen Fächer sich über das Internet verstreuen. Das Spektrum der einbindbaren Elemente umfasst für den Nutzer sichtbare und unsichtbare und kann beispielsweise „Bilder des Tages“, Videos (bekannt sind beispielsweise eingebundene Videos von YouTube), Facebook-Like-Buttons, Twitter-Tweets, Login-Lösungen, Werbung, Schriftarten, Sammlungen von vorgefertigten Programmfunktionen für die interne Verwendung durch die Webseite u. v. m. umfassen.

¹⁵⁹ S. z. B. statista, unter <https://de.statista.com/themen/3068/adblocking/#dossierKeyfigures>; <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/809634/umfrage/anteil-der-nutzer-von-adblockern-nach-laendern-weltweit/>.

(257) In jüngeren Jahren haben sich die von den Browsern selbst angebotenen Abwehrmöglichkeiten gegen Tracking allerdings deutlich ausgeweitet. Das trifft von den verbreiteteren Browsern insbesondere auf Mozilla Firefox und Apple Safari zu. Aber auch bei dem von Google angebotenen Browser Chrome ist dieser Trend in jüngerer Zeit sichtbar: Dies zeigt sich an den gegenwärtigen Vorschlägen Googles zu einer sogenannten Privacy Sandbox, welche die auf den bisherigen Tracking-Methoden beruhenden Dienste für Targeting, Messung und anderes durch datenschutzfreundlichere Varianten ersetzen soll (siehe dazu näher unten Ziffer (375)ff.). Entsprechenden Entwicklungen betreffen auch die beiden großen Betriebssystem-Plattformen für mobile Geräte wie Smartphones und Tablets, Apples iOS/iPadOS und Googles Android. Große Aufmerksamkeit hat hier jüngst Apples Vorstoß erfahren, bestimmte, von Apple näher umschriebene Formen des Trackings für App-Anbieter nur noch dann zuzulassen und die von iOS/iPadOS angebotene eindeutige ID für Werbezwecke mobilen Apps¹⁶⁰ nur noch dann zugänglich zu machen, wenn der Nutzer des Gerätes einer entsprechenden Nachfrage des Systems vorher zustimmt (App Tracking Transparency, ATT).¹⁶¹ Ergänzt wurde dieser Vorstoß durch eine von Apple eingeführte Pflicht, Apps im Apple-Appstore mit sogenannten Datenschutz-Labels auszuzeichnen, die Auskunft darüber geben sollen, welche Daten die App für welche Zwecke erhebt und nutzt.¹⁶² Google hat einen ähnlichen Vorstoß wie Apples Beschränkung des Zugriffs auf die Werbe-ID angekündigt,¹⁶³ der jedoch aus Datenschutzsicht schwächer als derjenige von Apple ausfällt.¹⁶⁴ Auch eine Apples Vorstoß ähnliche

¹⁶⁰ Allgemein zu datenschutzrechtlichen Aspekten von mobilen Apps: Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html.

¹⁶¹ Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), Seite 58, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html ; <https://www.golem.de/news/ios-14-5-apple-schraenkt-tracking-ein-verhindert-es-aber-nicht-2104-156057.html>.

¹⁶² Siehe Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), Seite 108ff, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html ; <https://www.golem.de/news/ios-und-macos-miese-datenschutzpraxis-auf-einen-blick-2012-152840.html> .

¹⁶³ Siehe <https://www.golem.de/news/tracking-google-kopiert-apples-datenschutzfunktion-mit-einschraenkung-2106-157059.html>.

¹⁶⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), Seite 59, verfügbar unter

Einführung von Datenschutz-Labels im seinem Play Store für mobile Apps hat Google jüngst angekündigt.¹⁶⁵ Schließlich will Google sein Privacy Sandbox-Projekt auf Android erstrecken.¹⁶⁶

2. Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung und deren Wandel

(258) Die Diskussionen um die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der aktuell eingesetzten Tracking-, Targeting- und Messmethoden haben spätestens seit Inkrafttreten der DSGVO an Fahrt gewonnen. Sie umfassen verschiedene Aspekte auf insgesamt mehreren Ebenen, von denen hier nur beispielhaft einige herausgegriffen seien:

a. Mögliche Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung allgemein

(259) Die weitreichendste Frage ist diejenige, ob bzw. unter welchen Umständen Tracking-, Targeting-, und Messmethoden unter Berücksichtigung ihres Zweckes – der möglichst zielgerichteten Ausspielung von Online-Werbung und deren Messung – unter der DSGVO oder anderen Bestimmungen *überhaupt* zulässig sein *können*. Unklar war längere Zeit bereits die heranzuziehende Rechtsgrundlage. In Betracht zu ziehen waren prima facie die DSGVO und eine – in ihrer Existenz lange Zeit umstrittene – nationale Umsetzung einer Vorschrift der EPrRL.

(260) Die praktisch wichtigste Tracking-Methode war bisher das Verfolgen der Nutzer unter Zuhilfenahme von Cookies, insbesondere TPC. Dabei werden Daten, z. B. ein eindeutiger Identifizierer, von einer Webseite im Web-Browser des Nutzers auf dessen Endgerät gespeichert und können bei weiteren Besuchen von dieser Webseite wieder ausgelesen werden (siehe dazu bereits oben unter Ziffer (255)). In der bis auf weiteres fortgeltenden EPrRL gibt es mit Art. 5 Abs. 3 eine Bestimmung, die für die Speicherung von Informationen auf Endgeräten der Nutzer und für den Zugriff auf Informationen, die dort gespeichert sind, anordnet, dass dies grundsätzlich nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html.

¹⁶⁵ Vgl. etwa <https://www.golem.de/news/google-android-apps-sollen-tracking-daten-anzeigen-muessen-2107-158557.html>.

¹⁶⁶ <https://blog.google/products/android/introducing-privacy-sandbox-android/>.

Einwilligung gegeben hat.¹⁶⁷ Es kommt dabei nicht darauf an, ob es sich bei den Informationen um personenbezogene Daten handelt.¹⁶⁸ Mindestens vom Webserver gesetzte Cookies und ähnliche Techniken lassen sich ohne weiteres als solcherart auf Endgeräten gespeicherte Informationen begreifen. Diese Bestimmung der Richtlinie war jedoch durch den Bundesgesetzgeber lange Zeit nicht aktiv umgesetzt worden. Es wurde teilweise vertreten, eine aktive Umsetzung sei wegen der Regelung in § 15 Abs. 3 TMG in der Fassung bis 30.11.2021 (nachfolgend: aF) nicht notwendig. Diese Bestimmung enthielt allerdings ihrem Wortlaut nach gerade kein Einwilligungserfordernis im Sinne eines „Opt-In“, sondern sieht eine Widerspruchslösung („Opt-Out“) für die pseudonyme Profilbildung, unter anderem für Werbezwecke, vor. Die deutschen Datenschutzbehörden hatten daher vertreten, die Beurteilung der Datenverarbeitung u. a. für Tracking und Targeting mit Hilfe von Cookies richte sich mangels hinreichender Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 EPrRL in nationales Recht ab Inkrafttreten der DSGVO alleine nach dieser.¹⁶⁹ Später entschied der EuGH, dass keine wirksame Einwilligung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 EPrRL vorliegt, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers einer Website gespeichert sind, mittels Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erlaubt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss.¹⁷⁰ Damit hat er letztlich der umstrittenen Interpretation, die in § 15 Abs. 3 TMG aF niedergelegte Widerspruchslösung sei eine Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 EPrRL, endgültig den Boden entzogen. Ferner hat er festgehalten, der Begriff der Einwilligung i. S. des Art. 5 Abs. 3 EPrRL richte sich ab Inkrafttreten der DSGVO nach dem Einwilligungsbegriff der DSGVO.¹⁷¹ Der BGH ist beidem gefolgt.¹⁷² Er hat jedoch in seiner Folgeentscheidung nicht den Schluss gezogen, alleine die DSGVO sei auf das

¹⁶⁷ Zu dieser Bestimmung siehe auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), Seite 78f, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html.

¹⁶⁸ EuGH, Entscheidung vom 01.10.20, Az. C-673/17 – *Planet49*; Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (811).

¹⁶⁹ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 2ff.

¹⁷⁰ EuGH, Entscheidung vom 01.10.20, Az. C-673/17 – *Planet49*.

¹⁷¹ EuGH, Entscheidung vom 01.10.20, Az. C-673/17 – *Planet49*.

¹⁷² BGH, Urteil vom 28.05.2020, Az. I ZR 7/16 – *Cookie-Einwilligung II*, Ziffer 29, 52 der Fassung unter www.bundesgerichtshof.de

Setzen von Cookies für Werbezwecke anzuwenden. Vielmehr hat er den Weg der richtlinienkonformen Auslegung von § 15 Abs. 3 TMG aF gewählt und entschieden, dass dieser für das Setzen von Cookies für Werbezwecke eine aktive Einwilligung fordere.¹⁷³

- (261) Allerdings erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 EPrRL und seiner nationalen Umsetzung nur auf das Speichern und Auslesen von Informationen in Endeinrichtungen. In diesem Rahmen gehen diese Bestimmungen nach der Kollisionsregel des Art. 95 DSGVO der DSGVO vor, soweit beim Speichern und Auslesen von Informationen in Endeinrichtungen personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹⁷⁴ *Außerhalb* des sachlichen Anwendungsbereiches von § 15 Abs. 3 TMG aF dürfte es dann bei der DSGVO verbleiben. Fraglich ist allerdings, welche Fälle bei Maßnahmen des Trackings, Targetings und der Messung für Werbezwecke außerhalb dieses Anwendungsbereichs liegen. Die Entscheidungen von EuGH und BGH betrafen das Tracking mit Hilfe von Cookies, bei dem eine Art von eindeutiger ID zunächst vom Tracker an das Endgerät des Nutzers gesendet wird, dort gespeichert und bei künftigen Kontakten mit dem Server des Trackers wieder ausgelesen und zurückgesendet wird. Es gibt allerdings auch andere Tracking-Techniken, wie das sogenannte Fingerprinting (siehe dazu auch unten unter Tz. (343)). Bei diesen werden zumindest zum Teil Informationen ausgelesen, die nicht zuvor vom Tracker auf dem Endgerät gespeichert wurden, sondern dort von anderen abgelegt wurden oder bereits in der Hardware abgelegt sind. Ferner können Informationen verwendet werden, die vom Endgerät bzw. Browser automatisch bei jedem Aufruf einer Webseite oder dem Abruf eines Seitenelements an den Server gesendet werden, etwa die IP-Adresse.¹⁷⁵ Allerdings dienen diese Informationen ebenfalls der Profilbildung i. S. des § 15 Abs. 3 TMG aF. Zudem lässt sich Art 5 Abs. 3 EPrRL so lesen, dass die Fälle des Speicherns und des Auslesens von Informationen dort als gleichwertige Alternativen nebeneinanderstehen. Bei einem solchen Verständnis wären auch Tracking-Techniken wie das Fingerprinting, vielleicht mit Ausnahme der Auswertung automatisch mitgesandter Informationen, von den durch die Entscheidungen von EuGH und BGH aufgezeigten

¹⁷³ BGH, Urteil vom 28.05.2020, Az. I ZR 7/16 – *Cookie-Einwilligung II*, Ziffer 52ff.

¹⁷⁴ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021), S. 5.

¹⁷⁵ Letzteres wird z. T. als „passives“ Fingerprinting, im Unterschied zum „aktiven“ Fingerprinting bezeichnet, siehe dazu auch Funke, Tracking: Zur Sinnhaftigkeit der Einwilligung als Rechtsgrundlage, DSRITB 2020, 179 (181).

Grundsätzen abgedeckt.¹⁷⁶ Fraglich ist auch, ob später auf einem Server des Trackers oder Dritter ablaufende Datenauswertungen noch vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst werden.¹⁷⁷ Nach Auffassung der DSK ist dies nicht der Fall, es greift vielmehr bei personenbezogenen Daten die DSGVO.¹⁷⁸ Hieran schließt sich die Frage an, ob die Einwilligungen nach Art. 5 Abs. 3 EPrRL und nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gemeinsam erklärt werden können. Die DSK bejaht dies unter bestimmten Bedingungen.¹⁷⁹

- (262) Weiterhin war unklar, ob *innerhalb* des sachlichen Anwendungsbereich von § 15 Abs. 3 TMG alternativ auf die anderen Rechtfertigungsgründe des Art. 6 DSGVO zurückgegriffen werden konnte. Es spricht allerdings einiges dafür, dass hier der Richtlinien-Vorrang für die EPrRL nach Art. 95 DSGVO greift.¹⁸⁰ Ohnehin hat der EuGH im Fall *Rigas Satiksme* entschieden, dass im Verhältnis zur Einwilligung alle anderen Rechtfertigungsgründe der DSGVO Eingriffe sind, die auf das Notwendigste beschränkt bleiben müssen.¹⁸¹
- (263) Jüngst hat sich die Rechtslage formal geändert, perspektivisch wird dies möglicherweise auch inhaltlich der Fall sein. Der deutsche Bundesgesetzgeber hat kürzlich Art. 5 III EPrRL

¹⁷⁶ Für die am 01.12.2021 in Kraft tretende Umsetzung von § 15 Abs. 3 EPrRL durch § 25 TTDSG bejahend Schumacher/Sydow/von Schönfeld, Cookie Compliance, quo vadis?, MMR 2021, 603 (604); ähnlich Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (814f) ; für die von Apples Mobil-Betriebssystem zur Verfügung gestellte eindeutige Werbe-ID IDFA bejahend Mitsching/Rauda, Zeitenwende beim Tracking des Nutzungsverhaltens durch Spiele-Apps, MMR-Beil. 2021 Heft 08, 8 (10).

¹⁷⁷ Verneinend Funke, Tracking: Zur Sinnhaftigkeit der Einwilligung als Rechtsgrundlage, DSRLTB 2020, 179 (185f).

¹⁷⁸ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021), S. 5.

¹⁷⁹ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021), S. 9.

¹⁸⁰ Siehe hierzu auch BGH, Urteil vom 28.05.2020, Az. I ZR 7/16 – *Cookie-Einwilligung II*, Ziffer 59ff; skeptisch hinsichtlich eines generellen Vorrangs der Richtlinie im Falle von Cookies Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (812).

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 04.05.2017, Az. C13/16 – *Rigas Satiksme*, Ziffer 30; differenzierend Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (812f), der die Ersetzbarkeit einer nach Art. 5 III EPrRL erforderlichen Einwilligung durch andere Rechtfertigungen nach Art. 6 DSGVO verneint, jedoch eine zusätzliche Rechtfertigung nach Art. 6 DSGVO für erforderlich hält, wenn durch bzw. neben dem Einsatz des Cookies personenbezogene Daten verarbeitet werden, etwa bei einer Verknüpfung des Cookies mit personenbezogenen Daten zur Erstellung von Nutzerprofilen. In diesem Falle könnten zwei verschiedene Einwilligungen auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage erforderlich sein, die jedoch durch eine einheitliche Erklärung eingeholt werden könnten.

de facto wörtlich im TTDSG transponiert. Diese Änderung trat am 1.12.2021 in Kraft. Inhaltliche Änderungen für die Anforderungen an die Einwilligungen folgen daraus nicht.

- (264) Die Entwicklung des für die Datenverfügbarkeit maßgeblichen Rechtsrahmens ist damit aller Voraussicht nach nicht beendet. Offen ist nach wie vor das Schicksal und der letztendliche Inhalt der künftigen europäischen EPrVO, welche die EPrRL ablösen soll. Sie wird in den gesetzgebenden Organen der EU weiterhin diskutiert. Derzeit ist ein Ende dieser Diskussion nicht konkret absehbar. Es lässt sich auch nicht hinreichend sicher einschätzen, welche Ausrichtung der VO – stärker dem Schutz der Nutzer verpflichtet oder stärker an den Interessen der Werbewirtschaft orientiert¹⁸² – sich im Trilog-Stadium des europäischen Gesetzgebungsverfahrens durchsetzen wird. Es deuten allerdings sowohl die vom Europäischen Parlament beschlossene Fassung als auch die vom Rat beschlossene Fassung der Entwürfe darauf hin, dass es beim Tracking zu Werbezwecken auch nach dem anstehenden Trilog grundsätzlich beim Erfordernis einer Einwilligung verbleiben wird.¹⁸³
- (265) Mit dem DSA wird voraussichtlich das Tracking und/oder dessen Nutzung auch durch Bestimmungen außerhalb von EPrRL/TTDSG und DSGVO reguliert werden. Die im Trilog erarbeitete und im Plenum des Europäischen Parlaments bestätigte, aber vom Rat noch nicht endgültig verabschiedete Fassung enthält ein Verbot der profilbasierten Werbung gegenüber Minderjährigen sowie ein Verbot der Verwendung besonders sensibler Datenkategorien für das profilbasierte Targeting gegenüber Erwachsenen (Art. 24b Abs. 1b und Art 24 Abs. 3 des Textes).¹⁸⁴

b. Rechtfertigungsgründe nach der DSGVO

- (266) Soweit die DSGVO die maßgebliche Rechtsgrundlage ist, gilt: Grundsätzlich könnten von den möglichen Rechtfertigungsgründen nach Art. 6 DSGVO für die mit dem Tracking und Targeting sowie der Messung verbundenen Datenverarbeitungen¹⁸⁵ vor allem

¹⁸² So die Entwurfsfassung des Rates, vgl. Becker, Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots: Zur Regulierung des vertragslosen Tauschs von Daten gegen Leistungen, CR 2021, 230 (231).

¹⁸³ Siehe Schumacher/Sydow/von Schönfeld, Cookie Compliance, quo vadis?, MMR 2021, 603 (606ff).

¹⁸⁴ Vom Plenum des Europäischen Parlaments verabschiedete Fassung unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.html.

¹⁸⁵ Diese umfassen insbesondere, aber nicht abschließend, die Erfassung der verschiedenen Datenpunkte und ihre Übermittlung an den Tracker, die Zusammenführung der Datenpunkte zu einem (ggf. pseudonymen) Profil, die Auswertung der in den Profilen enthaltenen Daten zu

- die Notwendigkeit der Datenverarbeitung für die Erfüllung eines Vertrages (Art. 6 Abs. 1 lit b. DSGVO),
- die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen (Art. 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO), oder
- die selbstbestimmte und informierte Einwilligung in die Verarbeitung der Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke (Art. 6 Abs. 1 lit. a., Art. 7 Abs. 4 DSGVO)

in Betracht kommen.¹⁸⁶

(267) Beispielsweise argumentieren Teile der Verlagswirtschaft hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung mit Art. 6 Abs. 1 lit. f bzw. gar lit. b DSGVO.¹⁸⁷ Im Kern wird bei dieser Argumentation zu letzterem Erlaubnisbestand der Erforderlichkeits-/ Notwendigkeitszusammenhang ausgesprochen weit verstanden und angeführt, die Datenverarbeitung sei wirtschaftlich notwendig, um die Inhalte der Verlage (werbefinanziert) anbieten zu können. Diese Argumentation ist stark umstritten. So interpretiert beispielsweise der europäische Datenschutzausschuss das Kriterium für die Notwendigkeit der Datenver-

Zweck der Zuordnung des Profil-„Inhabers“ zu den verschiedenen Zielgruppen, die Heranziehung der Profil-Identität zu dem Zweck des Frequency Capping (Begrenzung der Anzahl der Konfrontationen des Profil-„Inhabers“ mit einem Werbemittel oder einer Werbekampagne auf ein Maß, dass der Werbetreibende für optimal/nicht kontraproduktiv hält), die Heranziehung der Profil-Identität zum Zwecke der Attribution. Die entsprechenden Datenverarbeitungsvorgänge müssen aus technischer Sicht nicht sämtlich bei dem Tracker selbst vorgenommen werden, der die Datenerhebung ursprünglich veranlasst hat. Aus rein technischer Sicht können auch besonders sensible Daten i. S. des Art. 9 DSGVO betroffen sein, wenn keine entsprechenden Vorkehrungen dagegen getroffen wurden.

¹⁸⁶ Vgl. für den Bereich der Telemedien insgesamt: Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 6ff; für eine enge Interpretation auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), Seite 78, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html.

¹⁸⁷ Siehe <https://www.heise.de/hintergrund/Cookies-Konsens-und-Co-Duerfen-wir-um-ihre-Zustimmung-bitten-4981016.html?seite=2> ; für den grundsätzlichen Vorrang des Weges über das berechnete Interesse im Falle anonymer und pseudonymer Daten sowie Gleichwertigkeit mit der Einwilligung im Übrigen Funke, Tracking: Zur Sinnhaftigkeit der Einwilligung als Rechtsgrundlage, DSRITB 2020, 179 (191ff).

beitung für die Erfüllung eines Vertrages generell eng und verlangt eine direkte und objektive Verbindung zwischen der Datenverarbeitung und dem Zweck der Erfüllung des Vertrages.¹⁸⁸

- (268) Der Erlaubnistatbestand des berechtigten Interesses erfordert im letzten von drei Prüfungsschritten eine komplexe Abwägung,¹⁸⁹ die für die unterschiedlichen Zwecke, für die im Rahmen der Online-Werbung Daten verarbeitet werden, auch durchaus unterschiedlich ausfallen kann. Für das verbreitete Werkzeug Google Analytics (GA), das nicht nur der Reichweitenmessung, sondern auch dem Tracking dienen kann, hat etwa die die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in einem Beschluss vom 12.05.2020 die Auffassung vertreten, dass die Nutzung von GA in aller Regel nicht auf Art 6 Abs. 1 lit. b DSGVO gestützt werden kann und in der Regel auch nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit f. DSGVO.¹⁹⁰
- (269) Soweit die anderen Rechtfertigungsgründe ausscheiden, bleibt die selbstbestimmte und informierte Einwilligung¹⁹¹ als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Als Signal des Gesetzgebers, dass nach seiner Auffassung jedenfalls in einigen Fällen die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Online-Werbung auf eine Einwilligung gestützt werden kann, lassen sich unter Umständen auch die Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (RL (EU) 2019/770) und deren Umsetzung in nationales Recht u. a. in den §§ 327ff BGB ab dem 01.01.2022 ansehen. Diese neu geschaffenen Bestimmungen stellen klar, dass es Verträge geben kann, die statt eines (monetären) Entgelts die Preisgabe der personenbezogenen Daten von Verbrauchern vorsehen und unterwerfen sie

¹⁸⁸ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Ziffer 30, siehe

https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf

¹⁸⁹ Vgl. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 12ff.

¹⁹⁰ https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20200526_beschluss_hinweise_zum_einsatz_von_google_analytics.pdf; kritisch zur Anwendbarkeit des Erlaubnistatbestandes des berechtigten Interesses auch Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Mobile Apps, Bericht (Juli 2021), Seite 78f, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Mobile_Apps.html sowie Becker, Consent Management Platforms und Targeted Advertising zwischen DSGVO und ePrivacy-Gesetzgebung, CR 2021, 87 (95f).

¹⁹¹ Nach der oben zitierten Rechtsprechung von EuGH und BGH ist es letztlich gleich, ob die diese Einwilligung erfordernde Basis die DSGVO oder § 15 III TMG/Art. 5 III EPrRL ist, da der Einwilligungsbegriff derselbe ist.

zusätzlich bestimmten Vorschriften.¹⁹² Die Ebenen des Vertragsrechts und des Datenschutzrecht bleiben dabei allerdings getrennt, wie sich aus dem neuen § 327q Abs. 1 BGB ergibt; die Neuregelung schützt die freie Ausübung der Rechte des Verbrauchers aus dem Datenschutz sehr weitgehend.¹⁹³

c. Erfüllung der rechtlichen Anforderungen in der Praxis

- (270) Geht man also davon aus, dass de lege lata jedenfalls dann, wenn eine selbstbestimmte und informierte Einwilligung vorliegt, bestimmte Datenverarbeitungen der aktuell eingesetzten Tracking-, Targeting- und Messmethoden *grundsätzlich* zulässig sein *könnten*, so stellt sich die Frage, ob in der Praxis die Voraussetzungen einer solchen Einwilligung regelmäßig erfüllt werden. Auch dies wiederum hat verschiedene Facetten, eine der praktisch relevantesten ist aber sicherlich die Frage, ob und unter welchen Umständen die häufig anzutreffenden sogenannten Cookie-Banner ausreichen. In der Entwicklung der vergangenen Jahre lässt sich hier ein Trend in dem Sinne erkennen, dass Publisher und Werbetechnikunternehmen die rechtlichen Grenzen mit solchen Gestaltungen auszureizen versuchten, die den Nutzer möglich zu einer Zustimmung zu drängen versuchten, und dies solange, bis entsprechende Gestaltungen klar als rechtswidrig eingestuft wurden. Rechtliche Zweifel an den derzeit eingesetzten Cookie-Bannern bestehen aber ebenfalls, insbesondere in Fällen, in denen sogenannte „dark patterns“ bzw. „nudging“ eingesetzt werden.

i. Konzept der Cookie-Banner

- (271) Unter Cookie-Bannern versteht man Abfragen, die insbesondere bei Aufruf einer Webseite zunächst die Zustimmung des Nutzers zu Datenverarbeitungen erfragen.¹⁹⁴ Typischerweise erfolgt dies in einer optisch hervorgehobenen Form, etwa indem ein Teil der Webseite mit der auffallenden Abfrage überblendet wird. Teilweise wird zudem verhindert, dass sich die Webseite überhaupt nutzen lässt, solange der Nutzer auf das Cookie-Banner nicht reagiert hat.
- (272) Beispiel für ein Cookie-Banner:

¹⁹² Siehe dazu näher Spindler, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, Teil 1, MMR 2021, 451.

¹⁹³ Spindler, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, Teil 2, MMR 2021, 528 (530).

¹⁹⁴ Ähnliche Mechanismen sind auch in mobilen Apps implementierbar.



- (273) In der Praxis wird das Cookie Banner häufig unter Einbindung eines dritten Dienstleisters, einer sogenannten Consent Management Platform (CMP), erzeugt, eingebundet und ausgewertet.¹⁹⁵ CMPs können den Publisher auch bei der Dokumentation erteilter Einwilligungen und bei deren späterer Verwaltung durch den betroffenen Nutzer unterstützen sowie bei der Kommunikation erteilter Einwilligungen an die weiteren Beteiligten beim Handel mit den Werbeflächen des Publishers, d. h. insbesondere die von ihm genutzten Anbieter von AdTech.¹⁹⁶ Einen gewissen Rahmen für die Ausgestaltung und Funktionsweise von CMPs bietet das von der Werbe-Branchenorganisation IAB Europe ausgearbeitete Transparency and Consent Framework (TCF), dessen Nutzung zwar verbreitet ist, das jedoch datenschutzrechtlich selbst mittlerweile sehr fraglich geworden ist.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Siehe Becker, Consent Management Platforms und Targeted Advertising zwischen DSGVO und ePrivacy-Gesetzgebung, CR 2021, 87f.

¹⁹⁶ Womit über die Rechtskonformität der jeweiligen Implementierung noch nichts gesagt ist.

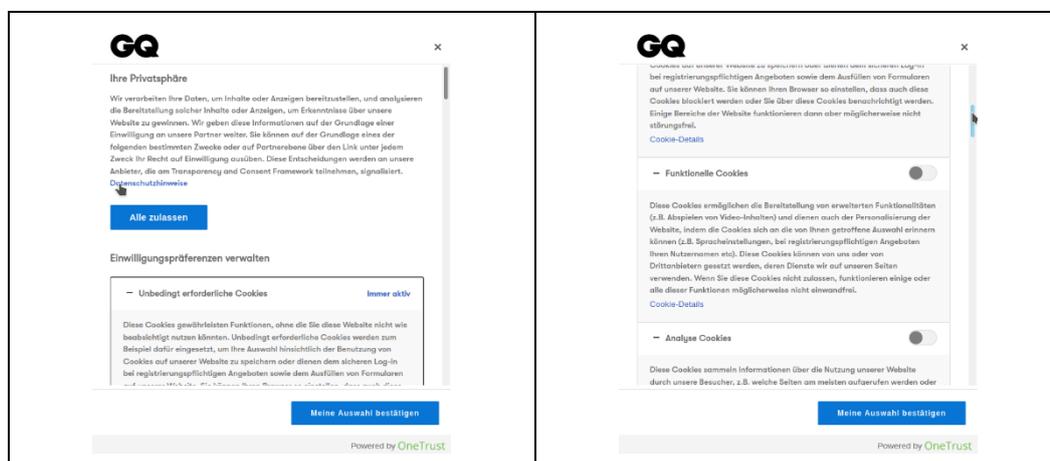
¹⁹⁷ Darstellung der Spezifikation durch IAB Europe selbst unter <https://iabeurope.eu/transparency-consent-framework/>. Die belgische Datenschutzbehörde hat TCF am 02.02.2022 für unzureichend erklärt und darin selbst einen Datenschutzverstoß gesehen. Die Entscheidung gilt nach dem One Stop-Prinzip europaweit, vgl. <https://www.heise.de/news/Belgischer-Datenschuetzer-Zentraler-Standard-fuer-Cookie-Banner-rechtswidrig-6346178.html>; <https://netzpolitik.org/2022/datenschutzgrundverordnung-wichtiger-baustein-fuer-cookie-banner-ist-illegal/>.

ii. Cookie-Banner und vorausgewählte oder nicht vermeidbare Zustimmung

- (274) Lange und bis in jüngere Zeit waren Formen der Cookie-Banner verbreitet, in denen die Zustimmung zur Datenverarbeitung in der einen oder anderen Form bereits vorausgewählt war. Der Nutzer musste hier der Datenverarbeitung explizit widersprechen, wenn er sie verhindern wollte. Nach Auffassung der deutschen Datenschutzbehörden genügten diese „Opt-Out“-Lösungen nicht den Anforderungen an eine selbstbestimmte und informierte Einwilligung.¹⁹⁸ Der EuGH hat diese Auffassung, wie oben unter Ziffer (259) erläutert, vor einiger Zeit bestätigt.¹⁹⁹
- (275) Ebenfalls lange üblich waren Banner, die lediglich die Möglichkeit boten, der Datenverarbeitung zuzustimmen (per „OK“-Button o.ä.), jedoch keine Möglichkeit zur Ablehnung. Auch dies genügt nach Auffassung der deutschen Datenschutzbehörden nicht den Anforderungen an eine selbstbestimmte und informierte Einwilligung.²⁰⁰

iii. Heutige Cookie-Banner

- (276) Mittlerweile haben sich Cookie-Banner verbreitet, die eine große Zahl an Zwecken der Datenverarbeitung und an datenverarbeitenden Partnern des Webseitenbetreibers zumindest benennen. Ein Beispiel für den Umfang, den eine solche Abfrage haben kann:



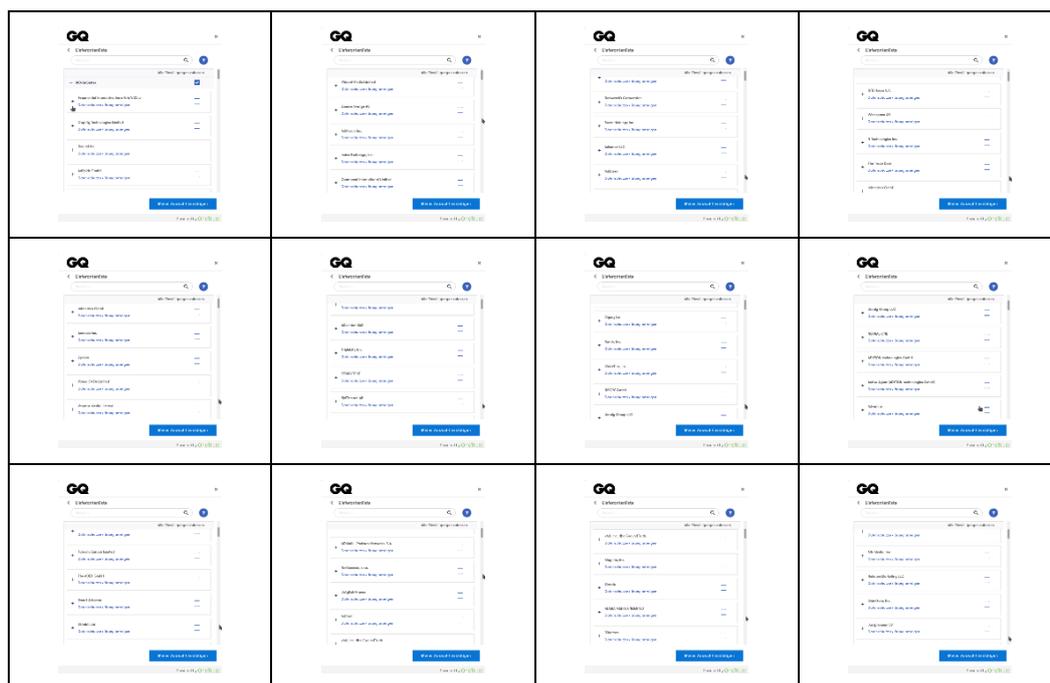
¹⁹⁸ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 8.

¹⁹⁹ EuGH, Entscheidung vom 01.10.20, Az. C-673/17 – *Planet49*.

²⁰⁰ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 10; für ein Erfordernis bereits de lege lata, die Extreme der zur Auswahl stehenden Entscheidungsmöglichkeiten – bei Cookies also etwa „Alle annehmen“ und „Alle ablehnen“ – in gleichwertiger Weise zu offenbaren Sessing, Cookie-Banner – Hilfe, das Internet ist kaputt, MMR 2021, 544 (547).

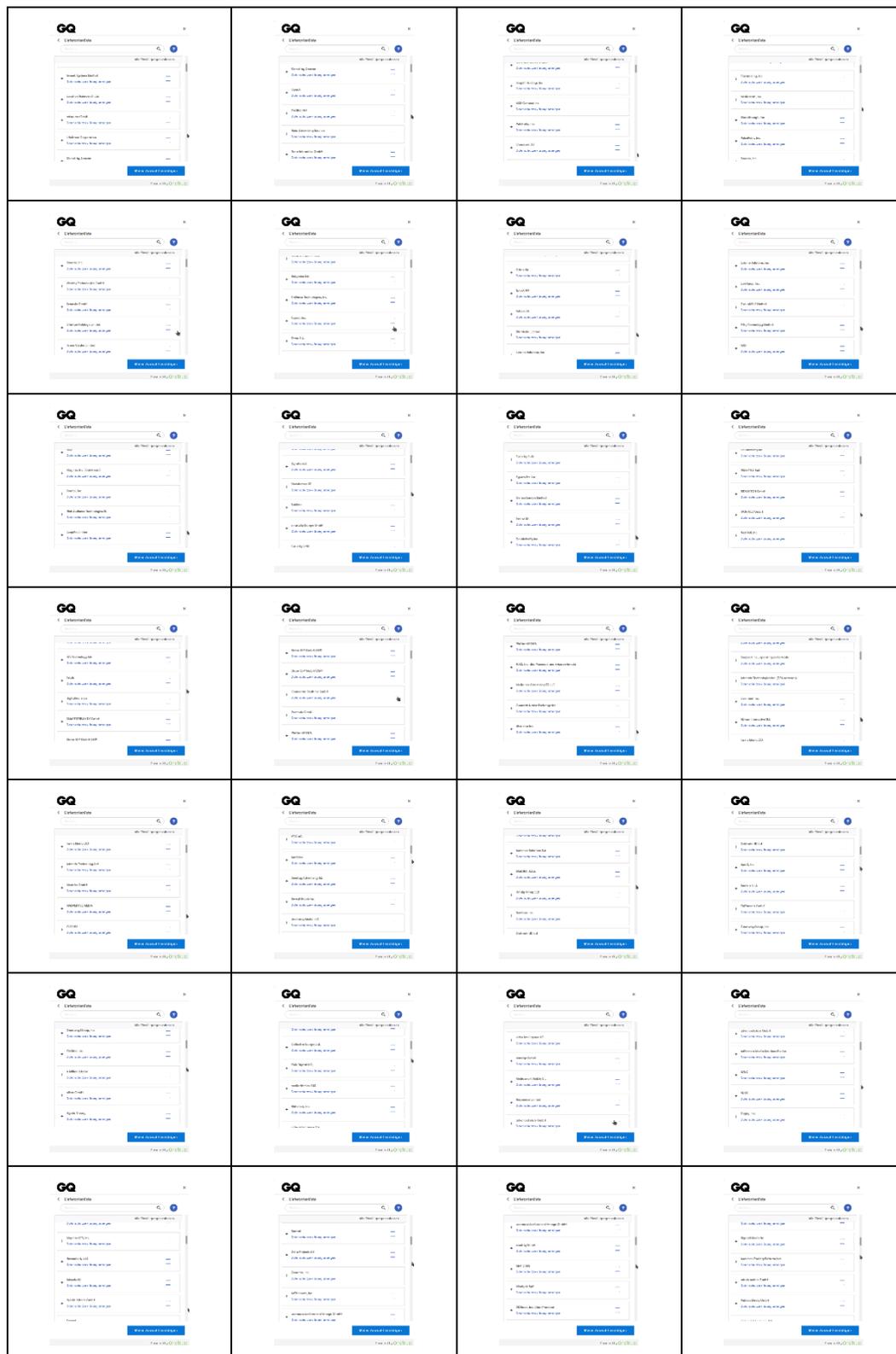
<p>GG</p> <p>Diese Cookies sammeln Informationen über die Nutzung unserer Website durch unsere Besucher, z.B. welche Seiten am meisten aufgerufen werden oder von welchen Seiten Fehlermeldungen erfolgen. Diese analyse cookies ermöglichen insbesondere die Erkennung folgender Informationen: Anzahl der Besucher auf unserer Website (neue und wiederholte Besucher), Datum, Uhrzeit und Dauer der Besuche, besuchte Seiten, Anzahl der Besuche, Browsertyp des Nutzers, Informationen zum Betriebssystem, über welche Website Sie zu uns gelangt sind etc. Mit den gewonnenen Erkenntnissen können wir unsere Website kontinuierlich optimieren und verbessern. Wenn Sie diese Cookies nicht zulassen, erlangen wir keine Kenntnisse über die Nutzung der Website durch Sie.</p> <p>Cookie-Details</p> <p><input type="checkbox"/> Cookies für Marketingzwecke</p> <p>Diese Cookies (auch „Werbe“-Cookies genannt) erstellen auf Basis Ihrer Seitenaufrufe auf unseren und auf Websites von Dritten die sog. Nutzungsprofile, über das Ihnen auf Ihren Interessen basierende Online-Werbung angezeigt werden kann. Dies erfolgt über eine eindeutige Identifikation Ihres Browsers und Ihres Geräts. Sie als Person sind darüber aber nicht identifizierbar. Diese Cookies werden über unsere Website in der Regel von unseren Werbepartnern gesetzt (sog. Third Party Cookies). Wenn Sie diese Cookies nicht zulassen, wird Ihnen auf unseren und anderen Websites keine auf Ihren Interessen basierende Werbung angezeigt.</p> <p>Privacy-Tournee</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>	<p>GG</p> <p>Webseiten keine auf Ihren Interessen basierende Werbung angezeigt.</p> <p>Cookie-Details</p> <p><input type="checkbox"/> Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen</p> <p>Für die Ihnen angezeigten Verarbeitungszwecke können Cookies, Geräte-Kennungen oder andere Informationen auf Ihrem Gerät gespeichert oder abgerufen werden.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input type="checkbox"/> Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen</p> <p><input type="checkbox"/> Auswahl einfacher Anzeigen</p> <p>Anzeigen können Ihnen basierend auf den Inhalten, die Sie ansehen, der Anwendung, die Sie verwenden und Ihrem ungefähren Standort oder Ihrem Gerätstyp eingeblendet werden.</p> <p><input type="checkbox"/> Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>
<p>GG</p> <p><input type="checkbox"/> Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen</p> <p>Über Sie und Ihre Interessen kann ein Profil erstellt werden, um Ihnen für Sie relevante personalisierte Anzeigen einzublenden.</p> <p><input type="checkbox"/> Personalisierte Anzeigen auswählen</p> <p>Personalisierte Anzeigen können Ihnen basierend auf einem über Sie erstellten Profil eingeblendet werden.</p> <p><input type="checkbox"/> Ein personalisiertes Inhalts-Profil erstellen</p> <p>Über Sie und Ihre Interessen kann ein Profil erstellt werden, um Ihnen für Sie relevante personalisierte Inhalte anzuzeigen.</p> <p><input type="checkbox"/> Personalisierte Inhalte auswählen</p> <p>Personalisierte Inhalte können Ihnen basierend auf einem über Sie erstellten Profil angezeigt werden.</p> <p><input type="checkbox"/> Anzeigen-Leistung messen</p> <p>Die Leistung und Wirksamkeit von Anzeigen, die Sie sehen oder mit denen Sie interagieren, kann gemessen werden.</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>	<p>GG</p> <p><input type="checkbox"/> Inhalte-Leistung messen</p> <p>Die Leistung und Wirksamkeit von Inhalten, die Sie sehen oder mit denen Sie interagieren, kann gemessen werden.</p> <p><input type="checkbox"/> Marktforschung einsetzen, um Erkenntnisse über Zielgruppen zu gewinnen</p> <p>Marktforschung kann verwendet werden, um mehr über die Zielgruppen zu erfahren, die Dienste oder Anwendungen verwenden und sich Anzeigen ansehen.</p> <p><input type="checkbox"/> Produkte entwickeln und verbessern</p> <p>Ihre Daten können verwendet werden, um bestehende Systeme und Software zu verbessern und neue Produkte zu entwickeln.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Anzeigen oder Inhalte technisch bereitstellen Immer aktiv</p> <p>Ihr Gerät kann Informationen empfangen und senden die notwendig sind, damit Sie Inhalte und Anzeigen sehen und nutzen können.</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>
<p>GG</p> <p>Ihr Gerät kann Informationen empfangen und senden die notwendig sind, damit Sie Inhalte und Anzeigen sehen und nutzen können.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input type="checkbox"/> Geräteeigenschaften zur Identifikation aktiv abfragen</p> <p>Ihr Gerät kann über eine Abfrage seiner spezifischen Merkmale erkannt werden.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input type="checkbox"/> Genaue Standortdaten verwenden</p> <p>Ihre genauen Standortdaten können für einen oder mehrere Verarbeitungszwecke genutzt werden. Das bedeutet, dass Ihr Standort bis auf wenige Meter präzise bestimmt werden kann.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Sicherheit gewährleisten, Betrug verhindern und Fehler beheben Immer aktiv</p> <p>Ihre Daten können verwendet werden, um betrügerische Aktivitäten zu</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>	<p>GG</p> <p>Ihre Daten können verwendet werden, um betrügerische Aktivitäten zu identifizieren und zu verhindern, und um sicherzustellen, dass Systeme und Prozesse ordnungsgemäß und sicher funktionieren.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Verschiedene Geräte verknüpfen Immer aktiv</p> <p>Zur Nutzung für einen oder mehrere Verarbeitungszwecke kann ermittelt werden, ob unterschiedliche Geräte zu Ihnen oder Ihrem Haushalt gehören.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Mit Offline-Datenquellen zusammenführen Immer aktiv</p> <p>* Daten aus Offline-Datenquellen können mit Daten aus Ihren Online-Aktivitäten zusammengeführt werden, um sie für einen oder mehrere Verarbeitungszwecke bzw. besondere Verarbeitungszwecke nutzen zu können.</p> <p>** Daten aus Ihren Online-Aktivitäten können mit Offline-Daten zusammengeführt werden, um sie für einen oder mehrere Verarbeitungszwecke oder besondere Verarbeitungszwecke ergänzend zu nutzen.</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>
<p>GG</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Mit Offline-Datenquellen zusammenführen Immer aktiv</p> <p>* Daten aus Offline-Datenquellen können mit Daten aus Ihren Online-Aktivitäten zusammengeführt werden, um sie für einen oder mehrere Verarbeitungszwecke bzw. besondere Verarbeitungszwecke nutzen zu können.</p> <p>** Daten aus Ihren Online-Aktivitäten können mit Offline-Daten zusammengeführt werden, um sie für einen oder mehrere Verarbeitungszwecke oder besondere Verarbeitungszwecke ergänzend zu nutzen.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Empfangen und Verwenden automatisch gesendeter Geräteeigenschaften für die Identifikation Immer aktiv</p> <p>Ihr Gerät kann aufgrund von Informationen, die es automatisch sendet wie z.B. IP-Adresse oder Browsertyp von anderen Geräten unterschieden werden.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>	<p>GG</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Empfangen und Verwenden automatisch gesendeter Geräteeigenschaften für die Identifikation Immer aktiv</p> <p>Ihr Gerät kann aufgrund von Informationen, die es automatisch sendet wie z.B. IP-Adresse oder Browsertyp von anderen Geräten unterschieden werden.</p> <p>Liste von IAB-Lieferanten Vollständigen Rechtstext anzeigen</p> <p>Meine Auswahl bestätigen</p> <p>Powered by OneTrust</p>

- (277) Häufig ermöglichten diese Banner zumindest in der Vergangenheit auch eine differenzierte Einwilligung. Eine solche differenzierte Abfrage der Einwilligung ist nach Auffassung der deutschen Datenschutzbehörden ggf. auch erforderlich.²⁰¹
- (278) Allerdings werden bei den in der Praxis eingesetzten Abfragen teilweise vom Verwender begehrte Einwilligungen mit Widersprüchen gegen die Verarbeitung von Daten aufgrund vom Verwender geltend gemachter berechtigter Interessen vermischt,²⁰² ohne dass vielen Nutzern der Unterschied verständlich sein dürfte.
- (279) Zudem kann die Zahl der vom Nutzer zu treffenden Auswahlen sehr hoch werden, da viele Webseiten mehrere Dutzend bis zu in Extremfällen über hundert „Partner“ in die Webseite einbinden und diesen so personenbezogene Daten des Nutzers zur Verarbeitung zugänglich machen. Ein Beispiel (die Bildschirmfotos geben nur einen Auszug der vollständigen Liste wieder, in diesem Beispiel umfasst die gesamte Liste der „Partner“ zum Zeitpunkt der Erstellung der Bildschirmfotos weit mehr als 100 Einträge):



²⁰¹ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 9.

²⁰² Becker, Consent Management Platforms und Targeted Advertising zwischen DSGVO und ePrivacy-Gesetzgebung, CR 2021, 87 (95).



(280) In einem solchen Fall lässt sich durchaus die Frage stellen, ob beim Durchschnittsnutzer noch von der Selbstbestimmtheit und vor allem der Informiertheit einer etwaigen Einwil-

ligung gesprochen werden kann. Dies gilt auch angesichts der Erwartung, dass mindestens der Großteil der „Partner“, die zumeist aus dem Bereich der AdTech-Anbieter und des Datenhandels stammen werden, dem Nutzer sowohl an sich als auch hinsichtlich ihrer Tätigkeit schlechterdings unbekannt sein wird²⁰³ und viele „Normalnutzer“ angesichts der Komplexität des Systems des Programmatic Advertising (siehe dazu oben Abschnitt B.) – trotz des insgesamt bereits gestiegenen Bewusstseins für Datenschutzprobleme im Internet – nicht im Ansatz in der Lage sein werden, abzuschätzen, welche Wege ihre Daten nehmen können und welche Folgen dies haben kann.

- (281) Verbreitet hat sich zudem ein manipulatives Gestaltungsmuster von Cookie-Bannern, das als Anwendung von „dark patterns“ oder auch als „nudging“ bezeichnet wird. Gemeint damit ist, dass die Gestaltung mit psychologischen Methoden versucht, den Nutzer zu einer möglichst weitgehenden Einwilligung hin zu führen. Beispiel für solche Muster sind Gestaltungen, in denen der Button, der „Zustimmung zu allem“ ausdrückt, deutlich hervorgehoben wird. Der Button für die Ablehnung hingegen wird möglichst unauffällig ausgestaltet, etwa in Anlehnung an eine Ausgestaltung, die in Nutzerschnittstellen typischerweise einen nicht anwählbaren Button kennzeichnet. Es finden sich weiter Gestaltungen, in denen die Option „Allen Cookies zustimmen“ mit einem Klick möglich ist, die Option „Nur notwendige Cookies verwenden“ jedoch nicht, sondern diese Wahl nur in geschachtelten Menüs möglich ist. Ein Beispiel:

²⁰³ Eine nicht unähnliche Überlegung hat der BGH in seinem Urteil vom 28.05.2020, Az. I ZR 7/16 zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG angestellt. Danach fehlt es an einer wirksamen Einwilligung in Telefonwerbung, wenn die Gestaltung der Einwilligungserklärung darauf angelegt ist, den Verbraucher mit einem aufwendigen Verfahren der Abwahl von in der Liste aufgeführten Partnerunternehmen zu konfrontieren, um ihn zu veranlassen, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen und stattdessen dem Webseitenbetreiber die Wahl der Werbepartner zu überlassen. Weiß der Verbraucher mangels Kenntnisnahme vom Inhalt der Liste und ohne Ausübung des Wahlrechts nicht, die Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmer die Einwilligung erfasst, liegt keine Einwilligung für den konkreten Fall vor. Der Umstand, dass der Verbraucher durchaus die gegebene Vielzahl von Werbepartnern erkennen mag, ändert nichts daran, dass der Verbraucher aufgrund der Gestaltung des Auswahlvorgangs regelmäßig keine Kenntnis über den konkreten Inhalt der gegebenen Einwilligung haben wird.

Datenschutz und Nutzungserlebnis auf computerbild.de

Wir übermitteln personenbezogene Daten an Drittanbieter, die uns helfen, unser Webangebot zu verbessern und zu finanzieren. In diesem Zusammenhang werden auch Nutzungsprofile (u.a. auf Basis von Cookie-IDs) gebildet und angereichert, auch außerhalb des EWR verarbeitet. Hierzu übermitteln wir an diese Drittanbieter auch Ihre Privatsphäreinstellungen bzw. Präferenz in Form einer codierten Zeichenfolge (sog. TC-String). Hierfür und um bestimmte Dienste zu nachfolgend aufgeführten Zwecken verwenden zu dürfen, benötigen wir Ihre Einwilligung. Indem Sie "Alle akzeptieren" klicken, stimmen Sie diesen (jederzeit widerruflich) zu. Dies umfasst auch Ihre Einwilligung in die Übermittlung bestimmter personenbezogener Daten in Drittländer, u.a. die USA, nach Art. 49 (1) (a) DSGVO. Unter "Einstellungen oder ablehnen" können Sie Ihre Einstellungen ändern oder die Datenverarbeitung ablehnen. Sie können Ihre Auswahl jederzeit unter "Privatsphäre" am Seitenende ändern.

Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen ▼

Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen ▼

Fremdinhalte anzeigen (Soziale Netzwerke, Videos) ▼

Einstellungen oder ablehnen

Alle akzeptieren

Widerspruchsrechte zu Datenverarbeitungen auf Grundlage von berechtigten Interessen können Sie ebenfalls unter „Einstellungen oder ablehnen“ ausüben.

[FAQ](#) | [Datenschutzerklärung](#) | [Impressum](#)

- (282) Auch bei solchen „dark pattern“ bzw. „nudging“-Gestaltungen lässt sich die naheliegende Frage stellen, ob eine selbstbestimmte und informierte Einwilligung vorliegt, wenn der Nutzer aus Verwirrung oder wegen der deutlich geringeren Handlungslasten auf den „Allen Cookies zustimmen“-Button klickt.²⁰⁴ Letzteres hat die Datenschutzkonferenz in einer

²⁰⁴ So ist etwa die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen in einer Prüfung zum datenschutzkonformen Tracking auf Webseiten zu dem Ergebnis gekommen, dass das „nudging“ auf einigen Webseiten so weit geht, dass nicht mehr von einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden konnte, siehe https://fd.niedersachsen.de/startseite/infothek/pruefungen_und_sanktionen/pruefungen/pruefung-zum-datenschutzkonformen-tracking-auf-webseiten-die-wichtigsten-ergebnisse-im-uberblick-november-2020-194902.html; die französische Datenschutzbehörde CNIL hat in einer jüngeren Entscheidung eine solche asymmetrische Ausgestaltung auf den Seiten facebook.com, google.fr und youtube.com als Verstoß gegen die nationale Umsetzung der EPrRL gewertet, siehe <https://www.heise.de/news/Franzoesische-Datenschutzbehoerde-Millionenstrafen-fuer-Google-und-Facebook-6319378.html>; Google etwa hat seither damit begonnen, seine Cookie-Banner mit einem „Alle ablehnen“ Button zu versehen, vgl. <https://www.heise.de/news/Google-ueberarbeitet-Cookie-Banner-7062338.html>; im Sinne der Werbewirtschaft will hingegen Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810, (813f) auch asymmetrische Handlungslasten akzeptieren, etwa in dem Sinne, dass „Alle Cookies

Ende 2021 erschienenen Neufassung ihrer Orientierungshilfe für die Anbieter von Telemedien verneint.²⁰⁵ Der europäische Datenschutzausschuss hat mittlerweile im Rahmen einer öffentlichen Konsultation umfangreiche Leitlinien veröffentlicht, in denen er am Beispiel der Nutzerschnittstelle eines sozialen Mediums illustriert, welche Gestaltungen mit einer selbstbestimmten und informierten Einwilligung nicht mehr vereinbar sind.²⁰⁶ Gensondert von den datenschutzrechtlichen Bewertungen unter der DSGVO bzw. unter den Implementierungen der EPrRL wird der kommende DSA nach dem vom Plenum des Europäischen Parlaments bestätigten Ergebnis des Trilogs voraussichtlich eine Form des Verbots von „dark patterns“ vorsehen.²⁰⁷

iv. Cookie-Walls

- (283) Häufiger anzutreffen sind ferner sogenannte Cookie-Walls. Stimmt der Nutzer der Datenerhebung und -verarbeitung bei diesen Gestaltungen nicht (insgesamt) zu, so wird ihm der Zugang zu den Inhalten verwehrt.²⁰⁸ Ob dies mit den Anforderungen an die

annehmen“ mit einem Klick möglich ist, „Alle Cookies ablehnen“ hingegen nicht; zum Diskussionsstand siehe auch die Nachweise bei Sesing, Cookie-Banner – Hilfe, das Internet ist kaputt, MMR 2021, 544 (546); ausführlich zur Verwendung und Wirkungsweise von „dark patterns“ auch jenseits des Bereiches Werbung und der rein datenschutzrechtlichen Bewertung: Europäische Kommission, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation, Final Report (April 2022), verfügbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1>.

²⁰⁵ Datenschutzkonferenz, Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 20. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021), Seite 13, verfügbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf.

²⁰⁶ European Data Protection Board, Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them, verfügbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-32022-dark-patterns-social-media_en.

²⁰⁷ Artikel 23a DSA-E in der zum Redaktionsschluss vorliegenden Fassung (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.html); siehe auch Pressemitteilung des Europäischen Parlaments zum Trilog-Ergebnis unter <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220412IPR27111/digital-services-act-agreement-for-a-transparent-and-safe-online-environment>.

²⁰⁸ In der Praxis kommen häufig auch Mischmodelle zum Einsatz. Bei diesen bleibt der Zugang zu einem Teil oder sogar der Mehrheit der Artikel auch bei Zustimmung zum Tracking verwehrt, weil dieser Teil der Artikel nur entgeltlich angeboten wird. Zudem kommen „metered“-Modelle zum Einsatz, in denen von den grundsätzlich werbefinanziert zugänglichen Artikeln von einem individuellen Nutzer nur eine bestimmte Anzahl pro Zeitraum (Tage/Woche o. ä.) abgerufen werden kann.

Selbstbestimmtheit der Einwilligung vereinbar ist, wird heftig diskutiert.²⁰⁹ Nach Auffassung der deutschen Datenschutzbehörden und des europäischen Datenschutzausschusses ist das regelmäßig nicht der Fall.²¹⁰

Auf Webseiten insbesondere deutscher Presseverlage ist inzwischen eine Variante dieser Gestaltung verbreitet, die dem Nutzer die Wahl lässt, entweder der Datenerhebung zuzustimmen, oder auf einen entgeltlichen Zugang auszuweichen. Ein Gestaltungsbeispiel:

Herzlich willkommen!

Weiter mit Werbung lesen

Besuchen Sie SPIEGEL.de wie gewohnt mit Werbung und üblichem Tracking. (Zustimmung ist jederzeit widerrufbar.)

Akzeptieren und weiter >

Details zu Werbe- und Analyse-Trackern sowie zum jederzeit möglichen Widerruf finden Sie in unserer [Datenschutzerklärung](#) oder im [Privacy Center](#) am Ende jeder Seite.

... oder PUR-Abo abschließen

Nutzen Sie uns ganz ohne Werbetacking und praktisch werbefrei. €4,99/Monat, für Kunden von SPIEGEL+ €1,99.

mehr zum PUR-Abo >

Bereits PUR-Abonnent? [Hier anmelden](#)

Tracking: Zur Verbesserung und Finanzierung unseres Webangebots arbeiten wir mit **Drittanbietern** zusammen. Diese Drittanbieter und wir erheben und verarbeiten personenbezogene Daten auf unseren Plattformen. Mit auf Ihrem Gerät gespeicherten Cookies, persönlichen Identifikatoren wie bspw. Geräte-Kennungen oder IP-Adressen sowie basierend auf Ihrem individuellen Nutzungsverhalten können wir und diese Drittanbieter ...

- ... Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen: Für die Ihnen angezeigten Verarbeitungszwecke können Cookies, Geräte-Kennungen oder andere Informationen auf Ihrem Gerät gespeichert oder abgerufen werden.
- ... Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen ausspielen: Anzeigen und Inhalte können basierend auf einem Profil personalisiert werden. Es können mehr Daten hinzugefügt werden, um Anzeigen und Inhalte besser zu personalisieren. Die Performance von Anzeigen und Inhalten kann gemessen werden. Erkenntnisse über Zielgruppen, die die Anzeigen und Inhalte betrachtet haben, können abgeleitet werden. Daten können verwendet werden, um Benutzerfreundlichkeit, Systeme und Software aufzubauen oder zu verbessern.

Sie willigen auch ein, dass Ihre Daten von Anbietern in Drittstaaten und den USA verarbeitet werden. USA-Anbieter müssen ihre Daten an dortige Behörden weitergegeben. Daher werden die USA als ein Land mit einem nach EU-Standards unzureichenden Datenschutzniveau eingeschätzt (Drittstaaten-Einwilligung).

²⁰⁹ Siehe die Nachweise bei Sesing, Cookie-Banner – Hilfe, das Internet ist kaputt!, MMR 2021, 544 (546); grundsätzlich für eine Koppelungsmöglichkeit Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (813f), es sei denn, der Nutzer sei auf den Zugang angewiesen, es liege Marktbeherrschung vor, oder der Nutzer habe bereits unabhängig von der Cookie-Setzung für eine Leistung bezahlt, die er dann auch in Anspruch nehmen können müsse, ohne ein zusätzliches Cookie akzeptieren zu müssen; ausführlich Becker, Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots: Zur Regulierung des vertragslosen Tauschs von Daten gegen Leistungen, CR 2021, 230 (236ff).

²¹⁰ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 11; European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Ziffer 25ff, siehe https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf

- (284) Der europäische Datenschutzausschuss hält eine solche Konstruktion jedenfalls nicht für einen Verstoß gegen das in Art. 7 Abs. 4 DSGVO niedergelegte Verbot der Konditionalität, wenn beide Zugangsalternativen „genuinely equivalent“ sind.²¹¹ Als Argument lässt sich in diesem Zusammenhang unter Umständen auch der im Zuge der Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte (DI-RL) neu geschaffene § 327q Abs. 2 BGB heranziehen. Dieser sieht für die Fälle der wiederkehrenden Bereitstellungen oder dauerhaften Bereitstellung digitaler Produkte ein außerordentliches Kündigungsrecht des Anbieters vor, wenn bei Abwägung der Interessen dem Anbieter im Hinblick auf die nach dem datenschutzrechtlichen Widerruf oder dem Widerspruch noch zulässigen Datenverarbeitungen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist. Allerdings ist ein solches Kündigungsrecht in der Richtlinie selbst, d. h. auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts, auf dem auch die DSGVO steht, nicht ausdrücklich vorgesehen.²¹² Unionsrechtlich ist im Fall eines Konflikts zwischen DI-RL und DSGVO letztere vorrangig (Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 DI-RL).²¹³
- (285) Eine differenzierte Ablehnung einzelner Datenverarbeitungen oder die Ablehnung der Datenverarbeitung durch einzelne Partner des Webseitenbetreiber ist bei solchen Gestaltungen inzwischen nicht mehr oder nur mit hohem Aufwand möglich. Die Datenschutzerklärung des Verwenders in dem o. g. Beispiel etwa stellt dem Nutzer anheim, jeweils auf einer speziellen Webseite jedes einzelnen „Partners“ gesondert das Opt-Out zu erklären. Das sind in dem Beispiel mehr als 100 „Partner“:

²¹¹ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Ziffer 37, siehe https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf sowie zur Ausgestaltung der noch im Gesetzgebungsverfahren befindlichen EPrVO Statement 03/2021 on the ePrivacy Regulation, Adopted on 9 March 2021, S. 3, siehe https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb_statement_032021_eprivacy_regulation_en_0.pdf.

²¹² Spindler, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, Teil 2, MMR 2021, 528 (530).

²¹³ Vgl. zur Einordnung des § 327q Abs. 2 BGB auch Sattler, Urheber- und datenschutzrechtliche Konflikte im neuen Vertragsrecht für digitale Produkte, NJW 2020, 3623 (3628), der das Kündigungsrecht als „elegant“, aber auch als Zwischenlösung betrachtet.



3. Praktische Erfahrungen mit und nach dem Inkrafttreten der DSGVO

(286) Darauf, dass die bis dato erkennbar gewordenen Einschränkungen der Möglichkeiten zum Tracking und in der Konsequenz der Möglichkeiten zum Targeting bereits Konsequenzen haben und die Möglichkeiten der Datenerhebung und -verarbeitung zu werblichen Zwecken beeinflussen – ohne dies an dieser Stelle schon als insgesamt positiv oder negativ bewerten zu wollen – weisen auch die von vielen befragten Publishern angegebenen Erfahrungen nach dem Inkrafttreten der DSGVO zumindest hin.

(287) Viele dieser Publisher sehen erhebliche Auswirkungen der DSGVO auf das Targeting bzw. die Ausspielung von Werbung, sofern keine Einwilligung des Nutzers im Sinne der DSGVO vorliegt. Mehrere Unternehmen führen aus, dass ein Teil des Inventars verloren gehe. Teilweise sei die Ausspielung von Werbung überhaupt nicht mehr möglich, da noch keine

entsprechenden Produkte existierten. Ein Unternehmen führt weiter aus, dass Google die Auslieferung von Werbung überhaupt nur noch erlaube, wenn die Einwilligung des Nutzers vorliege. Bei fehlender Einwilligung könne überhaupt nicht mehr über Google geworben werden. Mehrere Unternehmen äußern, dass es unter den Nutzern im Web eine erhebliche Zahl an sogenannten „Bouncern“ gebe, also Nutzer, welche die Seite sofort wieder verließen, ohne die von der Seite – z. B. über ein Cookie-Banner angeforderte – Entscheidung zur Akzeptanz von Cookies zu treffen. Ein Befragter führt aus, dass die nunmehr notwendige Einwilligung nur von 50 % bis 70 % der Nutzer erteilt werde. Insgesamt werden als Folge der DSGVO von vielen Unternehmen Reichweiten- und Preisrückgänge gesehen, die Angaben erfolgen allerdings auf unterschiedlicher Basis. Gleichzeitig ist auch festzuhalten, dass eine Anzahl von befragten Publishern keine Einschränkungen ihrer Werbemöglichkeiten durch die DSGVO sieht. Es ist allerdings durchaus möglich, dass etliche dieser Unternehmen sich nicht eingeschränkt sehen, da sie Werbung eher direkt vermarkten – hier sind Daten im Vergleich zum Programmatic Advertising von geringerer Bedeutung – oder aber über einen dritten Vermarkter agieren und daher möglicherweise nur einen eingeschränkten Einblick haben.

- (288) Auf der Werbeflächen-Nachfragerseite (Agenturen) spiegelt sich der Eindruck erheblicher Auswirkungen bisher teilweise, für die Zukunft erwartet aber auch diese Marktseite eher eine ähnlich gelagerte Entwicklung (siehe dazu bereits oben Ziffer (225)). Für die vergangenen drei Jahre sah auf die entsprechende Frage hin die überwiegende Zahl der Antworten zwar noch eine Verbesserung in Qualität und Verfügbarkeit von Daten. Zurückgeführt wurde dies allerdings meist darauf, dass das Segment Programmatic Advertising deutlich gewachsen ist, sich weiter entwickelt und professionalisiert hat und Programmatic Advertising nicht mehr so sehr (wie anfangs zumindest teilweise) als sogenannte „Resterrampe“ für anderweitig nicht absetzbare Werbeflächen angesehen wird. Die Unternehmen, welche die Entwicklung bei Qualität und Verfügbarkeit anders sehen, führten jedoch zumeist die DSGVO als Grund für die entsprechende Entwicklung an. Für die kommenden drei Jahre erwartet auch die Werbeflächen-Nachfragerseite überwiegend eine Verschlechterung in Qualität und Verfügbarkeit und begründet dies meist mit der DSGVO, der Verhinderung von Drittanbietercookies durch die Browser oder mit einem gestiegenen Datenschutzbewusstsein bei den Nutzern.
- (289) Der bestehende Rahmen bietet allerdings durchaus Möglichkeiten, auf die durch die DSGVO bzw. die EuGH-Entscheidung zur EPrRL jedenfalls faktisch gestiegenen oder zumindest mit einem höheren Durchsetzungspotential versehenen datenschutzrechtlichen

Anforderungen – insbesondere dem Erfordernis einer selbstbestimmten und informierten Einwilligung des Nutzers – so zu reagieren, dass Umsatzausfällen auch im bestehenden Modell zumindest entgegengewirkt werden kann. So wollen viele befragte Publisher innerhalb der gegebenen Umstände optimieren, etwa indem die Einwilligungs-Rate verbessert wird.

- (290) Auch sind die von den Befragten wahrgenommenen Folgen womöglich nicht für alle Publisher gleich.
- (291) Ein größerer Publisher beispielsweise führt in diesem Zusammenhang aus, dass die Folgen bei allen Plattformen, die ohnehin einen Login erforderten (z.B. Facebook, Amazon) oder solchen, die neben reinen Online-Portalen auch Infrastruktur und Betriebssysteme bereitstellten (z.B. Apple oder Google) anders aussähen. Bei solchen Services müssten Nutzer zwangsläufig Authentifizierungen vornehmen und würden gewohnheitsmäßig zu verschiedenen Einstellungen und Einwilligungen gefragt. Es bestehe ein gelernter Umgang von Nutzern mit solchen Login-basierten Systemen.

III. Wettbewerbliche Implikationen von Veränderungen beim Datenzugang

1. Rahmen

- (292) Aus wettbewerblicher Sicht können Veränderungen bei der Akzeptanz des Trackings – und daraus ggf. folgend, bei den rechtlichen oder faktischen Möglichkeiten es einzusetzen – Marktpositionen entlang der Wertschöpfungskette von Online-Werbung beeinflussen, bestimmte Akteure stärken oder schwächen und u. U. auch dazu führen, dass ganze bislang im Markt erbrachte Funktionen in der bisherigen Form nicht mehr benötigt werden oder neue Dienstleistungen entstehen. Das gilt zunächst grundsätzlich für alle Maßnahmen mit Einfluss auf die Tracking-Möglichkeiten. Dennoch lassen sich dabei zwei Ebenen unterscheiden:
- (293) Auf der ersten davon finden sich Entwicklungen, die nicht (primär) aus Handlungen eines Unternehmens selbst oder seiner Wettbewerber resultieren, sondern die Folge von Veränderungen „außerhalb des Wettbewerbsprozesses selbst“ sind. Dies können rechtliche Veränderungen sein wie etwa im hier interessierenden Bereich geänderte Datenschutzgesetze. Es können aber auch tatsächliche Veränderungen sein, wie beispielsweise technologische Durchbrüche oder Verhaltensänderungen in der Bevölkerung. Der Blick aus wettbewerblicher Perspektive richtet sich hier auf die Bewertung der rechtlichen Verän-

derungen oder auf die Frage, wie diskutierte Reaktionen der Rechtsordnung – etwa Gesetzesänderungen – in Reaktion auf tatsächliche Veränderungen aus wettbewerblicher Perspektive zu betrachten sind. Es ist dies ein wettbewerbspolitischer Blick.

- (294) Die zweite Ebene betrifft die Rechtsanwendung, hier bezogen auf das Wettbewerbsrecht. Sie kommt zum Tragen, wenn es die Handlungen einzelner Wettbewerber sind, die sich auf die Handlungsmöglichkeiten anderer Marktteilnehmer auswirken.
- (295) Bei den zu bewertenden Folgen wiederum lassen sich gedanklich zwei Arten von Auswirkungen unterscheiden, nämlich solche, die in der Breite alle Marktakteure mehr oder weniger gleichermaßen betreffen (dazu unten 2.) und solche, die unterschiedliche Akteure jeweils unterschiedlich stark treffen können („asymmetrische Auswirkungen“, dazu unten 3. für die rechts- und wettbewerbspolitische Ebene und unten 4. für die Ebene de lege lata).
- (296) In der Praxis von besonderem Interesse sind neben Änderungen des Rechtsrahmens solche Maßnahmen, die von besonders marktrelevanten Akteuren wie Google umgesetzt werden. Denn Google etwa ist nicht nur ein besonders wichtiger Marktteilnehmer bei dem Angebot und der Vermittlung nicht suchgebundener Online-Werbung, sondern das Unternehmen kontrolliert mit dem Browser Chrome und dem Mobil-Betriebssystem Android wichtige Software mit sehr grundlegender Funktion und dementsprechend weitreichenden Einflussmöglichkeiten, die von einer sehr hohen Anzahl an Nutzern eingesetzt wird, und die daher bei entsprechender Ausgestaltung eine erhebliche Hebelwirkung auf die Möglichkeiten Dritter zum Tracking entfalten kann. So liegt der Anteil des Google-eigenen Web-Browsers Chrome auf Desktops und Notebooks – je nach Region und vom Nutzer verwendeten Geräten – bei bis zu 50% bis 70%.²¹⁴ Tatsächlich kann die

²¹⁴ Die genauen Zahlen variieren je nach Region, Methode und Panel des Erhebenden. Die ausgewiesenen Größenordnungen sind jedoch ähnlich. Netmarketshare (hier wiedergegeben Zahlen von Oktober 2020) weist für Desktop-Rechner/Notebooks weltweit einen „Chrome“-Anteil von 69,5% aus und für Mobilgeräte einen solchen von 64,9%. Siehe <https://netmarketshare.com> (abgerufen am 18.06.2021). Das Marktforschungsunternehmen StatCounter weist für Deutschland für November 2021 einen „Chrome“-Anteil an den „Page Views“ von 48,0% aus, siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/13007/umfrage/marktanteile-der-browser-bei-der-internetnutzung-in-deutschland-seit-2009/#professional>. Weltweit weist das Unternehmen für den Abruf über Desktop/Notebook für November 2021 einen Anteil von 66,4% aus, siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157944/umfrage/marktanteile-der-browser-bei-der-internetnutzung-weltweit-seit-2009/>. Für den Abruf über Mobiltelefone weist das Unternehmen für September 2021 einen „Chrome“-Anteil vom 64% aus, siehe

Wirksamkeit von Änderungen durch Google noch höher sein, als es dieser Marktanteil ausdrückt, wenn Maßnahmen Googles in der sogenannten Browser Engine, dem Kern des Browsers zur Darstellung von Webseiten, realisiert werden sollten und sich dort nur mit hohem Aufwand entfernen lassen sollten. Denn die Browser Engine von Chrome wird noch von weiteren Browsern wie Opera und Microsoft Edge (neuere Versionen) verwendet, auf die einige weitere Marktanteile entfallen. Das Mobilbetriebssystem Android wird nach den vorhandenen Daten auf etwa 60% bis 80% aller Smartphones eingesetzt.²¹⁵

2. Teilaspekt: Eingeschränkter Datenzugang generell aus wettbewerblicher Sicht

a. Mögliche Folgen für den Wert von nicht suchgebundener Online-Werbung und die Marktchancen ihrer Anbieter

- (297) Konzeptionell betrachtet könnte eine Beschränkung der Verfügbarkeit von Nutzerdaten und von Daten wie identifizierenden Nummern, mit deren Hilfe sich Endgeräte und in der Folge auch Nutzer wiedererkennen lassen und die so letztendlich die Zusammenführung der Nutzeraktivitäten zu Eigenschafts- und Interessenprofilen ermöglichen, insbesondere in zwei Bereichen Folgen haben: Reduktion der Möglichkeiten zum Targeting und Reduktion der Möglichkeit zur Messung von Werbung.
- (298) Beides steht in einem Zusammenhang mit der sogenannten Werbewirkung: Unternehmen möchten nach Möglichkeit nur in Werbemaßnahmen investieren, die auch einen

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/13120/umfrage/marktanteile-mobiler-browser-bei-der-internetnutzung-weltweit-seit-2009/>.

²¹⁵ Nach Daten des Marktforschungsunternehmens StatCounter lag der weltweite Marktanteil von Android bei mobilen Betriebssystemen zwischen September 2020 und August 2021 zwischen rund 71% und rund 74%, vgl. <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide>. In Deutschland lag er danach zwischen 64% und 72%, vgl. <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/germany>. Nach Angaben von Statista lag der Marktanteil von Android am Absatz von Smartphones in Deutschland von Januar 2012 bis Juni 2021 zwischen 60% und 83%, vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/256790/umfrage/marktanteile-von-android-und-ios-am-smartphone-absatz-in-deutschland/>. Nimmt man die Internet-Nutzung mit Mobiltelefonen als Basis, so ist weltweit seit 2016 von einem Android-Anteil von über 70%, in Deutschland von über 60% auszugehen, vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.12.2021, Az. B7-61/21 – *Google: Feststellung der Normadressateneigenschaft nach § 19a Abs. 1 GWB*, Tz. 319. Bereits in ihrer Entscheidung vom 18. Juli 2018, Az. AT.40099 – *Google Android* hatte die Europäische Kommission festgestellt, dass der Marktanteil von Android bei weltweiter (ohne China) Betrachtung sowohl lizensierbarer als nicht auch nicht lizensierbarer und somit nur von einem bestimmten Gerätehersteller selbst verwendeter mobiler Betriebssysteme in den Jahren 2014 bis 2016 zwischen 74,9% und 79,3% lag, vgl. Fn. 438 der Entscheidung.

aus ihrer Sicht positiven wirtschaftlichen Effekt haben (Vermeidung sogenannter Streuverluste). Um eine solche Aussteuerung von Werbung vornehmen zu können, muss das werbende Unternehmen jedoch möglichst viel darüber wissen, welche Maßnahmen welchen Nutzern gegenüber einen entsprechenden Effekt bewirken könnten. Um diesbezüglich nicht auf Annahmen angewiesen zu sein, wäre es wiederum hilfreich, über bestätigte Ursache-Wirkungs-Ketten aus der Vergangenheit verfügen zu können, im Idealfall aus einem bereits durchgeführten Teil der gerade laufenden Werbekampagne.

- (299) Um die Werbewirkung und ihre Messbarkeit werden bereits seit langer Zeit Diskussionen geführt. Im „analogen“ Zeitalter stand die Messbarkeit vor allem vor dem Problem, dass der Nutzer beim Konsum des Mediums und der in ihm eingebetteten Werbebotschaft nicht oder nur in seltenen Ausnahmefällen direkt beobachtet werden konnte. Auch seine etwaige Reaktion auf die Werbebotschaft (wenn er sie denn wahrnahm) konnte daher nicht direkt beobachtet werden. Ferner gab es aus dem Medium keinen direkten Rückkanal zum Werbetreibenden. Eine etwaige gemessene Reaktion konnte daher auch nicht einfach an den Werbetreibenden zurückgemeldet werden. Der Markt war daher für Aussagen über die Wirkung einer Werbemaßnahme vor allem auf Befragungen der potentiellen Rezipienten,²¹⁶ Rückmeldungen der Rezipienten über andere Kanäle, aufwendige Studien mit kleinen Gruppen in Umgebungen mit besonderer Ausstattung, aber auch auf die Auswertung indirekter Signale angewiesen. So ließ sich etwa beobachten, ob in einem zeitlichen Zusammenhang mit der Ausstrahlung einer Werbekampagne für ein bestimmtes Produkt im Fernsehen die Verkäufe dieses Produktes anstiegen.
- (300) Online-Werbung verspricht zumindest konzeptionell, die Position der Werbetreibenden bei der Messung und Rückmeldung der Werbewirkung zu verbessern. Ebenso verspricht sie die Möglichkeit einer sehr viel granulareren Aussteuerung von Werbemitteln an detailliert definierte Zielgruppen und damit eine Lösung oder zumindest Milderung für das Problem der Streuverluste. Die Aussteuerung wiederum würde von der Messbarkeit der Wirkung bereits durchgeführter Werbemaßnahmen profitieren. Beide Aspekte hängen eng mit Daten zusammen.

²¹⁶ Dies kommt etwa im TV-Bereich auch nach wie vor zum Einsatz, auch wenn dabei die Fernsehnutzung inzwischen mit Hilfsmitteln wie dem EPG gemessen werden kann, vgl. etwa das Vorgehen des ARD-Vermarketers AS&S, <https://www.ard-werbung.de/tv-erfolgsgeschichten/ass-tv-tracking/?L=0>.

- (301) Online-Werbung wird technisch betrachtet in aller Regel im Rahmen eines auf dem Computer des Nutzers²¹⁷ ablaufenden Programmes²¹⁸ angezeigt. Dies ermöglicht es eben diesem Programm grundsätzlich, einerseits alle auf dem Computer abrufbaren Daten über den Nutzer zu erfassen und zurückzusenden. Dies kann verwendet werden, um den Computer und indirekt den dahinter stehenden Nutzer bei künftigen Nutzungen wiederzuerkennen und so letztendlich die Zusammenführung aller Nutzeraktivitäten zu einem Eigenschafts- und Interessenprofil zu ermöglichen. Andererseits wird es so grundsätzlich machbar, alle auf dem Computer des Nutzers vorhandenen und ihm zugänglichen Sensoren einzusetzen, um eine etwaige Reaktion des Nutzers auf die Werbemaßnahme festzustellen. Der eingängigste Fall einer solchen Messung ist sicherlich die Erfassung eines Klicks oder eines Tippens des Nutzers auf das Werbemittel. Es gibt allerdings auch sehr viel subtilere – und teilweise invasivere – Messmöglichkeiten. So lässt sich bei geeigneter Programmierung etwa feststellen, wie lange ein bestimmtes Werbemittel auf dem Bildschirm des Nutzers sichtbar war, welcher Anteil eines Werbevideo abgespielt wurde,²¹⁹ oder welche Mausbewegungen der Nutzer über dem Werbemittel oder über dem umgebenden Medium ausgeführt hat. Festgestellte Reaktionen des Nutzers können wegen des direkt verfügbaren Rückkanals „Internet“ in kürzester Zeit und ohne Medienbruch an den Werbetreibenden oder einen von ihm Beauftragten zurückgemeldet werden.
- (302) Dennoch ist bisher auch im Falle von Online-Werbung die Definition und Messung der Werbewirkung ein komplexes Problem geblieben, um das stetige Diskussionen geführt werden.²²⁰ Dies beginnt mit der Frage, woran eine Werbewirkung zu messen ist, d. h.

²¹⁷ Auch Smartphones und ähnliche Geräte sind technisch betrachtet Computer.

²¹⁸ Web-Browser ermöglichen zwar nach wie vor auch die Anzeige von Webseiten, die aus technischer Sicht kein Computerprogramm sind oder enthalten, sondern die einen Text mit Formatierungsinformationen und ggf. Bildern darstellen. In der Praxis hat die Bedeutung solcher Webseiten jedoch vor allem bei professionellen Anbietern stark abgenommen.

²¹⁹ Vgl. beispielhaft Horizont, Meetrics bietet frei wählbare Sichtbarkeitsdefinitionen an, <https://www.horizont.net/tech/nachrichten/advanced-video-metrics-meetrics-bietet-frei-waehlbare-sichtbarkeitsdefinitionen-an-193860>.

²²⁰ Beispielhafte Diskussionsbeiträge etwa unter https://www.wuv.de/specials/werbewirkung/entthront_den_roi; https://www.wuv.de/specials/werbewirkung/die_5_wichtigsten_schritte_zur_messung_von_effizienz_und_effektivitaet; <https://www.horizont.net/marketing/kommentare/wirkungsmessung-von-online-werbung-warum-der-klick-ausgedient-hat-169233>; <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/werbewirkungsgipfel-warum-gutes-wetter-schlecht-fuer-otto-ist-169195>; <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/hansainvest-marketingleiter-hildebrandt-warum-werbewirkungsmessung-sinn-und-verstand-braucht-169188>; <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/horizont-werbewirkungsgipfel-die->

anhand der Veränderung welcher Faktoren. Hier kommen theoretisch ganz unterschiedliche Punkte in Betracht. Die Skala der Möglichkeiten reicht von wirtschaftlichen Ergebnissen wie einer Umsatzveränderung über häufig nur schwer oder aufwendig feststellbare Veränderungen im Bewusstsein der potentiellen Werbepublikum (beispielsweise das Kennen einer Marke oder die Assoziation bestimmter Eigenschaften oder Gefühle mit ihr) bis hin zu zumindest theoretisch (einfacher) beobachtbaren Handlungen wie dem Klick auf ein Werbefeld oder dem Kauf eines Produktes. Nicht trivial zu beantworten ist ferner auch bei Online-Werbung die zweite Frage danach, in welchem Umfang eine bestimmte von mehreren Werbemaßnahmen einen Beitrag zu einer Werbewirkung geleistet hat. Denn häufig kann nicht davon ausgegangen werden, dass die zum Maß genommene Veränderung lediglich auf eine einzige Ursache zurückzuführen ist. Diese Schwierigkeiten sind zu berücksichtigen, wenn eine Antwort auf die Frage nach den Auswirkungen etwaiger Beschränkungen beim Zugang zu Daten gesucht wird. Grundsätzlich messen zwar der Markt bzw. die auf ihm aktiven Nachfrager Werbung, auch Online-Werbung eine Wirkung bei, sonst gäbe es keine Umsätze damit. Das Maß solcher Wirkungen muss aber konzeptionell in den Grenzen der Messbarkeit und Nachweisbarkeit von Werbewirkungen betrachtet werden.

- (303) Folgt man der Annahme, dass (zielgerichtete) Werbung die vom Werbetreibenden intendierte Wirkung entfaltet, bedeutet eine geringere Verfügbarkeit von Daten daher objektiv einerseits eine Verringerung der für das Targeting von Werbebotschaften zur Verfügung stehenden Profil- und anderen Daten (zu den Folgen siehe bereits ausführlich Ziffer (238)f.). Weniger Anbieter haben Zugang zu solchen Daten oder sie haben zwar noch Zugang, dies aber jeweils zu weniger Daten. Dies reduziert auch ihre Möglichkeiten, sich über unterschiedliche Ansätze zur Profilbildung und damit zum Targeting im Wettbewerb zu differenzieren (siehe auch oben die Befragungsergebnisse der Publisher-Befragung zur Kombination verschiedener Targeting-Anbieter). Eine geringere Datenverfügbarkeit könnte sich andererseits aber auch auf die Möglichkeiten auswirken, die Auswirkung von Online-Werbung zu messen und zu verifizieren. Ähnliches gilt für die Attribution, welche

[gnadenlose-abrechnung-von-nestl-mediachefin-maie-abel-169146;](https://www.horizont.net/marketing/kommentare/werbewirkung-warum-big-data-uns-oft-in-die-irre-leitet-168997)
[https://www.horizont.net/marketing/kommentare/werbewirkung-warum-big-data-uns-oft-in-die-irre-leitet-168997;](https://www.horizont.net/marketing/kommentare/werbewirkung-warum-big-data-uns-oft-in-die-irre-leitet-168997) [https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/Markendienst-Mitgeschaeftsfuehrer-Christian-Bachem-Die-Diskrepanz-zwischen-Sein-und-Schein-ist-im-Marketing-so-gross-wie-nirgendwo-sonst-167714.](https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/Markendienst-Mitgeschaeftsfuehrer-Christian-Bachem-Die-Diskrepanz-zwischen-Sein-und-Schein-ist-im-Marketing-so-gross-wie-nirgendwo-sonst-167714)

die Frage beantworten soll, welchen Beitrag eine Werbemaßnahme zu einem gewünschten kommerziellen Erfolg, etwa dem Abschluss eines Kaufs, geleistet hat.

b. Bewertung möglicher Folgen eingeschränkten Datenzugangs aus wettbewerblicher Sicht

- (304) Grundsätzlich muss sich aus wettbewerblicher Sicht jedes Unternehmen auf Veränderungen in dem tatsächlichen und rechtlichen Umfeld, das seine Wettbewerbssituation prägt, einstellen und erforderlichenfalls sein Geschäftsmodell anpassen. Aus dieser Sicht ist es grundsätzlich nicht das Anliegen, Marktakteure vor Veränderungen des äußeren tatsächlichen oder rechtlichen Umfeldes zu schützen und so bestehende Geschäftsmodelle zu erhalten. Dies gilt selbstverständlich auch für die Veränderung der Verfügbarkeit von Daten. Anders kann der wettbewerbliche Blick jedoch ausfallen, wennderjenige, dessen Handlungen die Geschäftsmodelle anderer in Frage stellen, selbst ein Marktakteur ist. Denn geschieht dies unter Ausnutzung einer Machtstellung oder mit wettbewerbsfremden Mitteln, so kann darin gerade eine Störung des Wettbewerbsprozesses liegen. Bei der Bewertung und der dafür erforderlichen Interessenabwägung hängt daher viel von den Umständen des Einzelfalles ab.
- (305) Bei der Bewertung der Folgen einer Maßnahme kann zudem die wettbewerbliche Seite nicht isoliert betrachtet werden. Wettbewerbliche Vor- und Nachteile einer Maßnahme können – zuweilen vielleicht auch nur dem Anschein nach – in einem Spannungsverhältnis zu Vor- und Nachteilen im Hinblick auf andere geschützte Interessen stehen. So lassen sich u. U. gewisse Vorteile des Nutzers darin sehen, wenn er nur mit „passender“ Werbung konfrontiert wird. Zudem kann Werbung einen positiven Beitrag zum Wettbewerb leisten (dazu unten (i)). Diese Vorteile haben jedoch Grenzen und die Risiken des Nutzers und Dritter bestehen in dem hier relevanten Szenario unter mehreren Gesichtspunkten (dazu nachfolgend (ii.) und (iii.)). Zu denken ist im fraglichen datengeprägten Umfeld insbesondere an das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es können aber auch – ein Beispiel wäre hier die Diskussion um die Verwendung von hoch granularem Targeting für politische Werbung – öffentliche Interessen wie der Schutz des demokratischen Diskurses vor Manipulation berührt sein.²²¹

²²¹ Siehe in diesem Zusammenhang das laufende europäische Gesetzgebungsverfahren über einen Vorschlag der Kommission für eine Verordnung zu Transparenz und Targeting von politischer Werbung, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0381\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0381(COD)&l=en).

- (306) Die Risiken stellen sich insgesamt als so erheblich dar, dass die Hinnahme von Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zur Abstellung der Risiken in bestimmten Fällen durchaus vertretbar erscheint. Als geeigneter Ansatzpunkt erschiene dabei insbesondere die Datenerhebung, an der unterbindende Maßnahmen am effektivsten ansetzen könnten. Denn hier ließe sich die Einhaltung solcher Maßnahmen noch am ehesten überprüfen. Dieser Befund zum Nutzen-Risiko-Verhältnis gilt trotz einiger möglicher und gegenwärtig durchaus diskutierter Ansätze zur Risikoreduktion (unten iv.), denn es ist fraglich, wie wirksam diese sind. Die – häufige – Janusköpfigkeit von Maßnahmen lässt sich nicht beseitigen, allenfalls fallweise reduzieren, eben weil die Vorteile – für die Werbeindustrie, die Anbieter von Waren und Dienstleistungen, die beworben werden sollen, sowie evtl. auch für den Nutzer durch „passendere“ und informativere Werbung – in der Praxis untrennbar mit den Nachteilen für den Nutzer als Datensubjekt – verknüpft sind. Prima facie reduzieren sich erst mit Einschränkungen der Verfügbarkeit von Nutzerdaten auch die wirtschaftlichen und die nicht-wirtschaftlichen Risiken der Nutzer, die eben aus der Verfügbarkeit von Daten und Profilen über sie resultieren („Wissen ist Macht“-Gedanke).
- (307) Umgekehrt bestehen für die Verwender des bisherigen Geschäftsmodells nutzerdatenbasierter Werbung durchaus gewisse Ausweichmöglichkeiten auf andere Modelle, auch wenn diese ihrerseits an bestimmte Grenzen stoßen können (unten (v.)).
- (308) Auf einer zweiten Ebene ist ferner zu berücksichtigen, dass der oben angesprochene mögliche Gegensatz zwischen Wettbewerb und Datenschutz tatsächlich gar kein solcher sein muss. Denn aus Nutzersicht – also der Sicht des Nachfragers nach (medialen) Inhalten und Dienstleistungen im Internet – kann der Grad an angebotenen Datenschutz ein Qualitätsparameter der angebotenen Leistungen sein.²²² Die Auswahlfreiheit zwischen verschiedenen Graden des Datenschutzes ist damit ein Teil des vom Kartellrecht geschützten Wettbewerbsprozesses. Das hat zwei Konsequenzen: Zunächst sind der Nutzer und seine Interessen – insbesondere am Schutz seiner personenbezogenen Daten – auch auf der Ebene der konkreten Rechtsanwendung de lege lata notwendigerweise Teil einer

²²² Vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 23.6.2020, KVR 69/19, *Facebook*, Rn. 86 (juris); ein Beispiel hierfür bietet auch die Diskussion um mögliche Gründe für die Nutzung eines anderen Messaging-Dienstes als des nach Nutzerzahlen führenden, zu Meta gehörigen Dienstes WhatsApp. Vgl. etwa die Debattenbeiträge unter <https://netzpolitik.org/2021/neue-whatsapp-agg-shoot-the-messenger-alternativen-threema-signal-telegram/> und <https://netzpolitik.org/2021/neue-whatsapp-datenschutzrichtlinie-messengerdienste-im-vergleich/>.

Interessenabwägung, wie sie etwa im Rahmen der Prüfung eines Behinderungsmissbrauches erforderlich ist. Bei Abwägungen auf einer wettbewerbspolitischen Ebene sind sie das ohnehin. Zum anderen gehen Wettbewerbsschutz und Datenschutz daher parallel, soweit es darum geht, dass Nutzern in einem in den letzten Jahren vermutlich auch aufgrund der stürmischen technischen und wirtschaftlichen Entwicklung, der die Regulierung – wie in solchen Fällen nicht untypisch – nachlief, insgesamt eher wenig datenschutzfreundlichen Umfeld immer auch die Möglichkeit offenstehen sollte, eine datenschutzfreundliche Option zu wählen.

- (309) Es kann jedoch sein, dass die bloße Auswahlmöglichkeit des Nutzers nicht ausreicht, der Wettbewerb seine Funktion daher nicht erfüllen kann. Dies kann seine Ursache insbesondere in Besonderheiten des Umfelds haben, in dem der Nutzer seine Auswahlentscheidung treffen müsste: Ungleichgewichte und hohe Komplexität – oder anders formuliert: Macht- und/oder Informationsasymmetrien zu Lasten des Nutzers – können eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung unmöglich machen.
- (310) Macht-Asymmetrien können sich insbesondere in „friss oder stirb“-Angeboten von Publishern äußern: Der Nutzer wird vor die Wahl gestellt, entweder der Datenverarbeitung auch für Tracking- und Targeting-Zwecke zuzustimmen oder er erhält keinen Zugang zu dem jeweiligen Angebot. Vorgehensweisen solcher Art können auch ein Zeichen für mangelnden Wettbewerb oder eine Koordinierung unter den Anbietern sein. In diesem Fall läge auch datenschutzrechtlich betrachtet mutmaßlich keine freiwillige Einwilligung vor.
- (311) Hinzu kommt typischerweise eine Informations-Asymmetrie, die auch aus der Komplexität des Netzwerkes von Akteuren und Verwendungen resultiert, in welches die erhobenen Daten eingespeist werden. Die allermeisten Nutzer dürften nicht in der Lage sein, in vollem Umfang abzuschätzen, welche Folgen es konkret für sie haben kann, wenn sie einwilligen, dass ein Anbieter ihre persönlichen Daten für Folgendes verwendet und sie dabei auch „an Drittanbieter“ übermittelt (Textbeispiel²²³): *„Anzeigen und Inhalte können basierend auf einem Profil personalisiert werden. Es können mehr Daten hinzugefügt werden, um Anzeigen und Inhalte besser zu personalisieren. Die Performance von Anzeigen und Inhalten kann gemessen werden. Erkenntnisse über Zielgruppen, die die Anzeigen und Inhalte betrachtet haben, können abgeleitet werden. Daten können verwendet werden, um Benutzerfreundlichkeit, Systeme und Software aufzubauen oder zu verbessern.“*

²²³ Das Textfragment wurde im Juni 2022 beispielsweise im Cookie-Banner auf zeit.de, aber auch auf diversen anderen Webseiten verwendet.

- (312) Zugleich erfolgt die Abfrage der Einwilligung in die Datenverarbeitung – derzeit etwa per Cookie-Banner – häufig genau in dem Augenblick, in dem der Nutzer ein bestimmtes Angebot nutzen möchte, eine konkrete Information sucht. Der Nutzer kann hier psychologisch im Nachteil sein, weil die Entscheidung in einer Situation getroffen werden soll, in der bei ihm ein konkreter Nutzungswunsch besteht, dessen Realisierung nun „nur noch“ diese Entscheidung im Wege steht.²²⁴ Das dürfte nicht die Neigung steigern, sich mit den Folgen der Nutzung auseinanderzusetzen.
- (313) Sind der anderen Marktseite diese Schwierigkeiten des Nutzers allgemein bekannt, besteht zudem die Gefahr, dass diese überproportional dazu tendiert, dem Nutzer nicht die volle Bandbreite an möglichen Optionen anzubieten.
- (314) In einem solchen Fall kann zur Wahrung der Interessen und zur Eindämmung der Risiken der Nutzerseite ein weitergehender Eingriff erforderlich sein. In gewisser Weise lässt sich diese Situation mit derjenigen bei der Nutzung allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Anbieter vergleichen, soweit man die Einwilligung zur Datenverarbeitung nicht ohnehin als solche begreift. Es handelt sich typischerweise um Geschäfte im Massenverkehr. Die Bedingungen werden einseitig gestellt, der Nutzer kann ihnen nur zustimmen oder auf den Dienst verzichten. Der Anbieter verhandelt nicht über sie. Im Bereich der (klassischen) AGB hat dies dazu geführt, dass häufige und als besonders nachteilig erkannte Bedingungen per se verboten wurden.

i. Nutzen und zugleich Risiko: Werbung zwischen Information und Manipulation.

- (315) Werbung kann aus wettbewerblicher Sicht zu begrüßen sein – das trifft vor allem für deren Informationsfunktion zu. Häufiger wird in der Diskussion allerdings geltend gemacht, für den Nutzer und Empfänger der Werbebotschaften sei die Konfrontation mit „passenden“ Werbebotschaften besser als diejenige mit auf ihn nicht speziell zugeschnittenen.²²⁵ Das erscheint in dieser Pauschalität nicht haltbar. Tatsächlich dürfte die Situation differenzierter sein und sowohl vom Nutzer und seiner Situation als auch von der jeweiligen

²²⁴ Utz et al. „(Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field“, <https://www.syssec.ruhr-uni-bochum.de/media/emma/veroeffentlichungen/2019/10/22/uninformedconsent.pdf> , Zusammenfassung unter <https://techcrunch.com/2019/08/10/most-eu-cookie-consent-notice-are-meaningless-or-manipulative-study-finds/>.

²²⁵ Etwa <https://about.fb.com/news/2020/10/a-path-forward-for-privacy-and-online-advertising/> ; https://www.focus.de/magazin/archiv/personalisierung-und-datenschutz-werbung-im-wandel_id_66328034.html.

Werbebotschaft abhängen. Insbesondere gibt es hier eine Verbindung mit dem Kreis an Risiken durch Tracking und Targeting für Nutzer, der sich mit dem Stichwort „Manipulation“ umschreiben lässt.

- (316) Werbung kann sich – in dem Rahmen, in dem man von einer Werbewirkung ausgeht (siehe dazu oben Ziffer (298)ff.) – innerhalb eines ganzen Spektrums an Wirkungen zwischen der reinen Information des Adressaten und dessen vollständiger Manipulation bewegen. Werbung mit Informationsfunktion ist in einer Marktwirtschaft nützlich, gewünscht und legitim. Unternehmen müssen und sollen (potentielle) Kunden auf sich und ihre Leistungsangebote aufmerksam machen können. Dies dient der Zusammenführung von Angebot und Nachfrage. Besondere Bedeutung hat dieses Bedürfnis sicherlich im Rahmen der Einführung von neuen Produkten oder dem Marktauftritt neuer Unternehmen, sowie der (wettbewerblichen) Differenzierung zwischen ähnlichen Angeboten, insbesondere bei der Positionierung besonders hochwertiger oder komplexer Produkte. Ohne entsprechende Kommunikation kann der erwünschte Wettbewerb zwischen Unternehmen nicht funktionieren, schon weil bestimmte Angebote ggf. gar nicht erst gefunden werden oder weil die Differenzierungsmerkmale der verschiedenen Angebote den potentiellen Abnehmern nicht zu Bewusstsein gebracht werden können.
- (317) Naturgemäß gehen allerdings die Wünsche, die Unternehmen mit Werbung verbinden, über eine reine Information hinaus. Sie möchten erreichen, dass die (potentiellen) Kunden ihre Leistungen am Ende tatsächlich in Anspruch nehmen. Ist dies noch verständlich, so kann die Grenze zu unerwünschten Wirkungen von Werbung jedoch überschritten werden, wenn Unternehmen gezielt Schwächen der Adressaten von Werbung ausnutzen, und so deren Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen, um den gewünschten Willensentschluss, beispielsweise zum Kauf, zu erreichen. Wissen über die einzelnen Adressaten, das eben aufgrund von Daten über die Adressaten durch Tracking und andere Methoden gewonnen werden kann, erleichtert ein solches Ausnutzen zumindest. Ein plakatives Beispiel hierfür wäre etwa ein Unternehmen, das sein so gewonnenes Wissen über eine bestimmte Persönlichkeitseigenschaft, eine besondere individuelle Reaktion auf bestimmte Reize oder über eine Phase emotionaler Labilität beim Adressaten einsetzt, um ihn zu

beeinflussen.²²⁶ Hier wäre sicher die Grenze zur unerwünschten Manipulation überschritten. Und ist dies der Fall, so steht aus volkswirtschaftlicher oder wettbewerblicher Sicht in Frage, ob der Effekt der Werbung aus wünschenswert ist.

- (318) Betrachtet man vor diesem Hintergrund auf den Nutzer „zugeschnittene“ Werbung aus dessen Sicht, so lassen sich folgende Überlegungen anstellen: Soweit der Nutzer bereits ein Interesse an einem Produkt oder einer Gattung von Produkten entwickelt hat, mag es in der Tat Fälle geben, in denen er werbliche Hinweise bevorzugt auf solche Produkte als nützlichen „Service“ empfindet. Schon weniger eindeutig erscheint dies hingegen für Fälle, in denen der Nutzer gerade noch kein konkretes Interesse an einem bestimmten Produkt oder einer Produktgattung entwickelt hat. Es mag hier denkbar sein, dass es ein latentes Interesse gibt, das dem Nutzer noch gar nicht bewusst ist, auf das der Werbetreibende aber aus bestimmten Daten schließt. Wo hier die Grenze ist, ab der eher das manipulative Element im Vordergrund steht, ist schon nicht mehr eindeutig zu beantworten. Ebenfalls schwierig gelagert sind die Fälle, in denen die Werbung dem „Brand Building“ dient, d. h. dem Aufbau eines bestimmten Markenimages. Es erscheint durchaus fraglich, ob es regelmäßig ein Interesse des Nutzers gibt, eine bestimmte (vom Markeninhaber angestrebte) Vorstellung vom Leistungsversprechen dieser Marke zu haben. Fraglich ist es schließlich auch, ob es im Interesse des Nutzers ist, wenn er unter bestimmten Umständen Ziel einer sogenannten „Retargeting“-Maßnahme wird. Dabei wird Werbung gezielt an diejenigen Nutzer ausgespielt, die bereits Interesse für einen Anbieter oder ein Produkt gezeigt haben, etwa indem sie es sich auf der Seite eines Online-Shops

²²⁶ Siehe zur Nutzbarkeit von Wissen über Persönlichkeitseigenschaften zur Steigerung des Werbeerfolgs etwa die Studie von Matz/Konsinki/Nave/Stillwell, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion (2017), PNAS 114 (48), verfügbar unter <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1710966114>; vgl. auch von Erdmannsdorff, Daten – Person – Würde: Ein Bogen, den man (über-)spannen kann?, MMR 2021, 700 (702, 704); bekannt geworden sind beispielsweise auch zwei Überlegungen bzw. Experimente des Unternehmens Meta (ex-Facebook) mit entsprechendem Fokus und direktem Bezug zu Werbung: Im Jahr 2017 hat Meta nach im Ergebnis nicht dementierten Presseberichten potentiellen Werbekunden aus dem Bankenbereich in einer Präsentation dargelegt, wie man Metas Targeting-Werkzeuge benutzen könne, um junge Menschen gezielt in denjenigen Augenblicken anzusprechen, in denen sie sich besonders gestresst oder besorgt fühlten (siehe <https://netzpolitik.org/2017/verhaltensbasierte-werbung-facebook-australien-analysiert-emotionen-und-aengste-von-jugendlichen/g>). Im selben Jahr erörterte Meta in einem Bericht, wie die frische Beendigung einer Beziehung das Online-Verhalten von Menschen beeinflusse und wie man dies für Marketing-Zwecke nutzbar machen könne (siehe <https://www.scu.edu/ethics/focus-areas/internet-ethics/resources/targeting-a-broken-heart/>; <https://www.socialmediatoday.com/social-business/facebook-releases-new-research-how-people-respond-after-break>).

angesehen haben. Ist der Anlass für die Retargeting-Maßnahme ein solcher Besuch, hat der Benutzer im konkreten Fall aber etwa den Kaufvorgang deswegen nicht weiterverfolgt, weil er sich zumindest zum Zeitpunkt der für das Retargeting ausschlaggebenden Produktsuche gegen das entsprechende Produkt entschieden hat, so könnte die gezielte Ausspielung von Werbung hier weniger als nützlich, sondern eher auf einer Skala zwischen „lästig“ und „Verfolgung“ wahrgenommen werden.

- (319) In dieses Bild passt jedenfalls trotz des Unterschieds in der betrachteten Datenquelle das Ergebnis einer Umfrage von Statista und dem Magazin „Technology Review“, wonach 41% der Befragten der Aussage zustimmten: „Auf den Suchverlauf zurückzuführende Werbung nervt mich“.²²⁷ Auch weitere Studien weisen darauf hin, dass die Nutzer insgesamt ein nicht allzu positives Bild personalisierter Werbung haben und sie mit Belästigung und Verfolgung in Verbindung bringen. So stimmten in einer repräsentativen Umfrage der Unternehmensberatung PWC im Jahr 2019 insgesamt 60% der Befragten der Aussage „Mich stört bei personalisierter Werbung das Gefühl, dass mir bestimmte Produkte aufgedrängt werden“ zu, und 59% der Befragten der Aussage „Wenn ich personalisierte Werbung sehe, fühle ich mich beobachtet“.²²⁸ Nach einer Studie des Marketing-Unternehmens Ogury empfinden 75 Prozent der Deutschen maßgeschneiderte Werbung, die passende Produkte oder Services auf Mobilgeräten zeigt, ausschließlich als nervig.²²⁹ Auch eine von YouGov im Auftrag der NGO Global Witness unternommene Befragung zeigt eine überwiegend kritische Einstellung zur Personalisierung von Werbung.²³⁰

ii. Risiko: Verstärkte Informationsasymmetrien

- (320) Aber auch ohne manipulative Eingriffe zu ermöglichen, kann das durch Datenerhebung und -verarbeitung gewonnene Ausmaß an Informationen eines Unternehmens für die Nutzer gravierende Risiken und Nachteile zur Folge haben.²³¹ Dies gilt sowohl in wirtschaftlicher als auch in nicht-wirtschaftlicher Hinsicht.

²²⁷ Siehe <https://www.heise.de/hintergrund/Statistik-der-Woche-Wie-Apple-die-Werbe-Tracker-aussperrt-6047719.html>.

²²⁸ PWC, Studie „Personalisierte Werbung und E-Privacy 2019“, Seite 21, verfügbar unter <https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/bevoelkerungsbefragung-personalisierte-werbung.pdf>.

²²⁹ Siehe https://www.wuv.de/tech/personalisierte_werbung_nervt_konsumenten.

²³⁰ <https://www.globalwitness.org/en/blog/do-people-really-want-personalised-ads-online/>.

²³¹ Grundlegend mit vielen instruktiven Beispielen Christl/Spiekermann (2016), Networks of Control, A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy, Seite 24ff,

- (321) In wirtschaftlicher Hinsicht besonderes starke Auswirkungen hat die Verweigerung des Zugangs zu besonders wichtigen Gütern aufgrund eines Wissensvorsprungs des Anbieters über den (potentiellen) Vertragspartner. Wenn potentielle Anbieter solcher Gütern von zentraler Bedeutung an dieses Wissen gelangen, kann dies dazu führen, dass dem Nutzer aufgrund dieses Wissens Vertragsschlüsse vorenthalten werden, zu denen es ohne dieses Wissen gekommen wäre. Einschlägige Fallkonstellationen wären hier insbesondere Wohnung, Arbeitsvertrag und wesentliche Versicherungsverträge, etwa eine private Krankenversicherung für Personen, die sich nicht gesetzlich versichern können. Es genügt, sich hier beispielsweise einen Vermieter vorzustellen, der in einer urbanen Region mit starker Wohnungsknappheit vom Abschluss eines Mietvertrages absieht, weil er etwa mit dem politischen Engagement des potentiellen Mieters nicht übereinstimmt.
- (322) Aber auch unterhalb der Schwelle der Verweigerung lebenswichtiger Verträge kann ein Wissensvorsprung eines Unternehmens individuelle Nachteile für den potentiellen Kunden haben. Dies gilt etwa, wenn das Unternehmen in der Lage ist, aufgrund gesammelter Daten die maximale Zahlungsbereitschaft des potentiellen Kunden für das von ihm angebotene Produkt genau abzuschätzen und so auszunutzen. Dies enthält dem Kunden die Möglichkeit vor, ein „Schnäppchen“ zu erzielen.²³²

iii. Risiko: Erweiterter Kontrollverlust

- (323) Jenseits wirtschaftlicher Nachteile sind schließlich auch nicht-wirtschaftliche Nachteile der Nutzer und Datensubjekte in die Betrachtung einzubeziehen. Tracking-Daten können Aufschluss über politische Einstellungen, religiöse Zugehörigkeiten, gesundheitliche Beeinträchtigungen und andere sensitive Punkte liefern. Menschen können viele Gründe haben, solche Daten nicht einem unkontrollierbaren Kreis von Dritten zugänglich machen zu wollen – und dies auch ohne an Extremfälle wie das Aufstellen von sogenannten „Feindeslisten“ durch Rechtsextremisten zu denken. Das Risiko eines umfassenden Tracking besteht hier nicht zuletzt darin, dass der weitere Verbleib einmal erhobener Daten im real existierenden Umfeld kaum kontrollierbar ist.

verfügbar unter https://www.facultas.at/verlag/rws/networks_of_control (Druckausgabe) bzw. https://crackedlabs.org/dl/Christl_Spiekermann_Networks_Of_Control.pdf (online).

²³² Zu den ökonomischen Erwägungen bezüglich personalisierter Preise s. z.B. *Locher*, *Verschiedene Preise für gleiche Produkte? Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2018, pp. 292 et seq., *Reinartz/Haucap/Wiegand/Hunold*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, *Ausgewählte Schriften der IFH-Förderer* 2017.

- (324) Zur Lösung dieser Probleme wird häufiger auf die Möglichkeit zur Anonymisierung²³³ oder zumindest Pseudonymisierung²³⁴ der Datensätze verwiesen. Tatsächlich ist dies jedoch ein Lösungsansatz, dessen Wirksamkeit in Praxis und auch mit Blick auf die Zukunft unter wesentlichen Vorbehalten steht.²³⁵ Wirksame Anonymisierung ist umso schwerer zu erreichen, je mehr andere Merkmale dennoch verbleiben, die in ihrer Kombination wiederum einzigartig oder nahezu einzigartig für eine bestimmte Person sind, so dass sich – ggf. über den Umweg eines Abgleichs mit anderen Quellen – doch wieder ein konkreter Personenbezug herstellen lässt (Deanonymisierung). Strategien gegen diesen noch vergleichsweise einfachen Angriff auf eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung existieren, etwa in Form der Anonymisierung durch Aggregation von Datensätzen.²³⁶ Aber auch für solche Strategien werden bereits Angriffe zum Zwecke der Aufhebung der Anonymisierung erforscht.²³⁷ Und es darf dabei nicht aus dem Blick geraten, dass der Schutz eines anonymisierten oder pseudonymisierten Datensatzes, sollte er erst

²³³ Dies bedeutet, einen Datensatz so zu verändern, dass von ihm nicht mehr auf die dahinterstehende Person geschlossen werden kann.

²³⁴ Dies definiert beispielsweise § 46 Nr. 5 BDSG als die Verarbeitung personenbezogener Daten in einer Weise, in der die Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können, sofern diese zusätzlichen Informationen gesondert aufbewahrt werden und technischen und organisatorischen Maßnahmen unterliegen, die gewährleisten, dass die Daten keiner betroffenen Person zugewiesen werden können. Dies erfolgt in der Regel dadurch, die Merkmale aus einem Datensatz, die den Bezug zu einer bestimmten Person herstellen, durch einen Wert zu ersetzen, der weiterhin eine eindeutige Bezeichnung dieses Datensatzes ermöglicht, aber – ohne Rückgriff auf die gesondert aufbewahrten zusätzlichen Informationen – keinen Bezug zu einer konkreten Person mehr hat. Ein Beispiel wäre eine willkürlich gewählte, aber innerhalb aller Datensätze des Datenbestandes eindeutige Nummer. Allerdings sieht die Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom März 2019 (dort Seite 15) dann jedenfalls keine Pseudonymisierungsmaßnahme i. S. der DSGVO vorliegen, wenn Nutzer etwa über IDs oder Kennungen *bestimmbar* gemacht werden. Siehe https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf.

²³⁵ Siehe etwa Lubarsky, Re-Identification of “Anonymized” Data, Georgetown Law Technology Review, 1 GEO. L. TECH. REV. 202 (2017), <https://georgetownlawtechreview.org/re-identification-of-anonymized-data/GLTR-04-2017/>; Rocher/Hendrickx/de Montjoye, Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models, Nature Communications, Nat Commun 10, 3069 (2019), <https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3?source=techstories.org>; ferner https://www.theregister.com/2021/09/16/anonymising_data_feature/.

²³⁶ Siehe hierzu etwa Die K-Frage, Wie man Daten richtig anonymisiert, c’t 5/2020, Seite 156; Berechnenbar privat, Wie Differential Privacy funktioniert, c’t 15/2020, Seite 136; ferner <https://www.golem.de/news/differential-privacy-es-bleibt-undurchsichtig-2010-151211.html>.

²³⁷ Siehe Lubarsky, aaO.

einmal an die Öffentlichkeit gelangt sein, über die Zeit betrachtet allenfalls erhalten bleiben, mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit hingegen schwächer, keinesfalls aber stärker werden wird. Das Tempo einer Schwächung ist dabei abhängig von den Fortschritten bei der Erforschung von Deanonymisierungstechniken und von der Verfügbarkeit von Merkmalen über die betreffenden Personen in anderen Datensätzen.

iv. Ansatzpunkte zur Reduktion des Risikos des Nutzers aus der Datenerhebung und -verarbeitung

- (325) In praktischer Hinsicht erscheint vor diesem Hintergrund die Verfügbarkeit bzw. Nicht-Verfügbarkeit personenbezogener Daten bereits am Erhebungspunkt als der eigentliche Schlüssel für den tatsächlichen Umfang der Risiken. Daten, die gar nicht erst erhoben werden, können die Datensubjekte auch nicht gefährden. Jedenfalls bei Betrachtung der Situation im Wirtschaftsbereich AdTech erscheint es – trotz der bestehenden rechtlichen Regelungen der DSGVO wie insbesondere der Zweckbindung,– wenig wahrscheinlich, dass sich in einem Geflecht von teilweise hunderten von Unternehmen, die Zugang zu diesen Daten erlangen können²³⁸ und die teilweise auch im außereuropäischen Ausland ihren Sitz haben, die spätere Datennutzung und die Datenweitergabe noch effektiv und durchsetzbar kontrollieren lassen, wenn die Daten erst einmal erhoben sind und die Sphäre des Nutzers verlassen haben. Für Bezieher und Anbieter von Daten im (außereuropäischen) Ausland besteht kaum ein Verfolgungsrisiko, zugleich ist der (Wieder-) Bezug des Wissens bei solchen ausländischen Anbietern aus dem Inland heraus angesichts der Verfügbarkeit des Internets und seiner transnationalen Struktur kaum zu kontrollieren.

²³⁸ Die britische Datenschutzbehörde Information Commissioner's Office (ICO) geht in ihrem Bericht „Update report into adtech and real time bidding (20 June 2019)“ davon aus, dass ein einzelner Bid Request im RTB-System dazu führen kann, dass personenbezogene Daten durch hunderte von Organisationen verarbeitet werden (Seite 20 des Berichts, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-dl191220.pdf>). Die irische private Bürgerrechts-NGO „Irish Council for Civil Liberties“ vertritt in einer Klage gegen die Techniktochter des Online-Werbe-Branchenverbandes IAB und andere vor dem Landgericht Hamburg die Auffassung, dies unterschätze das Ausmaß der Datenverarbeitung sogar noch um den Faktor 10, weil berücksichtigt werden müsse, dass auch mehrere AdExchanges parallel mit der Verauktionierung einer einzigen Werbeflächen befasst sein könnten, etwa beim Einsatz von Header Bidding (vgl. <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/06/GERMAN-LANGUAGE-ORIGINAL-Schriftsatz-an-das-Landgericht-Hamburg.pdf>, Seite 72 ff; vgl. ferner <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2022/05/Mass-data-breach-of-Europe-and-US-data-1.pdf>). Siehe auch Becker, Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots: Zur Regulierung des vertragslosen Tauschs von Daten gegen Leistungen, CR 2021, 230 (232).

(326) Es gibt Lösungsansätze, die an der Einwilligung und den Umständen ihrer Einholung ansetzen und diese zu verbessern suchen. Sie reichen bis hin zur zentralen Verwaltung des Zugangs zu den Daten oder der Daten selbst, werden unter dem Begriff Personal Information Management Systems (PIMS) seit geraumer Zeit auch in der Wirtschaft diskutiert²³⁹ und sind teilweise bereits implementiert worden. Solche Lösungen können in dem komplexen Umfeld, das sich rund um die personalisierte Werbung herausgebildet hat, einen ersten Schritt in die richtige Richtung darstellen. Vor diesem Hintergrund hat etwa das Bundeskartellamt Meta (vormals Facebook, Inc.) im Februar 2019 die Erhebung von Daten aus Quellen außerhalb des Dienstes Facebook und deren Zusammenführung ohne Einwilligung untersagt. Weiterhin hat es im Mai 2021 ein Verfahren gegen Google nach § 19a Abs. 2 Nr. 4 lit a GWB eingeleitet. Darin werden die Datenverarbeitungskonditionen untersucht, insbesondere ob Google bei der Erstellung eines Google-Kontos sowie im Rahmen des Zustimmungsprozesses der nicht eingeloggten und damit nicht authentifizierten Nutzer die Nutzung von Diensten von der Zustimmung zur dienstübergreifenden Datenverarbeitung abhängig macht, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen. Dass an der Einwilligung ansetzende Lösungen jedoch allein und dauerhaft die oben geschilderten Risiken der Nutzer in einem weiten Umfang eindämmen können, ist nach dem bisherigen Lagebild fraglich. Insofern erscheint eine Diskussion über weitere, darauf aufbauende oder komplementäre Schritte nach wie vor sinnvoll.

(a) Verlagerung des Einwilligungsmanagements in den Browser oder in das Betriebssystem

(327) Zu den wesentlichen Ausprägungen solcher Lösungsansätze zählt zunächst – im Bereich des Webs – die Verlagerung des Einwilligungsmanagements in den Web-Browser.²⁴⁰ In einer sehr vereinfachten Form wurde dies in den letzten Jahren in diversen Browsern bereits implementiert: Diese können angewiesen werden, eine sogenannte Do Not Track

²³⁹ Siehe etwa EDSB, TechDispatch 03/2020, https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/21-01-06_techdispatch-pims_en_0.pdf und die Stellungnahme 09/2016 des EDSB zu Systemen für das Personal Information Management (PIM) unter https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-10-20_pims_opinion_de.pdf; allgemein zu Treuhand-Modellen im Bereich von Daten Specht-Riemenschneider/Blankertz, Lösungsoption Datentreuhand: Datennutzbarkeit und Datenschutz zusammen denken, MMR 2021, 369.

²⁴⁰ Im Bereich (mobiler) Applikationen wäre die Verlagerung in das Betriebssystem die nächstliegende Entsprechung.

(DNT)-Information an jede Webseite zu senden. Die auf diese Weise der Webseite vermittelte Information kann drei Zustände einnehmen: Das Tracking wird abgelehnt, dem Tracking wird zugestimmt, es wird keine Präferenz ausgedrückt. Es gab allerdings für die Webseiten keine rechtliche Verpflichtung, die ausgedrückte Präferenz auch zu berücksichtigen. Dies mag neben dem meist mangelnden wirtschaftlichen Interesse der Publisher an der Berücksichtigung einer ablehnenden Haltung zum Tracking einer der Gründe gewesen sein, warum sich DNT nicht durchgesetzt hat. Andere Gründe waren möglicherweise die fehlende Möglichkeit, bei den Tracking-Präferenzen zu differenzieren und Unsicherheiten über die genaue Auslegung der Anweisung. Mittlerweile hat mit Apple (Safari) auch mindestens einer der größeren Browser-Anbieter die Unterstützung für DNT wieder beendet. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt jedoch das Projekt Global Privacy Control (GPC) einiger US-amerikanischer Unternehmen und Organisationen.²⁴¹ Es propagiert einen technischen Standard, nach dem der Browser des Nutzers Web-Servern ein spezielles Signal sendet, wenn der Nutzer dies entsprechend eingestellt hat. Das Signal soll den Willen des Nutzers ausdrücken, dass er von der von ihm angesteuerten Webseite keinen Verkauf und keine Weitergabe seiner Daten an Dritte wünscht. Dasselbe Signal wird lokal im Browser des Nutzers ablaufenden Programmen zur Verfügung gestellt, die Teil der vom Nutzer aufgerufenen Webseite sind und die Daten sammeln könnten. Im Hinblick auf eine rechtliche Bindung drückt nach den Vorstellungen des Projektes das Signal im Falle der Anwendbarkeit des kalifornischen Datenschutzgesetzes CCPA aus,²⁴² dass der Nutzer dem Verkauf seiner persönlichen Daten widerspricht (§ 999.315 CCPA). Im Falle der Anwendbarkeit der DSGVO könne es eventuell das Begehren ausdrücken, dass der Datenverantwortliche („data controller“) den Verkauf und die Weitergabe der persönlichen Daten des Nutzers nach Art. 7 und 21 DSGVO begrenze. Das Signal solle jedoch kein Widerruf einer Zustimmung des Nutzers zur Speicherung von Informationen im Web-Browser des Nutzers im Sinne des Art. 5 Abs. 3 EPrRL sein. Den Prototypen einer dritten browserbasierten Lösung hat die Datenschutz-NGO NOYB – Europäisches Zentrum für digitale Rechte zusammen mit dem Sustainable Computing Lab der Wirtschaftsuniversität Wien entwickelt. Das Advanced Data Protection Control (ADPC) soll differenzierter arbeiten, unterschiedliche Vorgaben für unterschiedliche Webseiten und unterschiedliche Verwendungszwecke erlauben, zwischen Einwilligung und Widerspruch i. S.

²⁴¹ <https://globalprivacycontrol.org/#about>.

²⁴² <https://globalprivacycontrol.github.io/gpc-spec/#legal-effects>.

der DSGVO unterscheiden können, den Widerruf von Entscheidungen unterstützen und auch die Definition komplexerer Regeln durch den Nutzer ermöglichen.²⁴³

(b) Verlagerung des Einwilligungs- und ggf. auch des Datenmanagements auf einen dritten Dienstleister

- (328) Eine Alternative zu einer browserseitigen oder betriebssystemseitigen Implementierung ist die Verlagerung des Einwilligungs- und ggf. auch des Datenmanagements auf einen dritten Dienstleister.²⁴⁴ Letztlich nur eine Gestaltungsalternative hiervon wäre die Nutzung einer Single Sign On (SSO)-Lösung auch für den Zweck des Einwilligungsmanagements. Der wesentliche Unterschied zur einer Browser- oder Betriebssystem-basierten Lösung liegt in der Involvierung einer weiteren Partei. Gehen die Präferenzinformationen zu Tracking- und Targeting und ebenso die eigentlich in diesem Zusammenhang interessierenden Nutzerdaten bei einer Browser-basierten Lösung direkt vom Nutzer via Browser zum Webseitenanbieter, so könnte bei der zusätzlichen Involvierung eines Dritten der Webseitenanbieter konzeptionell vom Nutzer/Browser beim Aufruf der Webseite eine Art von Kennung erhalten, mit deren Hilfe er seinerseits die für ihn gültigen Präferenzen des Nutzers und ggf. die Daten bei dem Dritten abrufen kann. Es erscheinen aber auch andere Implementierungen denkbar, etwa dergestalt, dass der Browser des Nutzers die Involvierung des Dritten anstößt, wenn er anhand der geladenen Webseite erkennt, dass der Webseitenbetreiber ebenfalls mit dem Dritten zusammenarbeitet. Dann könnte der Dritte dem Webseitenbetreiber die für ihn gültigen Präferenzen des Nutzers bzw. Nutzerdaten übermitteln. Im Kern lassen sich solche Dienste als eine Form der Datentreuhand begreifen.²⁴⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat kürzlich zur Förderung auch solcher Dienste²⁴⁶ mit § 26 TTDSG eine Möglichkeit zur förmlichen Anerkennung von Diensten

²⁴³ Siehe <https://www.dataprotectioncontrol.org/about/> und die technische Spezifikation unter <https://www.dataprotectioncontrol.org/spec/>.

²⁴⁴ Eine in gewisser Weise verwandte Form hiervon kann in CMPs gesehen werden. Allerdings stehen CMPs tendenziell (noch) stärker im Lager des Publishers als in dem des Nutzers, da sie von ersterem beauftragt werden, erforderliche Einwilligungen der Nutzer einzuholen, die Einwilligungsdaten zu speichern und diese im vom Publisher genutzten AdTech-Stack zu kommunizieren helfen.

²⁴⁵ Grundsätzlich zur Datentreuhand Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25.

²⁴⁶ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/27441, 19/28396, 19/28605 Nr. 1.14 – Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes

geschaffen, die „nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren und technische Anwendungen zur Einholung und Verwaltung der Einwilligung“ anbieten und dabei weitere Voraussetzungen erfüllen.²⁴⁷ Auch der europäische Gesetzgeber hat mit den Art. 10ff des im Mai 2022 verabschiedeten²⁴⁸ Data Governance Acts (DGA) einen Rechtsrahmen für Datenvermittlungsdienste geschaffen, der auf Angebote der hier diskutierten Art Anwendung finden könnte.

(c) Mögliche Vorteile solcher Lösungsansätze

- (329) Die möglichen Vorteile solcher Lösungsansätze umfassen als erste Kategorie eine Reduktion von Transaktionsaufwand. Denn praktisch führt die derzeit in größerem Umfang als früher von Publishern beachtete Verpflichtung, für Tracking und Targeting für Werbezwecke eine freiwillige und informierte Einwilligung der Nutzer einzuholen (siehe dazu oben Ziffer (266)ff.), dazu, dass nahezu jede einzelne Webseite mit Ausrichtung auf Nutzer in der EU eine solche Einwilligung selbst oder unter Einbindung eines Drittanbieter-Werkzeugs erfragt. Dies erfolgt in durchaus verschiedenen Formen und womöglich in verschiedenen rechtlichen Kontexten parallel.²⁴⁹ Der Nutzer sieht sich daher bei intensiverer Nutzung des Webs über verschiedene Webseiten hinweg mit einer Vielzahl solcher Abfragen konfrontiert – mit wie vielen, hängt auch davon, ob er den Abfragenden seinerseits ermöglicht, die Abfrageergebnisse dauerhaft zu speichern und bei einem erneuten Besuch derselben Webseite wieder zu nutzen. Bei der Nutzung von Apps auf mobilen

der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG), BT-Drs. 19/29839, S. 67f.;

²⁴⁷ Die Bestimmung ist ab dem 01.12.2021 in Kraft. Zur ihrer Aktivierung ist jedoch noch der (bisher noch nicht erfolgte) Erlass einer Rechtsverordnung erforderlich, welche die Anforderungen an anerkennungsfähige Dienste näher konkretisiert. In deren Vorfeld ist im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (nunmehr Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz) eine Studie entstanden: Stiemerling, Weiß, Wendehorst: Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG (2021), verfügbar unter https://www.ecambria-experts.de/it-sachverstaendiger/wp-content/uploads/2022/01/211216-Gutachten_fuer_Bundesministerium_fuer_Wirtschaft_und_Energie_p-os37621.pdf. Für die künftige Praxis wird auch diskutiert, ob § 26 TTDSG auf Browser- oder Betriebssystem-basierte Lösungen ebenfalls anwendbar ist.

²⁴⁸ Siehe <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/868/oj> ; <https://www.heise.de/news/Freiwillige-Datenspenden-EU-Staaten-befuerworten-Data-Governance-Act-7097587.html>; <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20220331STO26411/data-governance-why-is-the-eu-data-sharing-law-important>.

²⁴⁹ So ist beispielsweise noch unklar, ob eine nach dem TTDSG erteilte Einwilligung auch Einwilligungserfordernisse abdecken wird, die sich aus dem Digital Markets Act der EU ergeben werden.

Plattformen kann grundsätzlich je nach Verhalten der App-Anbieter eine ähnliche Situation entstehen. Entscheidungen des Nutzers über die Einwilligung an einer zentralen Stelle vorzuhalten, kann die Zahl solcher Abfragen reduzieren. Allerdings kann ein Spannungsverhältnis zur DSGVO bzw. zur EPrVO entstehen, wenn dies darauf hinausläuft, die Einwilligung zu Tracking und Targeting gegenüber vielen Webseitenbetreibern und der in der Praxis hohen Zahl von Partnern dieser Webseitenbetreiber vorab zu erklären. Denn die Einwilligung muss informiert und spezifisch, d. h. für einen oder mehrere bestimmte Zwecke sein. Nach Auffassung der DSK²⁵⁰ muss daher der Nutzer in dem in der Praxis üblichen Fall, dass die erhobene Daten von dem jeweiligen Diensteanbieter (inkl. eingebundener Dienste) website-übergreifend zusammengeführt und ausgewertet werden, vorab über jegliche Form der durchgeführten Datenverarbeitung sowie sämtliche Empfänger ausführlich informiert werden und die Möglichkeit erhalten, in die einzelnen Formen der Datenverarbeitung spezifisch einzuwilligen. In Fällen, in denen sich mehrere (gemeinsame) Verantwortliche auf die ersuchte Einwilligung stützen wollen, oder in denen die Daten an andere Verantwortliche übermittelt oder von anderen Verantwortlichen verarbeitet werden sollen, müssen danach nach Auffassung der DSK diese Organisationen sämtlich genannt und die Verarbeitungsaktivitäten der einzelnen Organisationen hinreichend beschrieben werden. Es ist praktisch nicht ohne weiteres ersichtlich, wie dieses Spannungsverhältnis befriedigend aufgelöst werden kann.²⁵¹ Entweder wählt der Nutzer vorab aus einer langen Liste potentieller Datenempfänger und Verarbeitungszwecke aus, von denen ihm die allermeisten gänzlich unbekannt sein werden. Oder die Abfrage erfolgt doch erst im Moment des Aufrufs der Webseite – dann stellt sich die Frage, welche Vorteile das Handling der Einwilligungen an einer zentralen Stelle im Hinblick auf den Transaktionsaufwand tatsächlich bietet. Die dritte Option für den Nutzer wäre schließlich, pauschal und vorab in die Datenverarbeitung durch alle möglichen potentiellen Datenempfänger einzuwilligen: Diese Variante wirft jedoch wieder die Frage nach der

²⁵⁰ DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019, Seite 8, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf.

²⁵¹ Zu einer ausführlichen Diskussion der Möglichkeiten einer (eher) pauschalen Delegation der Einwilligung *de lege lata* bzw. *de lege ferenda* auf einen Treuhänder siehe Specht-Riemenschneider/ Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25 (40ff).

Kompatibilität mit DSGVO bzw. EPrRL auf.²⁵² In der Sache könnte diese Variante unter Umständen nicht allzu weit von der rechtswidrigen Widerspruchslösung entfernt sein.

- (330) Ein zweite mögliche Kategorie von Vorteilen von Lösungen zum Einwilligungs- und Datenmanagement an zentraler Stelle wäre die Reduktion von Komplexität in anderer Hinsicht. Dies betrifft insbesondere den Aspekt, die verschiedenen möglichen Verwendungszwecke bei den zur Einwilligung abgefragten Datenverarbeitungen für den Nutzer verständlicher zu machen, etwa durch die Vereinfachung von Sprache, die Bildung von übergreifenden Kategorien, die vereinheitlichte Beispielbildung oder die Verwendung von Bildsymbolen an Stelle von Texten.²⁵³ In gewisser Weise ließe sich ein solcher Ansatz mit der Idee zur Schaffung einer „Lebensmittelampel“ vergleichen, die versucht, die gesundheitliche Bewertung von Lebensmitteln für den Käufer durch Pauschalisierung und Symbolisierung zu vereinfachen. Einen wirklichen Nutzen hat eine solche Vereinfachung allerdings nur insoweit, als sie tatsächlich dazu beiträgt, dass ein Nutzer informiertere bzw. reflektiertere Entscheidungen trifft.²⁵⁴ Auch eine solche Funktion kann zudem u. U. in ein Spannungsverhältnis zu den Anforderungen der DSGVO bzw. EPrRL an die Spezifität von Einwilligungen geraten.
- (331) Die dritte mögliche Kategorie von Vorteilen schließlich, die Lösungen zum Einwilligungs- und Datenmanagement an zentraler Stelle innewohnen kann, ist die Durchsetzung rechtlicher Standards etwa bezüglich der Formulierung der Einwilligungsfragen und der begleitenden Informationen oder bezüglich der Wahrung der Zweckbindung.²⁵⁵ Soweit etwa die Formulierung einer Einwilligungserklärung allein in den Händen desjenigen liegt, der die Einwilligung begehrt, besteht für ihn die Versuchung, die Formulierung und

²⁵² Sesing, Cookie-Banner – Hilfe, das Internet ist kaputt, MMR 2021, 544 (548); siehe ferner die vorherige Fußnote.

²⁵³ Siehe zu solchen Ansätzen im Kontext der Datenverarbeitung durch Smart-TVs und deren Hersteller: Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Smart-TVs, Bericht (Juli 2020), Seite 104ff, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_SmartTVs_Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

²⁵⁴ Skeptisch hinsichtlich etwaiger Vorteile durch Vereinfachung von Datenschutzerklärungen Gerpott, Wirkungen von Formatvariationen bei Erklärungen zum Schutz personenbezogener Daten auf betroffene Personen, CR 2020, 650, der in seinem Beitrag verschiedene Studien zu diesem Themenkreis analysiert.

²⁵⁵ Art. 12 lit. m DGA etwa erlegt Datenvermittlungsdiensten u. U. bestimmte Sorgfaltsanforderungen gegenüber betroffenen Personen im Sinne der DSGVO auf, vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 30.

Gestaltung der Präsentation lenkend oder tendenziös ausfallen zu lassen, bis hin zur Verwendung von „dark patterns“ (siehe dazu bereits oben unter Ziffer (281)). Eine Standardisierung könnte dem entgegenwirken. Dies setzt allerdings bei realistischer Betrachtung voraus, dass auch die Standardisierung nicht (einseitig) in den Händen derjenigen liegt, die im Regelfall die Einwilligung begehren. Die Zweckbindung andererseits wird herausgefordert, sobald die betroffenen Daten über den Nutzer unverschlüsselt bei einem Dritten vorliegen. Ab diesem Punkt kann der Nutzer eine beliebige Verarbeitung seiner Daten zu beliebigen Zwecken und eine beliebige Weitergabe der Daten durch den Dritten technisch nicht mehr verhindern. Ihm bleiben dann allein rechtliche Bindungen des Dritten zur Wahrung seiner Interessen. Solche Bindungen weisen jedoch zwei wesentliche Schwachpunkte auf, die im gegenwärtigen System des Programmatic Advertising mit seiner Vielzahl an Beteiligten besonders stark ausgeprägt sind: (1) Verstöße gegen sie sind für den Nutzer kaum bis gar nicht zu entdecken, weil sie innerhalb von informationstechnischen Systemen unter Kontrolle des Dritten stattfinden, in die der Nutzer keinen Einblick hat und deren genaue Funktionsweise die allermeisten Nutzer auch dann nicht würden nachvollziehen können, wenn sie diesen Einblick hätten. (2) Zumindest bei Dritten mit Sitz im außereuropäischen Ausland kann der Nutzer keine effektive Sanktionierung von Verstößen erwarten.

- (332) Es gibt zwar durchaus Überlegungen zu Ansätzen, wie diesen Schwachpunkten begegnet werden kann. Sie befinden sich jedoch in einem noch recht frühen Stadium und es ist bisher unklar, ob sie in der Praxis wirklich Abhilfe schaffen können. Einer dieser Ansätze versucht, die rechtlichen Bindungen, mit denen Daten einem Dritten zugänglich gemacht werden, technisch abzubilden. Solange aber dennoch die Daten in den informationstechnischen Systemen des Dritten an irgendeinem Punkt „im Klartext“ vorliegen, müssten im Grunde die informationstechnischen Systeme des Dritten laufend auditiert werden, um sicherzustellen, dass die rechtlichen Bindungen eingehalten werden.²⁵⁶ Alternativ ließe sich versuchen, den rechtlichen Bindungen mehr ökonomisches Gewicht zu verleihen

²⁵⁶ Die hierbei auftretenden Probleme lassen sich mit den Problemen der Effektivität von sogenannten DRM-Systemen vergleichen. Auch solche Systeme versuchen technisch durchzusetzen, dass die ihnen übergebenen Daten, bei denen es sich meist um mediale Inhalte wie Filme oder Musik handelt, nur entsprechend bestimmten Vorgaben genutzt werden können. Zu diesem Zweck verschlüsseln sie die Daten und entschlüsseln sie auf Geräten im Herrschaftsbereich des Datennutzers nur, wenn die Bedingungen eingehalten sind. Sie verlieren jedoch ihre Wirkung ganz oder zu wesentlichen Teilen, sobald es gelingt, die Daten auch nur einmal aus dem DRM-System zu „befreien“ und sie sodann außerhalb der vom DRM-System kontrollierten Wege zu verteilen, etwa über sogenannte Tauschbörsen.

und damit ihre tatsächliche Durchsetzung in der Praxis zu erhöhen. Hierfür wird beispielsweise das ökonomische Gewicht von Mittlern in einer Rolle als sogenannte Datentreuhänder diskutiert. Wenn diese Mittler den Zugang zu den Daten einer Vielzahl von Betroffenen als professionelle Partei verwalten und kontrollieren, gewinnen sie so unter Umständen auch eine Verhandlungsmacht, die das einzelne Datensubjekt nicht hat.²⁵⁷ Würde ein Verstoß gegen die von einem Datentreuhänder betreuten rechtlichen Bindungen mit dem künftigen Ausschluss vom Zugang zu den Daten der übrigen vom Datentreuhänder betreuten Datensubjekte geahndet, so würde ein Verstoß gegen die Bindungen für den Verstoßenden sehr viel „teurer“, als wenn er jedem Datensubjekt einzeln gegenüberstünde. Ein anderer Ansatz schließlich versucht, die auf den Nutzerdaten vorgenommenen Datenverarbeitungen so zu einem „im Lager“ des Nutzers stehenden oder neutralen System zu verlagern, dass die Daten selbst daraus nicht „entkommen“ können und der Dritte nur – für die informationelle Selbstbestimmung des Nutzers weniger kritische – Ergebnisse der auf ihnen vorgenommenen Verarbeitungen erhält (man könnte dies als „Black Box-Lösung unter Nutzerkontrolle“ bezeichnen).²⁵⁸ Ein Beispiel sind Elemente des unten unter Ziffer (375) näher beschriebenen, inzwischen durch einen Nachfolger ersetzten „Privacy Sandbox/FloC“-Vorschlags von Google.

(d) Grenzen solcher Lösungen zur Risikoreduktion sowie zusätzliche Risiken gerade solcher Lösungen

- (333) Einige der wesentlichen, die Nutzer-Risiken begründenden oder verstärkenden Elemente beseitigt ein zentralisiertes Einwilligungsmangement in den meisten Spielarten allerdings nicht. Dies trifft insbesondere für die bestehende Struktur des Systems des Programmatic Advertising mit seiner Vielzahl an potentiell in den Datenverkehr involvierter Unternehmen zu. Eine zentralisierte Lösung würde nichts daran ändern, dass jedenfalls im außereuropäischen Ausland ansässige Unternehmen kaum einer effektiven Rechtsaufsicht auf Einhaltung von DSGVO und EPrRL unterliegen. Selbst eine Verschärfung des bestehenden Rechtsrahmens würde hieran wenig ändern. Ebenso wenig würde sich etwas daran ändern, dass die tatsächlich stattfindenden Datenverarbeitungsvorgänge für den einzelnen Nutzer nicht effektiv entdeckbar sind und dass dies nicht einmal wirklich für

²⁵⁷ Siehe Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25 (28)

²⁵⁸ Siehe Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25 (26, 29).

den – illegalen – Bezug der Daten aus dem Inland bei solchen ausländischen Anbietern gälte. Konzeptionell betrachtet eine zumindest teilweise wirksame²⁵⁹ Abhilfe könnte hier allenfalls eine tatsächlich funktionierende „Blackbox-Lösung unter Nutzerkontrolle“ schaffen.

- (334) Soweit sich im dem vorstehend beschriebenen Umfeld am Ende doch zumindest einzelne Vorteile durch ein zentralisiertes Einwilligungsmanagement realisieren lassen, sind diese zudem den Nachteilen durch eine solche Lösung gegenüberzustellen, d. h. den zusätzlichen Risiken durch sie. Solche zusätzlichen Risiken können einerseits im Bereich Sicherheit entstehen, denn je nachdem, welche Daten – über eine Vielzahl an Nutzern – dort gespeichert sind, kann ein zentralisiertes Einwilligungsmanagement selbst ein attraktives Ziel für Angriffe zum Abgriff dieser Daten werden. Wie wahrscheinlich es ist, dass sich ein solches Risiko realisiert und ob es größer ist als das Risiko bei dezentraler Speicherung entsprechender Daten, ist eine sehr komplexe Frage, deren Beantwortung stark auch von der konkreten technischen Ausgestaltung der Lösungen zum zentralisierten Einwilligungsmanagement abhängt.²⁶⁰ Ein weiteres zusätzliches Risiko kann u. U. jedoch gerade in der Existenz zentralisierter Lösungen zum Einwilligungsmanagement liegen – abhängig von dem, was für das generelle Nutzerverhalten daraus folgt. Wenn eine solche Lösung dazu führen sollte, dass die Nutzer insgesamt und im Durchschnitt mehr Daten von sich freigeben,²⁶¹ kann dies ihre oben unter Ziffer (304) beschriebenen Risiken deutlich erhöhen. Zu einer solchen größeren „Freigiebigkeit“ der Nutzer kann es kommen, wenn die Datenfreigabe für die Nutzer die „einfache und bequeme“ Option ist, oder wenn es der Datenverwender-Seite gar gelingt, „dark patterns“ oder „nudging“ zu Gunsten der Datenfreigabe in der zentralisierten Lösung zu verankern. Dazu beitragen könnte eine Situation, in der es Datenverwendern bei und trotz eines generellen „Nein“ des Nutzers zur

²⁵⁹ Die Wirksamkeit hängt vom Durchsetzungsgrad im Markt und davon ab, dass die Ausgaben der Blackbox nicht ihrerseits doch zum Tracking der Nutzer verwendet werden können. Es ist nicht trivial, dies sicherzustellen.

²⁶⁰ Von einem tendenziell höheren Risiko bei zentraler Speicherung gehen Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/ Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25 (30) aus. Jedenfalls sprechen die regelmäßig wiederkehrenden Berichte über „Datenlecks“ auch bei größeren Unternehmen in Folge von Angriffen von außen dafür, dass die hinreichende Sicherung attraktiver Datenbestände nicht trivial ist.

²⁶¹ Ein solche Erwartung wird mit Datentreuhand-Lösungen teilweise verbunden, auch etwa unter dem Gesichtspunkt, dass die Lösung zu einem größeren Nutzervertrauen führt. Vgl. die bei Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25 (26) angeführte Studie.

Datenerhebung im zentralisierten Einwilligungsmanagement erlaubt ist, noch einmal gesondert dezentral auf der eigenen Webseite nachzufragen, ob der Nutzer der Datenverwendung nicht doch zustimmen wolle.²⁶² Dies könnte den Nutzer veranlassen, in der zentralisierten Lösung generell der Datenerhebung zuzustimmen, „um Ruhe zu haben“ – eine Möglichkeit, die er in der gegenwärtigen Lage dezentralisierter Abfragen nicht hat.

v. Ausweichoptionen der Datenerheber und -verarbeiter

- (335) Wägt man die wettbewerblichen Wirkungen einer die Datenverarbeitung einschränken- den Maßnahme gegen Auswirkungen in anderen Bereichen ab, so ist zudem zu berücksichtigen, dass den an der Datenverarbeitung interessierten Marktteilnehmern verschiedene Antwortmöglichkeiten auf diese Maßnahmen zur Verfügung stehen. Einige Ausweichmöglichkeiten können die direkten wettbewerblichen Auswirkungen der Maßnahmen abschwächen (dazu näher unten (a) und (b)). Andere Ausweichmöglichkeiten beinhalten Alternativen zur Tracking- und Targeting-basierten Werbung (dazu näher unten (c) und (d)). Auch solche Alternativen sind bei der Bewertung etwaiger wettbewerblicher Nachteile durch Tracking-Einschränkungen zu berücksichtigen.
- (336) Welche Ausweichalternativen zur Verfügung stehen, unterscheidet sich ferner abhängig davon, ob es sich bei den einschränkenden Maßnahmen um technische oder um rechtliche eMaßnahmen gegen die Datenverarbeitung handelt.
- (337) Technische Einschränkungen haben in der Regel auch einen spezifischen technischen Ansatzpunkt, zum Beispiel Cookies in einer Verwendung als Identifizierer (ID). In einigen Fällen kann es daher alternative technische Lösungen zu der von den technischen Einschränkungen betroffene Technik geben, die mit derselben Zielsetzung verwendet werden können. Unter Umständen sind diese Alternativen von den technischen Einschränkungen

²⁶² Verlagsvertreter haben demgegenüber im Zusammenhang mit § 26 TTDSG betont, dass es wichtig sei, dass auch bei der Nutzung von Einwilligungsdiensten die Webseite selber in Kontakt mit dem Nutzer treten dürfe. Siehe <https://zaw.de/sachverstaendigen-anhoerung-zum-ttdsg/> („Individuell erteilte Einwilligungen haben Vorrang gegenüber solchen Datentreuhändern. Jede etwaige gesetzliche Regelung müsse deshalb klarstellen, dass individuelle Abfragen von Websites von PIMS nicht behindert werden dürfen und dass individuelle Einwilligungen von Nutzern gegenüber einzelnen Diensten durch den Einwilligungsmanager unmittelbar beachtet werden müssen.“).

kungen nicht oder nicht in gleicher Weise betroffen. Dazu zählt etwa je nach Ausgestaltung der Maßnahme die unten näher erläuterte Verwendung anderer Identifizierer an Stelle von Cookies.

- (338) Bei rechtlichen Einschränkungen kann dies anders sein, je nachdem, ob die Einschränkung ebenfalls auf einen konkreten technischen Ansatzpunkt zielt oder allgemeiner auf Techniken oder Maßnahmen mit einer bestimmten Wirkung. Bei Ausweichoptionen, die im Kern in der Verwendung anderer Identifizierungstechniken für das Tracking der Nutzer bestehen, wird im Rahmen der Bewertung zu berücksichtigen sein, dass diese häufig aufgrund bestimmter Eigenschaften noch größere Datenschutzrisiken für den Nutzer aufwerfen können bzw. sie vom Nutzer (noch) schwerer zu kontrollieren sind als die bisher vorherrschenden Techniken. Zudem kann im Rahmen der Abwägung der Umstand Fragen aufwerfen, dass bei bestimmten Ausweichmöglichkeiten technische Funktionen für einen Zweck genutzt werden, für den sie nicht geschaffen wurden.

(a) Ähnlich funktionierende Alternativen bei selektiver Einschränkung der Nutzung bestimmter Identifizierer

- (339) Soweit sich Einschränkungen gegen das Setzen und/oder Auslesen bestimmter Identifizierer wie etwa TPC richten, mit denen Geräte und Nutzer bei weiteren Nutzungsvorgängen wiedererkannt und so Nutzerprofile über die Zeit aufgebaut werden können, besteht eine Ausweichmöglichkeit grundsätzlich in dem Ausweichen auf andere Identifizierer. Das gilt allerdings nur insoweit, als sich die Einschränkung nicht auch gegen diese anderen Arten von Identifizierern richtet. Soweit nicht, stellt sich allerdings die Frage nach dem Sinn einer solchen Einschränkung, insbesondere wenn die Identifizierung über alternative Identifizierer ihren Verwendern in vergleichbar einfacher und breiter Weise zugänglich ist oder wenn sie von den betroffenen Nutzern sogar nur schwerer unterbunden werden kann, als diejenige über den von der Einschränkung betroffenen Identifizierer.
- (340) Im Bereich des Webs waren TPC lange Zeit die wichtigsten Identifizierer für Zwecke des Trackings. Zu den denkbaren Alternativen zählt die (ggf. verdeckte) Nutzung von First Party Cookies (FPC) als Identifizierer, unter Umständen über eine einzelne Webseite hinweg.²⁶³ Dies setzt allerdings voraus, dass entweder die einzelne Webseite, die das FPC setzt und wieder ausliest, eine so hohe Reichweite und Nutzungsfrequenz aufweist, dass

²⁶³ Siehe <https://builtin.com/adtech-martech/8-ways-to-target-ads-without-third-party-cookies>

sich daraus hinreichend granulare Targeting-Daten ableiten lassen, oder aber, dass das den Nutzer identifizierende Merkmal im Hintergrund bzw. verdeckt unter verschiedenen Webseiten ausgetauscht wird. Praktikabel ist dies wiederum, wenn entweder ein einzelner Anbieter/Konzern eine möglichst große Anzahl verschiedener Webseiten betreibt und die entsprechenden Mechanismen einheitlich auf diesen etablieren kann, oder wenn verschiedene Anbieter dies auf der Basis von Vereinbarungen zwischen ihnen umsetzen.

- (341) Eine weitere Ausweichstrategie besteht in der zweckwidrigen Nutzung anderer Möglichkeiten der Web-Browser zum Speichern und Wiederauslesen von Daten. Zu diesen Möglichkeiten des Speicherns und Wiederauslesens gehören etwa die verschiedenen Zwischenspeicher (Caches), die Browser zur Beschleunigung von Vorgängen, die mit Informationsbezug aus dem Netz einhergehen, anlegen und führen. Inzwischen richten sich allerdings die technischen Abwehrbemühungen der Browser-Anbieter verstärkt auch gegen solche Methoden.²⁶⁴
- (342) Unter den (mobilen) Betriebssystemen Android und iOS/iPadOS sind bis dato die sogenannten Werbe-IDs die primären Identifizierer für die Zwecke von Tracking und Targeting. Sie wurden von den Betriebssystemanbietern auch eigens für diesen Zweck vorgesehen und stellen letztlich eine eindeutige Kennung zur Wiedererkennung eines Gerätes speziell für Werbezwecke bereit. Allerdings stehen auch diese Kennungen nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Die Verfügbarkeit hängt vielmehr vom Willen der Betriebssystemanbieter Apple und Google ab, welche die Rahmenbedingungen für ihre Nutzung vorgeben. So kann unter dem Google-Betriebssystem Android der Nutzer die Werbe-ID „zurücksetzen“, woraufhin eine neue an ihre Stelle tritt.²⁶⁵ Bis dahin mit der Werbe-ID verknüpfte Aktivitäten lassen sich dem Gerät danach über diesen Mechanismus selbst nicht mehr zuordnen. Unter dem Apple-Betriebssystem iOS/iPadOS lässt sich die Werbe-ID bereits seit längerem auch ganz abschalten. Google hat die Möglichkeit zur Deaktivierung seit Ende des Jahres 2021 stufenweise eingeführt.²⁶⁶ Bis dahin war es unter Android nur möglich, Apps anzuweisen, keine personalisierte Werbung auszuspielen. In jüngerer Zeit lässt sich insgesamt eine restriktivere Tendenz erkennen, unter welchen Umständen und

²⁶⁴ Für den Browser Mozilla Firefox beispielsweise siehe die Erläuterungen unter https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/Privacy/State_Partitioning.

²⁶⁵ Siehe beispielsweise <https://www.heise.de/tipps-tricks/Ad-ID-zuruecksetzen-so-klappt-s-4545806.html>.

²⁶⁶ <https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/6048248?hl=de>.

Randbedingungen die Betriebssystemanbieter die Werbe-IDs zur Verfügung stellen (siehe dazu bereits oben unter Ziffer (257)). So fragt Apples Betriebssystem iOS ab Version 14.5 auch bei eingeschalteter Werbe-ID für jede App (von Dritten) noch einmal gesondert ab, ob der Nutzer deren Verwendung erlauben will (sogenannte App Tracking Transparency, ATT).²⁶⁷ Vor Einführung dieser Maßnahme haben verschiedene Marktteilnehmer – u. a. Facebook – erhebliche Auswirkungen erwartet und sich teilweise sehr aktiv dagegen gewandt.²⁶⁸ Die Erwartung war, dass in Folge dieser Änderungen eine deutlich höhere als die bis dahin eher geringe Zahl an Nutzer sich gegen das Tracking entscheiden würde. Nach Äußerungen etwa von Facebook einige Zeit nach Einführung der Änderung habe sich diese Erwartung auch bestätigt (siehe hierzu auch Ziffer (242)).²⁶⁹ Die naheliegendste Alternative zu Werbe-IDs stellen andere (eindeutige) Identifizierer dar, von denen unter mobilen Betriebssystemen verschiedene verfügbar sein können. Grundsätzlich hängt die Verwendbarkeit solcher anderer IDs sehr davon ab, inwieweit der OS-Anbieter sie der jeweiligen App tatsächlich verfügbar oder eben – insbesondere für eine zweckwidrige Nutzung – nicht verfügbar macht. Einfluss darauf haben die Ausgestaltung der Schnittstellen des Betriebssystems und die Zulassungsvoraussetzungen eines App-Stores bzw. deren tatsächliche Durchsetzung.

- (343) Von hier führt ein fließender Übergang zur Verwendung von sogenanntem „Browser Fingerprinting“ oder „Device Fingerprinting“ für Tracking-Zwecke.²⁷⁰ Der Unterschied dieser Methode zur Verwendung einer einzelnen, für sich bereits eindeutigen ID liegt vor allem darin, dass hierbei eine Kombination mehrerer Merkmale des Browsers, des Betriebssystems oder der Hardware verwendet wird, die zwar nicht einzeln für sich, jedoch eben zusammen genommen eine (möglichst) eindeutige ID ergeben. Eine Speicherung von Daten im Browser ist dafür nicht unbedingt erforderlich. Zu solchen Merkmalen zählen bei-

²⁶⁷ Siehe <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/apps-und-software/android-und-ios-apptracking-abschalten-59791>; zu den möglichen Auslegungen der entsprechenden Nutzeraktion in datenschutzrechtlicher Hinsicht vgl. Mitsching/Rauda, Zeitenwende beim Tracking des Nutzungsverhaltens durch Spiele-Apps, MMR-Beil. 2021 Heft 08, 8 (10)

²⁶⁸ Siehe <https://www.zdf.de/nachrichten/digitales/apple-facebook-tracking-100.html>.

²⁶⁹ Siehe <https://www.heise.de/news/Werbbeeinbussen-Tracking-Opt-In-auf-iPhones-bereitet-Facebook-Probleme-6199139.html>; zu jüngeren Äußerungen siehe ferner oben unter Ziffer (218).

²⁷⁰ Siehe hierzu <https://www.wired.com/story/browser-fingerprinting-tracking-explained/>; <https://ssd EFF.org/en/module/what-fingerprinting>.

spielsweise Browsertyp und Version, Typ des Betriebssystems, Bildschirmauflösung, bevorzugte Sprachen u. v. m. Mit etwas Aufwand lassen sich aber etwa auch subtile Unterschiede darin messen, wie Browser, Betriebssystem und Hardware bestimmte Grafik- oder Audiooperationen umsetzen.²⁷¹ Hat man Zugriff auf genügend viele solcher Merkmale, so ist deren Kombination mit hoher Wahrscheinlichkeit einzigartig, so dass sie sich als eindeutige ID verwenden lässt. Gegenmaßnahmen der einzelnen Nutzer sind hier, anders als im Falle von Cookies, zudem aufwendig bis unmöglich. Dies gilt sowohl ganz grundsätzlich hinsichtlich des „Ob“, als auch hinsichtlich der Persistenz eines „Fingerprints“, da sich eine mit einem bestimmten Device Fingerprinting-Verfahren gebildete ID so schnell nicht ändert (anders als Cookies, die jederzeit gelöscht werden können). Allerdings versuchen diverse Hersteller von Web-Browsern wie z. B. Mozilla inzwischen vermehrt, auch Maßnahmen gegen das Device Fingerprinting zu ergreifen. Solche Maßnahmen sind häufig nicht einfach umzusetzen, da die Abgrenzung zwischen dem legitimen Zugriff auf eine bestimmte Information und dem Zugriff zu Zwecken des Device Fingerprinting schwierig sein kann. Im Gefolge der oben genannten Änderungen an iOS 14.5 (ATT) gab es Berichte, wonach die Erfassung und Übermittlung solcher anderer Merkmale bei einer Auswahl untersuchter Apps unverändert in erheblichem Umfang auch dann erfolgen soll, wenn der Nutzer der Tracking-Anfrage gerade nicht zugestimmt hat.²⁷²

(b) Identifikation von Nutzern durch Logins

- (344) Ein weiterer wesentlicher Ansatz zur Wiedererkennung von Nutzern besteht darin, die Nutzbarkeit eines Dienstes von einer Anmeldung („Login“) abhängig zu machen oder ein solches Login zumindest zu fördern, indem der Nutzer durch werbliche Mittel dazu gedrängt wird oder indem ihm Vorteile wie zusätzliche Funktionen angeboten werden, die nur nach einem Login zur Verfügung stehen. Zwar kann es wegen des notwendigen Vertrauens des Nutzers in die Systeme und der notwendigen aktiven Beteiligung des Nutzers für Login-Systeme schwerer sein, eine weitreichende „Durchdringung“ des World Wide Web und damit die Möglichkeit zur Verfolgung der Nutzeraktivitäten über sehr viele

²⁷¹ <https://www.heise.de/news/Browser-Fingerprinting-PCs-Smartphones-Co-lassen-sich-ueber-die-GPU-tracken-6345233.html>.

²⁷² Siehe etwa <https://www.heise.de/news/Populaere-iOS-Apps-tracken-auch-nach-Nutzerverbot-weiter-6200064.html>; <https://www.cpomagazine.com/data-privacy/investigation-finds-apple-app-tracking-rules-may-be-ineffective-idfa-blocked-but-apps-frequently-access-other-identifiers/>.

Webseiten hinweg zu erreichen, als dies mit – vom Nutzer in der Regel nicht bemerkten FPC oder TPC – der Fall wäre. Zugleich weist das mit Login-Systemen mögliche Tracking aber auch einige Eigenschaften auf, die vorteilhaft für die Verwender in der Werbewirtschaft sind, während sie zugleich die Datenschutz-Risiken für den Nutzer vergrößern: Mit dem Login wird in der Regel direkt der Nutzer – und nicht nur zunächst sein Gerät – identifiziert, alle folgenden Nutzungsvorgänge und die dabei anfallenden Daten lassen sich durch geeignete programmtechnische Ausgestaltung mit der eindeutigen ID dieses Nutzers verknüpfen. Im aus Datenschutzsicht ungünstigsten Fall wird die Login-ID auch noch mit der Real-Identität des Nutzers verknüpft.²⁷³ Die direkte Anknüpfung an den Nutzer als Person ermöglicht auch eine zuverlässigere übergreifende Identifikation und Verfolgung über alle vom Nutzer verwendeten Geräte hinweg (cross-device tracking). Technisch betrachtet bieten anhand einer Login-ID zusammengetragene Profile des Nutzers zudem eine größere Persistenz, zumindest im Vergleich zu FPC und TPC ohne weitere Maßnahmen: Letztere kann der Nutzer im Web-Browser löschen, ohne dass dies ausspielende Webseite dies verhindern könnte. Das mit der im FPC oder TPC abgelegten ID verknüpfte Nutzerprofil wird damit obsolet.²⁷⁴ Bei einer Login-ID und einem damit verknüpften Profil bedarf das Löschen der Mitwirkung des Login-Anbieters bzw. aller Verwender der Login-ID. Grenzen für die Persistenz des Nutzerprofils setzen daher nur die Datenschutzgesetze und ihre Anwendung. Große Plattformanbieter wie Google, Facebook, Apple und Microsoft arbeiten schon seit längerer Zeit mit solchen Logins. Z. T. lassen sich diese auch verwenden, um sich bei Diensten Dritter anzumelden. In Reaktion auf die absehbar geringer werdende Verfügbarkeit von Cookies haben sich zudem in Deutschland verschiedene andere Anbieter jeweils verbunden, um weitere Login-Möglichkeiten zu

²⁷³ Dies erlaubt unter Umständen die Zusammenführung mit anderen Datenbeständen, etwa Kundendateien von Unternehmen. Ferner würde dies bedeuten, dass im Falle eines – aller Erfahrung nach nicht auszuschließenden – „Leaks“ eines solchen Datenbestandes etwa in Folge eines Hackerangriffs auf das verwaltende System die angelegten, möglicherweise sehr umfassenden Nutzungs- und Interessenprofile verbunden mit den Klarnamen der Nutzer beispielsweise auf den Schwarzmarkt gelangen könnten; einer Deanonymisierung bedürfte es nicht mehr.

²⁷⁴ Dies gilt allerdings nicht, wenn der Tracking-Anbieter parallel andere Tracking-Techniken mit größerer Persistenz verwendet und über diese auch gelöschte Cookies mit darin gespeicherten IDs wiederherstellen kann.

schaffen. Hierzu gehören die Dienste netID²⁷⁵ und zumindest ursprünglich Verimi.²⁷⁶ International bemüht sich beispielsweise der AdTech-Anbieter The Trade Desk mit „Unified ID 2.0“ ein System zu etablieren, dass im Ergebnis eindeutige und meist vergleichsweise langfristig stabile Merkmale wie Email-Adressen oder Telefonnummern als Identifikator benutzt.²⁷⁷ Allen Login-Diensten ist allerdings gemein, dass der Nutzer seine beim Login-Vorgang anfallenden Daten bzw. Daten, die später damit verknüpft werden, dem Anbieter des Login-Dienstes anvertrauen muss. Der deutsche Gesetzgeber hat – wohl auch vor diesem Hintergrund – mit § 26 TTDSG jüngst eine Bestimmung geschaffen, nach der sich solche Login-Dienste bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen anerkennen lassen können (siehe oben Ziffer (328)). Im Rahmen der Befragung haben viele Unternehmen die Entwicklung von Alternativen zu einer cookiebasierten Identifizierung von Nutzern auf Login-Basis oder einer ähnlichen Basis als denjenigen Weg bezeichnet, den sie vorrangig erwarten.

(c) Rückkehr zum Content-Targeting

- (345) Eine Ausweichmöglichkeit gegenüber allen Methoden der Werbeausspielung, die auf der Datenerhebung über den Nutzer beruhen, besteht in einer Rückkehr zu dem aus der analogen Welt bereits grundsätzlich bekannten Modell des Content-Targetings. Hier wird allein das Umfeld der Werbefläche herangezogen, um daraus zu schließen, wer dieses Umfeld wahrscheinlich konsumiert, und welche Eigenschaften und Interessen die Person hat. Im digitalen Umfeld kann die Auswertung, etwa des Webseiteninhalts, dabei automatisiert erfolgen.
- (346) Gegen die Rückkehr zu diesem Modell wird von Publisher-Seite eingewandt, damit ließen sich nur geringere Preise und somit insgesamt geringere Umsätze mit den Werbeflächen erzielen. Entsprechend haben sich auch einige Befragte geäußert (siehe bereits oben Ziffer (238)). Dennoch haben im Rahmen der Markterhebung einige befragte Publisher die

²⁷⁵ <https://netid.de>.

²⁷⁶ <https://verimi.de>, das Unternehmen hat mittlerweile allerdings sein Geschäftsmodell verändert und stellt die digitale Identifikation auf der Basis hoheitlicher Ausweise in den Vordergrund.

²⁷⁷ Siehe die Projektseite unter <https://github.com/UnifiedID2/uid2docs>; eine sehr kritische Würdigung aus Nutzersicht hat die US-amerikanische Bürgerrechtsorganisation EFF veröffentlicht: <https://www.eff.org/deeplinks/2021/04/after-cookies-ad-tech-wants-use-your-email-track-you-everywhere>.

Erwartung geäußert, dass in Reaktion auf die rechtlichen und technischen Einschränkungen beim personenorientierten Tracking und Targeting die Bedeutung des Programmatic Advertising abnehmen werde und das Direktgeschäft und dieses Modell – die Buchung nach Umfeldern – wieder Auftrieb erhalten würden.²⁷⁸ Es ist jedoch auf Publisher-Seite insgesamt eine begrenzte Erwartung, die auch der durchschnittlichen Einschätzung aller befragten Publisher widerspricht, dass die Bedeutung der verschiedenen Varianten des Programmatic Advertising eher weiter zunehmen wird.²⁷⁹ Bei der Befragung der Agenturen²⁸⁰ tendierte eine knappe Mehrheit der verwertbaren Antworten dazu, die Entwicklung beim Content-Targeting in den drei Jahren vor der Befragung als eher statisch oder rückläufig einzustufen. Für die drei zukünftigen Jahren ab der Befragung wurde hingegen von einer Mehrheit der Antworten eine Aufwärtsentwicklung erwartet. Meist wurde eine eingeschränkte Datenverfügbarkeit aufgrund der DSGVO als Grund dafür genannt, von einzelnen Befragten wurden auch technisch verbesserte Methoden des Content Targetings als Grund erwähnt.

- (347) Das Argument der geringeren erzielbaren Preise beim Content-Targeting muss zudem mit einer gewissen Vorsicht betrachtet werden. Die Wirkung einer Rückkehr zu dieser Targeting-Form könnte auch stark davon abhängen, ob der gesamte Markt in seiner Breite zu diesem Modell zurückkehrt bzw. zurückkehren muss, oder ob dies nur Teile des Marktes tun, weil andere Teile weiterhin über differenzierte Daten über die Nutzer verfügen und diese für Targeting-Zwecke einsetzen können und dürfen.²⁸¹ Aus diesem Grund lässt sich die pekuniäre Folge einer solchen Entwicklung für die Marktteilnehmer nicht unabhängig insbesondere von der künftigen Regulierung der Erhebung und Verwendung von personenbezogenen Daten zu Targeting- und anderen Werbezwecken vorhersagen.

(d) Nutzerentgelte

- (348) Schließlich besteht bei einer faktischen Betrachtung grundsätzlich auch eine Ausweichmöglichkeit weg von der Werbefinanzierung hin zu einem direkt durch Nutzerentgelte

²⁷⁸ Siehe Antworten auf Frage 6.e des Publisher-Fragebogens.

²⁷⁹ Siehe Antworten auf Frage 3.a des Publisher-Fragebogens.

²⁸⁰ Siehe Antworten auf Frage 4.p und 4.q des Agentur-Fragebogens.

²⁸¹ Geradin/Katsifis/Karanikioti, Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome's removal of third-party cookies from an antitrust perspective, TILEC Discussion Paper DP 2020-034, Seite 55, verfügbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738107.

finanzierten Modell. Im Rahmen der Befragung von Publishern haben einzelne Befragte geäußert, diesen Weg verstärkt versuchen zu wollen.²⁸² Die Beobachtung der Web-Angebote vieler deutscher Presseverleger in jüngerer Zeit legt nahe, dass dies in der Tat ein Trend ist.²⁸³

- (349) Dies ist allerdings ein Geschäftsmodellwechsel, der durchaus erhebliche Anpassungen der einzelnen Marktteilnehmer erfordern kann und wesentliche Veränderungen in den Marktpositionen der verschiedenen Teilnehmer mit sich bringen kann, weil der Erfahrung nach nicht alle Marktteilnehmer einen Geschäftsmodellwechsel gleich gut meistern.
- (350) Gegen einen solchen Geschäftsmodellwechsel wird eingewandt, dass die direkte Zahlungsbereitschaft vieler Nutzer für Dienste und Inhalte im Internet nach wie vor vergleichsweise gering sei,²⁸⁴ dass es nach wie vor kein ubiquitäres und niederschwelliges Zahlungssystem für Dienste und Inhalte gebe und dass im Ergebnis weniger zahlungskräftige Nutzer schlechter gestellt würden, weil ihnen der Zugang zu vielen Diensten und Inhalten verwehrt oder erschwert werde. Jedoch ist durchaus offen, inwieweit aus wettbewerblicher Sicht diese Argumente tatsächlich gegen einen Geschäftsmodellwechsel sprechen.
- (351) Historische Zurückhaltungen der Nutzer gegen die direkte Zahlung für Angebote zunächst lassen nur bedingt einen Schluss auf die Zukunft zu. Der Erfolg von entgeltlichen Diensten wie Netflix könnte darauf hindeuten, dass sich die Nutzereinstellung wandelt

²⁸² Siehe Antworten auf Frage 6.e des Publisher-Fragebogens.

²⁸³ So findet sich aktuell beispielsweise auf welt.de („WeLT+“), faz.net („F+“), spiegel.de („SPIEGEL+“), zeit.de („Z+“), sueddeutsche.de („SZPlus“), stern.de („Stern+“), wiwo.de („WiWo+“) und vielen Angeboten der Regionalpresse mittlerweile jeweils ein erheblicher bis überwiegender Anteil von Artikeln, der nur noch nach Abschluss eines Abonnements zugänglich ist. Eine schon etwas ältere Erhebung von Statista zeigt zwischen 2010 und 2018 einen erheblichen Anstieg von Zeitungsverlagen mit solchen Angeboten von 8 auf 212, vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/418008/umfrage/zeitungsverlage-mit-paid-content-angeboten-in-deutschland/>; der Branchenverband BDZV listet derzeit 178 Zeitungstitel mit „Paid Content“-Angeboten i. w. S., vgl. <https://www.bdzv.de/zeitungen-in-deutschland> (Zahl kann sich täglich ändern).

²⁸⁴ So haben nach einer Studie im Auftrag des deutschen Online-Werbe-Branchenverbandes OVK aus dem Oktober 2021 in den 12 Monaten vor der Befragung rund 16% aller Internet-Nutzer für redaktionelle Medieninhalte im Internet gezahlt, knapp 7% haben dies zu einem früheren Zeitpunkt einmal getan, knapp 53% haben kein Geld ausgegeben und knapp 20% haben angegeben, keine redaktionelle Inhalte im Internet zu nutzen (Rest: Weiß nicht/keine Angabe). Von den 53% Nutzern ohne Geldausgabe haben knapp 2/3 die Antwortalternative gewählt, auch nicht vorzuhaben, für redaktionelle Inhalte im Internet zu bezahlen. Siehe OVK-Trendstudie Paid Content, verfügbar unter https://www.ovk.de/app/uploads/2022/03/OVK-Trendstudie_Paid-Content_20220309.pdf, Seite 5. Zu den einzelnen Gründen für die fehlende Zahlungsbereitschaft siehe auch Seite 11f. der Studie.

oder dass die Erfolgsaussichten direkt entgeltlicher Dienste vor allem auch davon abhängen, die richtigen Dienste und Inhalte zu den richtigen Konditionen anzubieten. Die Problematik eines fehlenden ubiquitären Zahlungssystems könnte zudem mit dem Erfolg der mobilen Plattformen von Google und Apple, die jeweils ein Zahlungssystem mitbringen, sowie der zunehmenden Nutzung von mobilen Endgeräten zur Bezahlung geringer werden (wobei die Zahlungssysteme der Plattformen aufgrund der geforderten und kommerziell zwischen den Marktteilnehmern umstrittenen Provisionen wieder eigene wettbewerbliche Fragen aufwerfen können). Zudem wären im Sinne einer nicht rein statischen, sondern dynamischen Betrachtung auch Rückwirkungen von Veränderungen des Rahmens für werbefinanzierte Geschäftsmodelle auf entgeltlich Modelle einzubeziehen: Das derzeitige System der Werbefinanzierung von Inhalten und Apps ist de facto ein Micropayment-System mit der Besonderheit, dass der Werbetreibende das monetäre Entgelt leistet. Wenn die Möglichkeiten, Micropayments durch Werbefinanzierung abbilden zu können, schlechter werden, kann das auch einen Anreiz setzen, Micropayment-Systeme für direkt entgeltliche Angebote weiterzuentwickeln. Ebenso kann dies ein Anreiz für die Nutzer werden, sie dann auch einzusetzen. Das künftige Ergebnis einer solchen dynamischen Entwicklung ist kaum vorherzusagen.

- (352) Letztlich steht aus wettbewerblicher Sicht auch in Frage, ob werbefinanzierte Angebote aus Sicht weniger zahlungsbereiter Nutzer tatsächlich – wie häufiger geltend gemacht wird – „günstiger“ und damit ggf. überhaupt erst zugänglich sind als direkt durch Nutzerentgelte finanzierte.
- (353) Denn auch für ein werbefinanziertes Angebot muss letztlich monetär bezahlt werden. Die Bezahlung erfolgt lediglich indirekt einerseits über die Werbeaufwendungen, die wiederum in die Produktpreise der beworbenen Produkte eingehen, und andererseits über andere Verwertungschancen für die erhobenen Nutzerdaten. Es mag dabei durchaus sein, dass es auf diese Weise zu „Quersubventionierungen“ weniger zahlungsbereiter Nutzer durch zahlungsbereitere kommt. Allerdings hat die Werbefinanzierung auch für weniger zahlungsbereite Nutzer den Nachteil, dass sie, anders als bei der Finanzierung durch direkte Nutzerentgelte, angesichts der Komplexität der Zusammenhänge die tatsächliche Höhe der von ihnen erbrachten Gegenleistung in aller Regel gar nicht kennen und auch nicht kennen können. Denn diese „Gegenleistung“ nicht monetärer Art besteht keineswegs nur aus „Aufmerksamkeit“ für die jeweilige Werbung. Vielmehr muss auch der weniger zahlungsbereite Nutzer bei wirtschaftlicher Betrachtung in die Bilanz des Geschäftes letztlich alle Risiken und Nachteile einrechnen, die ihm durch das System der

Werbefinanzierung entstehen können. Ausgangspunkt aller Nachteile ist dabei das Wissen anderer über ihn, dass dabei akkumuliert wird. Auch hier gilt am Ende: Wissen ist Macht (siehe dazu oben Ziffer (304)ff.).

- (354) Es gibt zwar auf der anderen Seite des Leistungsaustausches einen Aspekt, der als Argument zunächst dafür sprechen könnte, doch einen Vorteil werbefinanzierter Geschäftsmodelle beim Nutzer anzunehmen: Für ihn ist es in einem solchen Modell leichter, zwischen verschiedenen Angeboten zu „springen“ – und dies auch ganz spontan. Das lässt sich auch als ein Beitrag zu erhöhter Wettbewerbsintensität begreifen. Besonders interessant erscheint diese Möglichkeit gerade auch bei medialen Angeboten, weil sie dazu führen kann, dass der Nutzer mit einer größeren Vielfalt an Medien und damit Sichtweisen in Berührung kommt und weniger ausgeprägt in dem „Silo“ seiner „Stammmedien“ verbleibt. Der Wechsel zu einem anderen Angebot erfordert im Wortsinne dann nur einen Klick oder – auf mobilen Geräten – eine Berührung.
- (355) Bei einem aus Nutzersicht direkt entgeltlichen Angebot ist meist die praktische Hürde für einen solchen Wechsel des Anbieters – insbesondere nur für einen einzigen, den Nutzer gerade interessierenden Beitrag – höher, weil etwa eine (weitere) Registrierung bei dem zusätzlichen Anbieter unter Angabe von Zahlungsdaten vorgenommen werden muss. Beim derzeitigen Stand der Entwicklung im Web ist der Zahlungsvorgang auch technisch für den Nutzer noch nicht wirklich niederschwellig ausgestaltet, etwa in dem Sinne, dass der Browser nur noch einen Bestätigungsdiallog einblendet, sondern erfordert eine aufwendigere Aktion von ihm. Hier sind aber möglicherweise durch den Trend zur Integration von Zahlungsunterstützungsfunktionen in die Browser²⁸⁵ Änderungen erreichbar. Im Falle von mobilen Apps ist ohnehin bereits eine Integration von Zahlungsfunktionen in das jeweilige Nutzerkonto der Plattform vorhanden.²⁸⁶ Selbst bei tiefer Integration von Zahlungssystemen bliebe jedoch womöglich immer noch eine psychologische Hürde für den Nutzer: Jeder Konsum eines Beitrages wäre im Bewusstsein des Nutzers direkt mit einer Zahlung verknüpft. Das könnte durchaus die Bereitschaft der Nutzer herabsetzen, „einmal eben“ auch noch einen Blick auf eine andere Sicht auf ein bestimmtes Thema zu

²⁸⁵ Beispielsweise https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/API/Payment_Request_API oder die Integration von „Autofill“-Funktionen für Kreditkartendaten, siehe hierzu <https://www.mozilla.org/en-US/firefox/99.0/releases/notes/>.

²⁸⁶ Dass den Plattformen – und auch den Browser-Anbietern – durch diese Funktion eine Gatekeeper-Position zuwachsen kann, ist aus wettbewerblicher Sicht ein anderes Thema und berührt die hier diskutierten Effekte nicht.

werfen.²⁸⁷ Zudem kann der angebotene Inhalt oder die angebotene Dienstleistung heute in der Marktrealität häufig tatsächlich nicht einzeln erworben werden, sondern es muss ein Abonnement abgeschlossen werden. Das würde nur dann nicht gelten, wenn die Möglichkeit zum Einzelwerb von Beiträgen aus – möglichst allen – unterschiedlichen Quellen an einer gemeinsamen Stelle oder ein viele Titel übergreifendes Abonnement zumindest fakultativ ebenso Marktrealität wären, was sie derzeit aber im Bereich der Presse kaum sind. Mit Blendle²⁸⁸ existiert zwar seit geraumer Zeit ein Angebot, welches den Einzelwerb von Pressebeiträgen gegen jeweils vergleichsweise geringe Beträge über eine größere Zahl von Medien hinweg ermöglicht. Im Inland offeriert Readly,²⁸⁹ im Ausland bietet das Angebot Cafeyn²⁹⁰ titelübergreifende Abonnements. Ein großer kommerzieller Durchbruch dieses Modells und seiner Anbieterr ist in Deutschland bisher nicht erkennbar.²⁹¹

- (356) Jedoch ist das Vorstehende eine statische Betrachtung, die insoweit zu kurz greift, als sie die unterschiedlichen weiteren Entwicklungsmöglichkeiten nicht berücksichtigt. Zwar ist einerseits durchaus fraglich, inwieweit die verlegerischen Anbieter von medialen Beiträgen gegenwärtig ein ernsthaftes Interesse an einem Modell wie demjenigen von Blendle haben. Denn ein solches Modell würde ihren Bemühungen zur Bindung einmal geworbener Nutzer entgegenwirken, sie im ungünstigsten Fall sogar in die Rolle eines austauschbaren Lieferanten unter vielen bringen. Andererseits zeigt die Entwicklung bei Audioinhalten und Videoinhalten, dass es dort ein großes Interesse der Nutzerschaft an pauschalem Zugang zu einer sehr großen Zahl von Inhalten unterschiedlicher Anbieter gibt. Angebot wie Spotify und Netflix und deren Markterfolg belegen dies. Sie haben andere Angebote, bei denen die Inhalte einzeln bezahlt wurden, weitgehend zurückgedrängt. Es erscheint durchaus nicht ausgeschlossen, dass die Entwicklung bei textuellen Inhalten –

²⁸⁷ Bei dieser Vergleichsbetrachtung darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, mit welchem Szenario der Vergleich stattfindet. Zumindest bei deutschen medialen Angeboten aus dem Bereich der Presseverlage scheint in letzter Zeit auch unter dem gegenwärtigen Rechtsrahmen ein deutlicher Trend erkennbar zu sein, die werbefinanzierten Anteile der Angebote auszudünnen.

²⁸⁸ <https://www.blendle.com> .

²⁸⁹ <https://de.readly.com/> .

²⁹⁰ <https://www.cafeyn.co/uk/newsstand> .

²⁹¹ Der niederländische Zweig von Blendle hat vor einiger Zeit sein Angebot auf ein Abo-Modell umgestellt. Blendle insgesamt ist im Jahr 2020 vom dem erwähnten französischen Wettbewerber Cafeyn übernommen worden, dessen Angebot ebenfalls auf einem Abomodell basiert (siehe <https://support.cafeyn.co/hc/en-gb>).

mit Verzögerung – denselben Weg nimmt. Ein Indiz für eine solche Entwicklung könnte man unter Umständen auch in Angeboten wie Google News und jüngst Google News Showcase sehen. Auch wenn es dabei um den aus Nutzersicht nicht monetär entgeltlichen Zugang zu nachrichtlicher Berichterstattung geht, zeigen solche Angebote doch, dass ein Nutzerinteresse an einer anbieterübergreifenden Aggregation bestehen könnte.²⁹² Im wirtschaftlichen Ergebnis stellen sich entgeltliche Pauschalangebote wie die vorstehend genannten von Blendle, Readly und Cafeyn – ebenso wie die Werbefinanzierung – auch durchaus als Mikropayment-basierte Lösungen dar. In beiden Varianten erhält der Inhalte-Anbieter pro Wiedergabe seines Inhaltes ein – absolut betrachtet – vergleichsweise geringes Entgelt. Bei der Werbefinanzierung liegt die Besonderheit darin, dass dieses Entgelt nicht der Inhaltekonsument zahlt, sondern der Werbetreibende. Mit dem System des Programmatic Advertising und anderen Abrechnungsmechanismen wird aber ein aufwendiges Verfahren zur Erlösermittlung und -verteilung eingesetzt. Ähnlich ist es bei durch Nutzerentgelte finanzierten Pauschalangeboten. Hier zahlt zwar der Nutzer direkt einen pauschalen Preis. Um die Verteilung seiner Zahlung auf die einzelnen Inhalte muss er sich jedoch ebenso wie bei der Werbefinanzierung keine Gedanken machen, dies übernimmt der Anbieter des Pauschalangebotes, üblicherweise nach Nutzungsanteilen und Wertigkeit der einzelnen Inhalte.

3. Teilaspekt: Maßnahmen zur Einschränkung der Datenverarbeitung mit asymmetrischen Auswirkungen

a. Szenario

- (357) Es erscheint gut möglich, dass auch an sich allgemein angelegte Maßnahmen zur Einschränkung der Datenverarbeitung asymmetrische Auswirkungen entfalten. Zu denken ist hier insbesondere an rechtliche Maßnahmen wie etwa Änderungen der Datenschutzgesetzgebung. Asymmetrisch wären die Auswirkungen beispielsweise, wenn sich durch die fraglichen Maßnahmen relativ gesehen die Marktpositionen von großen (Plattform-)

²⁹² Hier gilt wie bei den oben erwähnten Zahlungssystemen: Einer anbieterübergreifenden Aggregation von Inhalten wohnt aus wettbewerblicher Sicht durchaus die reale Gefahr inne, dass eine Gatekeeper-Position entsteht, wenn sich die Masse der Nutzer entscheidet, nur noch über den Aggregator auf die entsprechenden Inhalte zuzugreifen. In einer solchen Konstellation können starke indirekte Netzwerkeffekte greifen. Dies spricht noch nicht zwingend gegen Aggregation an sich, wenn sie Vorteile aufweist und es ein Nutzerbedürfnis danach gibt. Aus wettbewerblicher Sicht steht dann vielmehr zunächst die Frage im Vordergrund, ob und wie sich der Wettbewerb auf der Aggregationsebene sichern lässt.

Anbietern mit einem umfangreichen Portfolio von Daten aus eigenen nutzerseitigen Diensten²⁹³ stärker oder schwächer verändern würden als die Marktpositionen anderer Anbieter. Auswirkungen solcher Art – insbesondere in Form eines relativen Vorteils für große Plattform-Anbieter – werden von bestimmten Marktteilnehmern etwa für den Fall angenommen, dass TPC rechtlich oder technisch weiter zurückgedrängt oder ganz unterbunden werden.²⁹⁴ Ein Anbieter wie Google werde in diesem Fall weiterhin auf Daten aus seinem umfangreichen Portfolio an vor allem nutzerseitigen Diensten (Google-Suche, Maps, Gmail u. a. m.) zurückgreifen können, während andere Anbieter kein vergleichbar umfangreiches Portfolio an Diensten und damit Datenquellen hätten. Sie seien daher auf Daten aus einem viele Anbieter umspannenden, übergreifenden Tracking – in der Praxis eben mittels TPC – angewiesen, um wettbewerbsfähige Targeting-Option anbieten zu können.

b. Zusätzliche Gesichtspunkte in der Folgenabwägung einschließlich kompensatorischer Maßnahmen

- (358) Soweit solche asymmetrische Auswirkungen einer Maßnahme tatsächlich in Betracht kommen und sich auf der die Asymmetrie herbeiführenden Ebene auch nicht durch weitere Maßnahmen kompensieren lassen, ist im Rahmen der Gesamtbewertung zusätzlich zwischen dem Schutz der Interessen der Nutzer und den Wettbewerbschancen anderer Unternehmen abzuwägen. Dies gilt zwingend allerdings nur in dem Rahmen, wie unabdingbares höherrangiges Recht nicht ohnehin die entsprechende Beschränkung der Datenverarbeitung gebietet oder zumindest legitimiert, sowie wie das alternative Geschäftsmodell einer direkten Entgeltfinanzierung aus der Betrachtung ausgeblendet wird oder aus tatsächlichen Gründen ausscheidet (siehe dazu oben Ziffer (348)ff.). Zudem ist für die Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen, welche Bedeutung die anderen, d. h. von der Maßnahme negativ betroffenen Unternehmen für den Wettbewerb insgesamt

²⁹³ Vgl. hierzu Bundeskartellamt, 7. Beschlussabteilung, Beschluss vom 30. Dezember 2021, Az. B7-61/21, Rn 144 ff., verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchs-aufsicht/2021/B7-61-21.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²⁹⁴ Siehe Geradin/Katsifis/Karanikioti, Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome's removal of third-party cookies from an antitrust perspective, TILEC Discussion Paper DP 2020-034, Seite 62f, verfügbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738107.

haben, da aus wettbewerblicher Sicht nicht der Individualschutz einzelner Unternehmen im Vordergrund steht.

- (359) Soweit in einer solchen Abwägungssituation Bedenken im Hinblick auf die Wettbewerbschancen der anderen Unternehmen verbleiben, wäre ferner zu überdenken, ob sich diese nicht auch durch einen weiteren Eingriff bei den (Plattform-) Anbietern mit großem, daten-generierenden Dienste-Portfolio beseitigen lassen, der auf dieser Seite des Wettbewerbersfeldes den durch die ursprüngliche Maßnahme induzierten Wettbewerbsvorteil relativiert.²⁹⁵ Dies würde auch das Interesse der Nutzer am Schutz ihrer Daten ggf. besser wahren, wenn nicht sogar – durch den Eingriff – noch weiter fördern. Auf der anderen Seite könnte dies bedeuten, dass der Marktseite der Werbekunden insgesamt weniger genaue Targeting-Möglichkeiten zur Verfügung stehen, weil in der Folge des weiteren Eingriffes auch die Granularität und Genauigkeit des den Plattform-Anbietern möglichen Angebotes abnimmt. Auch dieser Effekt wäre in die Abwägung einzubeziehen.
- (360) Für einen solchen weiteren Eingriff kämen verschiedene Ansätze in Betracht, unter Umständen auch in Kombination, wenn eine einzelne Maßnahme nicht ausreichend wirksam oder überprüfbar erscheint:

i. Unterbindung der Zusammenführung von Daten

- (361) Ein erster Ansatzpunkt für einen solchen Eingriff, der in diesem Zusammenhang den Wettbewerbsvorsprung der großen (Plattform-) Anbieter relativierte, läge darin, die Zusammenführung der Daten aus den verschiedenen Diensten oder Quellen der großen Anbieter zu einzuschränken. In diese Richtung gehende Einschränkungen sehen etwa Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b DMA und § 19a Abs. 2 Nr. 4 lit. a. GWB (nach einer entsprechenden Verfügung des Bundeskartellamtes) vor.²⁹⁶ Dies würde die über die Nutzer angelegten Profile dienstespezifisch machen, sie würden sich so aus weniger Datenpunkten zusammensetzen, was tendenziell ihre Genauigkeit und damit die Möglichkeiten des Anbieters, hoch granulares Targeting anzubieten, verringern würde. In der Praxis stellen sich dabei

²⁹⁵ Siehe Geradin/Katsifis/Karanikioti, Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome's removal of third-party cookies from an antitrust perspective, TILEC Discussion Paper DP 2020-034, Seite 66f, verfügbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738107.

²⁹⁶ Das Verbot kann allerdings durch eine Einwilligung des Nutzers entsprechend den Vorgaben der DSGVO (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 DMA) bzw. durch eine „ausreichende Wahlmöglichkeit“ des Nutzers (§ 19a Abs. 2 Nr. 4 lit. GWB) überwunden werden; vgl. auch bereits BKartA, Beschluss vom 6.2.2019, B6-22/16 – Facebook auf der Grundlage allgemeiner Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB.

allerdings Fragen nach einer effektiven Kontrolle; dies könnte dafür sprechen, eine solche Maßnahme vor allem als ersten Schritt zu sehen, dem ggf. noch weitere folgen sollten bzw. der ggf. mit weiteren zu kombinieren wäre. Diese Einschränkung gilt weniger, wenn die fragliche Zusammenführung der Daten die Folge eines Zusammenschlusses ist. Denn in einem solchen Fall unterbände die Untersagung des Zusammenschlusses auch die Zusammenführung der Daten. Schwieriger erscheinen hingegen jene, im vorliegenden Kontext vor allem relevanten Fälle, in denen beide betroffenen, datengenerierenden Dienste bereits Teil desselben Unternehmens sind. Es erscheint in der Praxis *prima facie* problematisch, „von außen“ in sehr großen, (weltweit) verteilten IT-Infrastrukturen tatsächlich nachzuvollziehen, was im Einzelnen mit welchen Daten an welchen Stellen der Verarbeitungsprozesse geschieht, zumal sich dies zu jedem beliebigen Zeitpunkt ändern kann – ein Softwareupdate an der einen oder anderen Stelle innerhalb der Infrastruktur genügt. In der jüngeren Praxis der Kommission findet sich der Ansatz, diese Aufgabe mit dem Einsatz eines Überwachungstreuhänders anzugehen.²⁹⁷ Auch ein solcher steht allerdings grundsätzlich vor dem genannten Problem. Kann oder will man sich daher nicht darauf verlassen, dass die von einem Zusammenführungsverbot betroffenen Unternehmen dauerhaft rechtskonform handeln, so erscheinen zunächst zwei Ansätze zur Erhöhung des Aufwands oder Entdeckungsrisikos von Verstößen prüfenswert:

- (362) Zum einen ließe sich an eine gesellschaftsrechtliche Separierung innerhalb der Konzernstrukturen, d. h. die Zuordnung der getrennt zu haltenden Datenbestände zu unterschiedlichen Rechtsträgern, denken, und dies in Kombination mit der Vorgabe definierter Schnittstellen, soweit die unterschiedlichen rechtlichen Einheiten dennoch zusammenwirken müssen. Die Wirkung einer solchen Maßnahme könnte allerdings an Grenzen stoßen, wenn für die Verarbeitung der dem separierten Konzernteil zugeordneten Daten doch wieder die IT-Infrastruktur des Restkonzerns herangezogen würde und dem Restkonzern zu diesem Zweck die Daten des abgespaltenen Teils (im Klartext) übermittelt würden. Um den Zugriff des Restkonzerns auf die Klartextdaten in dieser Konstellation zu verhindern, ließe sich unter Umständen ein Verfahren einsetzen, dass schon seit län-

²⁹⁷ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2020, Az. M.9660 – *Google/Fitbit*, Ziffer 846ff.

gerer Zeit in der Forschung diskutiert wird: Die sogenannte homomorphe Verschlüsselung.²⁹⁸ Bei Einsatz dieses Verfahrens würde die IT-Infrastruktur des Restkonzerns ausschließlich auf verschlüsselten Daten operieren, könnte daher dem Anspruch des Konzeptes nach keine eigenen Schlüsse aus diesen Daten ziehen.²⁹⁹ Ob die Arbeiten am Konzept der homomorphen Verschlüsselung inzwischen einen Stand erreicht haben, etwa im Hinblick auf Sicherheit und erreichbare Geschwindigkeit, der ihren praktischen Einsatz erlaubt, wäre allerdings näher zu prüfen. Dasselbe gilt für Konzepte wie die von Google unter der Bezeichnung „Confidential Computing“³⁰⁰ angebotenen. Auch die vorstehenden Konzepte hätten zudem Grenzen: Einen wesentlichen Mehrwert böten sie nur, soweit die wirtschaftliche Anreizsituation bei dem fraglichen Konzern sich nicht so darstellt, dass trotz des erhöhten Aufwandes mit einer Umgehung der hier diskutierten Maßnahmen gerechnet werden muss, bei welcher die Daten des abgespaltenen Konzernteils entgegen den rechtlichen Verpflichtungen verdeckt und im Klartext dem Restkonzern zugeleitet werden.

- (363) Zum anderen wäre zu prüfen, ob und inwieweit es im jeweiligen Fall machbar wäre, von Ergebnissen der jeweiligen Datenverarbeitung ausgehend zu prüfen, ob diese mit den Daten, zu den der Restkonzern Zugang haben dürfte (im rechtlichen Sinne), zustande gekommen sein können. Dies ist aber bislang ungeklärt.

ii. Limitierung der Datenerhebung auf das für die Erbringung der nutzerseitigen Dienste technisch notwendige Maß

- (364) Ein weiterer Ansatzpunkt für einen Eingriff läge darin, die Dienste der großen (Plattform-) Anbieter bei der Erhebung von Daten auf die zwingend für die Dienstleistung selbst notwendigen zu beschränken. Die Notwendigkeit bezöge sich dabei auf eine technische und inhaltliche Notwendigkeit, nicht auf eine – in der Diskussion um eine solche Restriktion zuweilen angeführte – „wirtschaftliche Notwendigkeit“, die sich auf die Finanzierung des Dienstes bezöge. Für die in der Folge nicht (mehr) erhobenen Daten würde damit

²⁹⁸ Zu diesem Konzept siehe etwa Schulze, Homomorphe Verschlüsselung und Europas Cloud, SWP-aktuell, Nr. 15, Februar 2021, https://www.swp-berlin.org/publications/products/aktuell/2021A15_HomomorpheVerschluesselung.pdf ; Ax Sharma, Daten-Insights trotz Verschlüsselung, Computerwoche, <https://www.computerwoche.de/a/daten-insights-trotz-verschluesselung,3549693>.

²⁹⁹ Zu überdenken wäre etwa, ob Metadaten – z. B. welche und wie viele Ressourcen der separierte Konzernteil über die Zeit in Anspruch nimmt – für den Restkonzern von Interesse sein könnten.

³⁰⁰ <https://cloud.google.com/confidential-computing>.

zugleich die Möglichkeit unterbunden, sie mit den beim Anbieter bereits vorhandenen Daten zusammenzuführen. Eine solche Begrenzung ist (am Erhebungspunkt) prinzipiell eher kontrollierbar als die spätere Zusammenführung. Dieser Ansatz würde daher die oben genannten Probleme bei der Überwachung und Durchsetzung des bloßen Verbots einer Zusammenführung adressieren. Im Einzelnen hängt dies aber auch von der eingesetzten Technologie ab. Ist der Erhebungspunkt eine Webseite, so dürften die Chancen tendenziell besser ausfallen als im Falle einer mobilen App als Erhebungspunkt, dies hängt aber auch von den für die Webseite eingesetzten Technologien ab. Je nach Art des Dienstes können die zu seiner Erbringung notwendigen Daten zudem immer noch vergleichsweise umfangreich ausfallen. Der Diensteanbieter hätte über die funktionale Ausgestaltung des Dienstes zudem einen Einfluss auf den Umfang der dafür inhaltlich und technisch notwendigen Daten. Noch mehr Unschärfe brächte es mit sich, wenn man zur technischen Notwendigkeit auch Daten rechnete, die für die „Sicherheit“ des Dienstes als notwendige Daten erklärt werden. Sicherheit ist letztlich ein nur vage definiertes Konzept, das erhebliche Auslegungsspielräume lässt.

iii. **Ausschluss der Datenverwendung für Werbezwecke**

- (365) Einen Schritt weiter ginge der Ansatz, zusätzlich die Verwendung der so noch erhobenen, für die Dienstleistung notwendigen (Rest-) Daten über die einzelnen Nutzer für Werbezwecke gänzlich oder weitgehend auszuschließen. Auch dies entspräche einer Beschränkung der Targeting-Möglichkeiten auch großer (Plattform-) Anbieter, deren Nutzer aufgrund der angebotenen Dienste eine Vielzahl und Vielfalt an Daten liefern, auf die Nutzung von Content-Targeting oder – soweit man den Ausschluss nicht so weit fasst – sogenanntem Intent-Targeting³⁰¹ im Falle von Suchwortwerbung. Auch hier können sich allerdings schwierige Fragen nach der effektiven Kontrolle eines solchen Verwendungsverbotes stellen – es sei denn, man unterbindet die Werbeauspielung auf der Basis von personenbezogenen Daten insgesamt.
- (366) Damit liefe dieser Ansatz im Maximalfall auf ein Verbot hinaus, selbst die für die Nutzung eines Dienstes notwendigen Daten für die werbliche Refinanzierung eben dieses Dienstes zu nutzen. Dies könnte auch den Ausschluss von Suchwortwerbung und damit des gegenwärtigen Geschäftsmodells von Suchmaschinen bedeuten. Ginge man aus diesem

³⁰¹ Bezeichnet werden hiermit Formen des Targetings, welche die Adressaten von Werbemaßnahmen danach auswählen, ob diese eine bestimmte Absicht geäußert oder anderweitig erkennbar gemacht haben. Die Eingabe von Suchbegriffe in eine Suchmaschine kann darunter gefasst werden.

Grunde nicht ganz so weit und ließe zumindest die Verwendung vom Nutzer eingegebener Suchbegriffe für das Intent-Targeting weiterhin zu, so würde sich die Frage nach sachlichen Kriterien dafür stellen, in welchen Fällen die für die Dienstleistung notwendigen Daten auch für die Werbefinanzierung genutzt werden können und in welchen Fällen nicht. Dies wäre keine einfache Grenzziehung, sie würde zumindest eine gründliche Diskussion erfordern. Beispielsweise ließe sich zwar argumentieren, die Verwendung eingegebener Suchbegriffe durch Suchmaschinen, Kleinanzeigenplattformen und ähnliche Anbieter komme in Betracht, weil ein Näheverhältnis zwischen dem verwendeten Datum und der ausgespielten Werbung bestehe, weil der Nutzer sich bereits in einer Anfragesituation befinde und daher nicht überrascht werde und weniger manipulierbar sei, wenn er auch eine werbliche Antwort erhalte und/oder weil sich eine entsprechende Nutzererwartung gebildet habe. Dies verhindert jedoch nicht, dass Konzepte wie Näheverhältnis, Anfragesituation oder Grad an Manipulationsgefahr ausfüllungsbedürftig bleiben. Zu bedenken wäre auch die Gefahr, mit der Privilegierung beispielsweise von Suchwortwerbung bestehende starke Marktpositionen eines Unternehmens unabsichtlich zu zementieren. Unter diesem Gesichtspunkt als problematisch könnte sich auch die Orientierung an einem Konzept wie Nutzererwartung erweisen, denn diese kann stark von bestehenden Geschäftsmodellen mitgeprägt sein.

iv. Öffnung der Datenbestände für Wettbewerber

- (367) Als vierter Ansatz für einen Eingriff ließe sich an eine Öffnung der Datenbestände der großen (Plattform-) Anbieter für Dritte denken. Anders als bei den bis hierhin diskutierten Eingriffen würde dieser Ansatz nicht dadurch wirken, dass er im Vergleich mit anderen Unternehmen die Menge der den großen (Plattform-) Anbietern zur Verfügung stehenden Daten verringert, sondern die Exklusivität des Zugriffs der (Plattform-) Anbieter auf diese Daten beseitigt. Dieser Ansatz führte jedoch zu einer Kollision mit den Zielen des Datenschutzes, jedenfalls soweit es um die Öffnung der Datenbestände in nicht-aggregierter Form für Werbezwecke und insbesondere Targeting geht. Es ist kaum anzunehmen, dass der typische Nutzer des „Erstdienstes“, wenn und soweit er in die Nutzung seiner Daten für den ersten Dienst eingewilligt hat, die Weitergabe an – womöglich beliebige – dritte Diensteanbieter mitbedacht hat (soweit er sich überhaupt Gedanken gemacht hat). Und selbst wenn der Nutzer dies bedacht hätte, würde gelten: Je mehr Dritten die Daten weitergegeben würden, desto größer würde das Problem der in der Praxis nicht effektiv durchführbaren Kontrolle von Verwendungsbeschränkungen der Daten

und damit die Risikosituation für den Nutzer. Eine Pseudonymisierung oder Anonymisierung der Daten hülfe in dieser Situation nur bedingt und wäre zudem nach bisherigen Erfahrungen mit der Weiterentwicklung von De-Anonymisierungsmethoden womöglich nicht zukunftsfest (siehe dazu bereits oben unter Ziffer (324)). Ob eine beschränkte Öffnung von Datenbeständen, nämlich für einen Zugriff lediglich auf aggregierte Daten dieses Problem zukunftsfest lösen könnte, kann nur anhand der konkreten Aggregation beurteilt werden. In der Sache unternahm beispielsweise Googles „Privacy Sandbox“-Projekt und konkret dessen Unterprojekt „Federated Learning of Cohorts“ (FLoC) einen Versuch, die Datenschutzprobleme mit einer Form der Aggregation bereits auf der Ebene des Web-Browsers zu lösen (siehe dazu näher unten unter Ziffer (375)ff.). Den Browser sollten dabei nur aggregierte Daten verlassen. Die Diskussionen um womöglich nach den bisherigen Entwürfen dennoch bestehende Möglichkeiten zur Durchbrechung der Aggregation und Identifizierung einzelner Nutzer³⁰² deuteten allerdings darauf hin, dass eine tatsächlich und zukunftssicher funktionierende Aggregationslösung eine alles andere als triviale Aufgabe sein könnte. Zwischenzeitlich wurde dieser Lösungsansatz zugunsten eines neuen Lösungsansatzes namens „Topics“ aufgegeben, welcher eine beschränkte Zahl werberelevante Nutzerinteressen ermittelt und im Browser speichert.³⁰³

v. Reduktion der Wirkung von Netzwerkeffekten durch Interoperabilität

- (368) Ansetzen könnte man – fünftens – bei den Netzwerkeffekten, soweit die Datengenerierung der (Plattform-) Anbieter stark auf diesen beruht. Letzteres kommt für nutzerseitige Dienste, aber auch für B2B-Dienste etwa im Werbebereich in Betracht. Indem den großen (Plattform-) Anbietern aufgegeben würde, die Interoperabilität³⁰⁴ mit anderen An-

³⁰² Vgl. etwa <https://www.eff.org/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea>; <https://www.wired.com/story/google-floc-privacy-ad-tracking-explainer/>; <https://www.tomsguide.com/news/google-chrome-floc-is-replacing-cookies-what-it-means-for-your-privacy>; <https://digiday.com/marketing/as-ad-tech-firms-test-ways-to-connect-googles-floc-to-other-data-privacy-watchers-see-fears-coming-true/>; <https://blog.mozilla.org/en/privacy-security/privacy-analysis-of-floc/>.

³⁰³ <https://www.heise.de/news/Cookie-Nachfolge-Google-beerdigt-FLoC-6337936.html> ; <https://www.heise.de/news/Cookie-Ersatz-Topics-Googles-Modell-fuer-Online-Werbung-6350914.html>; https://www.theregister.com/2022/01/26/google_floc_topics/; <https://www.theverge.com/2022/1/25/22900567/google-floc-abandon-topics-api-cookies-tracking>; Darstellung durch Google selbst unter <https://blog.google/intl/de-de/produkte/android-chrome-mehr/topics-api-im-privacy-sandbox/>.

³⁰⁴ Zum facettenreichen und variablen Begriff der Interoperabilität und zu den verschiedenen Ansätzen, eine solche herzustellen, siehe am Beispiel Messenger- und Video-Dienste

bietern herzustellen, d. h. die Fähigkeit zumindest in einem bestimmten Maße zusammenzuarbeiten, könnte man ihnen zumindest einen gewissen Vorsprung aufgrund von Netzwerkeffekten nehmen.³⁰⁵ Die Netzwerkeffekte kämen vielmehr allen Anbietern zu Gute. Das Ziel bestünde darin, einen bestehenden Vorsprung der führenden (Plattform-) Anbieter bei den Nutzerzahlen für Wettbewerber angreifbarer zu machen. Dies könnte im Ergebnis das weitere Wachstum der bis dahin führenden (Plattform-) Anbieter bremsen oder sogar zurückführen und damit in der Folge einen ggf. bei ihnen bestehenden Vorteil bei der Gewinnung von Daten. Mit maximaler Konsequenz durchgeführt würden letztlich Protokolle – auf denen die Interoperabilität gründet – insgesamt an die Stelle von Anbietern als Plattformen treten³⁰⁶ bzw. das Protokoll wäre die Plattform: Jeder Marktteilnehmer, der das Protokoll implementiert bzw. eine Implementierung nutzt und von den anderen Implementatoren nicht als Kommunikationspartner blockiert wird, wäre ein Teil der Plattform und könnte an den Netzwerkeffekten teilhaben.

Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste, Zwischenbericht „Branchenüberblick und Stimmungsbild Interoperabilität“, Seite 35ff, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_MessengerVideoDienste_Zwischenbericht.html?nn=9624654;
 Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch (12. Sektorgutachten), Ziffer 205ff, verfügbar unter <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sektorgutachten-telekommunikation/375-12-sektorgutachten-telekommunikation-2021.html>.

³⁰⁵ Eine solche Maßnahme ist beispielsweise im europäischen Digital Markets Act (DMA) für Messaging-Anwendungen enthalten (verfügbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-17-2022-INIT/de/pdf>). Nach dessen Art. 7 müssen Gatekeeper künftig nach einer entsprechenden Designierungsentscheidung der Europäischen Kommission bestimmte Grundfunktionen nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste mit entsprechenden Diensten anderer Anbieter auf deren Wunsch hin interoperabel gestalten (jedoch nicht umgekehrt, d. h. die Verpflichtung ist asymmetrisch ausgestaltet). Dafür gilt ein gestufter Zeitplan. In seiner Verhandlungsposition für das Trilogverfahren war das Europäische Parlament noch weiter gegangen und hatte vorgesehen, neben nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten auch Dienste sozialer Netzwerke, falls sie jeweils als zentrale Plattformdienste von Gatekeepern angeboten werden, einer Zusammenschaltungs-Verpflichtung (Interconnection) mit entsprechenden Diensten Dritter zu unterwerfen (Art. 6 Abs. 1 Buchstabe fa und fb des Entwurfs, siehe <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20211210IPR19211/gesetz-uber-digitale-markte-parlament-bereit-fur-verhandlungen-mit-rat> und https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0499_DE.html). Eine solche Zusammenschaltung impliziert als notwendige Voraussetzung eine Form der Interoperabilität, allerdings nicht notwendigerweise eine vollständige. Der Entwurf des Rates enthielt allerdings keine vergleichbare Verpflichtung.

³⁰⁶ Ausführlich Masnick, Protocols, Not Platforms: A Technological Approach to Free Speech, <https://knightcolumbia.org/content/protocols-not-platforms-a-technological-approach-to-free-speech>.

- (369) Welche Folgen die Herstellung von Interoperabilität insgesamt hat, wird allerdings kontrovers diskutiert.³⁰⁷ Dabei wird auch die Gefahr gesehen, dass Interoperabilität den Wechsel der Nutzer weg von einem bis dato sehr weit führende Anbieter eher hemmt, weil sich beispielsweise alternative Anbieter weniger gut mit funktionellen Vorteilen davon abheben könnten.³⁰⁸ Ein auf die Herstellung von Interoperabilität gerichteter Ansatz wirft zudem einige weitere Fragen grundsätzlicher Art auf, etwa in Bezug auf den Datenschutz³⁰⁹ oder die Interoperabilität speziell von Systemen mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung.³¹⁰ Eine zweite Frage grundsätzlicher Art eines „Protokolle statt Plattformen“-

³⁰⁷ Das Bundeskartellamt hat speziell für den Unterfall der Messenger- und Videodienste im Rahmen einer Sektoruntersuchung auch Marktteilnehmer in diesem Bereich zu ihrer Haltung zu Interoperabilität und insbesondere entsprechenden Verpflichtungen befragt. Die Antworten waren überwiegend zurückhaltend bis ablehnend. Siehe Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste, Zwischenbericht „Branchenüberblick und Stimmungsbild Interoperabilität“, Seite 53ff, verfügbar unter

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_MessengerVideoDienste_Zwischenbericht.html?nn=9624654; Insgesamt restriktiv zu einer Interoperabilitätsverpflichtung für den Unterfall der nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienste auch Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch (12. Sektorgutachten), Ziffer 234ff, verfügbar unter <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sektorgutachten-telekommunikation/375-12-sektorgutachten-telekommunikation-2021.html>; zum gleichen Thema Bundesnetzagentur, Interoperabilität zwischen Messengerdiensten –Überblick der Potenziale und Herausforderungen, Diskussionspapier, verfügbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Digitales/OnlineKom/diskussionspapier_IOP.pdf?__blob=publicationFile&v=3; zur aktuellen Diskussion rund um die oben erwähnte Vorgabe von Interoperabilitätsverpflichtungen für Messenger durch den europäischen DMA siehe auch <https://netzpolitik.org/2022/interoperabilitaet-fuer-whatsapp-was-passiert-mit-der-ende-zu-ende-verschlueselung/#netzpolitik-pw>; <https://www.heise.de/hintergrund/EU-und-IETF-gegen-babylonische-Messenger-Verwirrung-7096423.html> sowie <https://www.heise.de/hintergrund/Interoperabilitaet-als-Regulierungsinstrument-fuer-Social-Media-Plattformen-6345726.html>.

³⁰⁸ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste, Zwischenbericht „Branchenüberblick und Stimmungsbild Interoperabilität“, Seite 48, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_MessengerVideoDienste_Zwischenbericht.html?nn=9624654.

³⁰⁹ Zu möglichen Auswirkungen von Interoperabilität auf den Datenschutz siehe Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste, Zwischenbericht „Branchenüberblick und Stimmungsbild Interoperabilität“, Seite 65f, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_MessengerVideoDienste_Zwischenbericht.html?nn=9624654.

³¹⁰ Siehe hierzu etwa <https://www.golem.de/news/interoperabilitaet-bei-messengern-habt-euch-doch-bitte-alle-lieb-2112-161699.html>; Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch (12. Sektorgutachten), Ziffer 220, verfügbar unter <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sektorgutachten-telekommunikation/375-12-sektorgutachten-telekommunikation-2021.html>.

Ansatzes ist die nach den Auswirkungen auf die Innovationschancen und die Innovationsgeschwindigkeit.³¹¹ Eine Weiterentwicklung jedenfalls von vollständig interoperablen Funktionalitäten unter diesem Ansatz verlangt notwendigerweise, dass alle Beteiligten die Weiterentwicklung übernehmen und implementieren. Typischerweise wird auch die Weiterentwicklung selbst als koordinierter Vorgang mit unterschiedlichen Teilnehmern stattfinden; mit Blick auf das Verhindern der einseitigen Ausrichtung an den Interessen eines Unternehmens kann dies auch notwendig sein. Dies erfordert Koordinierungs- und Einigungsaufwand und könnte daher tendenziell die Entwicklung neuer Funktionen oder die Verbesserung vorhandener Funktionen verlangsamen. Es kann eben nicht ein Unternehmen allein einen wettbewerblichen Vorstoß unternehmen und eine neue Funktion für alle Nutzer verfügbar machen. Dies kann auch die Anreize für ein Unternehmen insgesamt, Weiterentwicklungen vorzunehmen, verringern. Auf der anderen Seite könnte eine interoperable Basis an Funktionen, die allen zugänglich ist, auch eine bessere Basis für Innovationen und damit Differenzierungsmerkmale bei Zusatzfunktionen schaffen, die auf dieser Basis aufbauen. Es erscheint daher aus einer eher technischen Perspektive gut denkbar, dass sich ein auf Interoperabilität aufbauendes Modell prima facie eher für solche Dienste – oder bei z. B. auf „Kernfunktionen“ begrenzter Interoperabilität solche Dienstteile – eignet, die weitgehend reif und „ausentwickelt“ sind und bei denen daher die zu erwartende Innovationsgeschwindigkeit nicht mehr allzu hoch ist.³¹² Die Frage ist allerdings, ob und wie man einen solchen Entwicklungsstand identifizieren könnte. Ein Blick auf die Entwicklungsgeschwindigkeit des Dienstes in den jeweils direkt zurückliegenden Jahren mag einen Anhaltspunkt liefern. Dieser „Blick zurück“ wird jedoch für sich nicht oder zumindest nicht völlig ausschließen können, dass es in der Zukunft doch noch zu einem „Entwicklungssprung“ kommt. Möglicherweise stellt sich dann die Frage, ob

³¹¹ Siehe hierzu am Beispiel Messenger- und Video-Dienste Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste, Zwischenbericht „Branchenüberblick und Stimmungsbild Interoperabilität“, Seite 45f, 60ff verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_MessengerVideoDienste_Zwischenbericht.html?nn=9624654; siehe zum Messaging-Protokoll XMPP als Beispiel <https://snikket.org/blog/products-vs-protocols/>.

³¹² Der DMA etwa beschränkt die Interoperabilitätsverpflichtung auf eine Liste von sogenannten Basisfunktionen und sieht für diese zudem eine zeitlich gestufte Umsetzung vor (Art. 7 Abs. 1, 2).

der interoperabel auszugestaltende Teil an Funktionalitäten nachträglich erweitert werden muss, jedenfalls wenn die neuen Funktionalitäten eine bestimmte Bedeutung im Alltag der Nutzer erreicht haben.

- (370) Schließlich könnte sich – drittens – die Frage nach einer möglicherweise sinnvollen oder gar notwendigen Absicherung einer protokollbasierten Plattform gegen eine Übernahmestrategie einzelner Unternehmen stellen, die als „embrace and extend (and extinguish)“ bekannt geworden ist.³¹³ Hierbei übernimmt ein Unternehmen das Protokoll, das einen Standard darstellt, als Basis für seine eigene Leistung, erweitert dieses aber um proprietäre Eigenschaften und benutzt die so entstehende Differenz anschließend zu Verdrängungszwecken gegen seine auf der Basis des Standards operierenden Wettbewerber.
- (371) Das Vorstehende schließt aber auch nicht aus, dass man in einer Abwägung der Probleme und Gefahren einer im Markt dominierenden Plattform eines einzelnen Unternehmens gegen das Risiko der Innovationsverlangsamung je nach den gegebenen Umständen auch außerhalb sehr „reifer“ Dienste zu dem Ergebnis gelangen könnte, das Risiko einer reduzierten Innovationsgeschwindigkeit einzugehen, oder dies zumindest bei „Kernfunktionen“, wenn bei diesen das Entwicklungspotential als jedenfalls nicht mehr allzu hoch erscheint. Dies gilt insbesondere in jenen Fällen, in denen die Alternative die dauerhafte oder zumindest längerfristige Vorherrschaft einer einzelnen Plattform oder günstigstenfalls eine langsame Abfolge einzelner solcher Plattformen durch „Wettbewerb um den Markt“ bei einem Dienst ist, dem eine zentrale Bedeutung für die Gesellschaft oder ein großes Einflusspotential auf diese innewohnt. Denn in solchen Fällen stellt sich die Frage, ob die Macht der jeweiligen Plattform und das Risiko ihres Missbrauchs nicht so groß sind, dass eine Verhaltensregulierung dieser Plattform – wenn sie praktisch denn überhaupt durchführbar ist – nicht genügt, sondern es vielmehr notwendig erscheint, „Wettbewerb im Markt“ herzustellen und so die Quelle der Macht zu beseitigen. Dabei wäre

³¹³ Siehe etwa

<https://web.archive.org/web/20180523190053/https://www.economist.com/node/298112>; vertiefend Woodard/West, Strategic Responses to Standardization: Embrace, Extend or Extinguish?, in: Cattani/Ferriani/Frederiksen/Täube (Ed.), Project-Based Organizing and Strategic Management (Advances in Strategic Management, Vol. 28), <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/S0742-3322%282011%290000028014/full/html>.

allerdings sichzustellen, dass sich nicht Szenarien realisieren, in denen die bisher führende Plattform in die Rolle einer zentralen Stelle hineinwächst, weil die anderen Plattformen es vorziehen, über sie auch untereinander zu interagieren.³¹⁴

4. Teilaspekt: Maßnahmen speziell einzelner Marktteilnehmer mit (möglicherweise) asymmetrischen Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Datenverarbeitung

a. Szenario

(372) Auch Unternehmen, die kraft der Verbreitung ihrer Dienste oder ihrer Software Einfluss auf größere Teile des „Betriebssystems des Internets“ nehmen können, vermögen unter Umständen Maßnahmen zu treffen, die asymmetrische Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Datenverarbeitung anderer Unternehmen erwarten lassen. „Möglichkeiten der Datenverarbeitung“ ist dabei zunächst weit zu verstehen, es kommen in einer solchen Situation beispielsweise auch Einflüsse auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen kraft der Kontrolle des Zugangs zu Programmierschnittstellen (APIs), die für wettbewerbsrelevante Funktionen von Bedeutung sind, in Betracht. Von wettbewerblichem Interesse sind im hier relevanten Kontext insbesondere Szenarien, in denen die betreffenden Maßnahmen die Möglichkeiten anderer Unternehmen zur Erhebung und Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten reduzieren, während dies für das die Maßnahme treffende Unternehmen nicht oder nicht in gleicher Weise der Fall ist.

b. Beispiele

(373) In den letzten Jahren gab es mehrere Maßnahmen Googles, aber auch beispielsweise Apples, die unter dem gerade skizzierten Gesichtspunkt diskutiert wurden.

(374) Ein aktuelles Beispiel ist eine Änderung Apples. Das Unternehmen lässt seit dem Jahr 2021 bestimmte, von ihm näher umschriebene Formen des Trackings für App-Anbieter und die Nutzung des unter seinem mobilen Betriebssystem iOS bereitgestellten Werbe-Identifizierers IDFA durch eine App und deren Anbieter nur noch dann zu, wenn der Nutzer einer entsprechenden Nachfrage gesondert zustimmt (App Tracking Transparency (ATT), siehe hierzu bereits oben unter Ziffer (257)). Ergänzt wird diese Maßnahme um eine Änderung in den Bedingungen des AppStores, wonach sich der Anbieter der App

³¹⁴ Entsprechende Befürchtungen nennt beispielsweise <https://www.golem.de/news/interoperabilitaet-bei-messengern-habt-euch-doch-bitte-alle-lieb-2112-161699.html>.

verpflichtet, die Entscheidung des Nutzers auch anderweitig zu respektieren und sie nicht, etwa durch die Sammlung anderer Daten, aus denen ein alternatives identifizierendes Merkmal gebildet werden kann, zu umgehen.³¹⁵ Dies hat zu kritischen Äußerungen anderer Unternehmen geführt, die sich dadurch in ihren Möglichkeiten zur Datenerhebung beeinflusst sehen.³¹⁶ Bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung dieses Ansatzes können auch die Datensammlung und -verwertung von Apple selbst eine Rolle spielen. Das Bundeskartellamt hat im Juni 2022 ein Verfahren zur kartellrechtlichen Prüfung der Tracking-Regelungen Apples sowie des ATT-Frameworks eingeleitet.³¹⁷ Es geht dabei insbesondere dem Anfangsverdacht nach, dass diese Regelungen Apples eigene Angebote bevorzugt behandeln und/oder andere Unternehmen behindern könnten.

- (375) Strukturell ähnlich, wenngleich nicht (direkt) auf den Zugang zu Daten bezogen war bereits die Diskussion um die Einführung des „Werbefilter“ genannten partiellen Werbeblockers³¹⁸ in Googles Web-Browser Chrome im Jahr 2018. Gegenwärtig wird ein solches Szenario insbesondere für das sogenannte Privacy Sandbox-Projekt von Google diskutiert. Mit diesem beabsichtigt Google, insbesondere die Möglichkeit zum Tracking über sogenannte Third Party Cookies (TPC) in seinem Web-Browser Chrome zu beenden.³¹⁹ Parallel soll in Chrome auch das Tracking über andere Techniken gebremst werden. Zugleich soll als Ersatz eine Technik eingeführt werden, die letztlich das Tracking und die Bildung von Werbezielgruppen aus den erlangten Tracking-Daten in den Browser verlagern soll. Dies soll für die Nutzer im Ergebnis datenschutzfreundlicher sein. Insgesamt

³¹⁵ Siehe <https://developer.apple.com/app-store/user-privacy-and-data-use/> ; <https://www.heise.de/news/App-Store-Regeln-Apple-schreibt-Tracking-Opt-in-fest-5043714.html>.

³¹⁶ Vgl. etwa <https://onlinemarketing.de/technologie/ios-14-5-naechste-woche-idfa-update> ; <https://www.heise.de/news/Tracking-Opt-in-in-iOS-14-Weitere-Unternehmen-warnen-vor-Umsatzeinbussen-5047552.html>.

³¹⁷ Siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/14_06_2022_Apple.html.

³¹⁸ Siehe hierzu etwa <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/chome-filter-das-hat-es-mit-googles-werbefilter-auf-sich-a-1193080.html>; <https://www.heise.de/ct/artikel/Chrome-Werbefilter-Nicht-der-Untergang-des-Abendlandes-3751816.html>; <https://www.fr.de/wissen/google-fuehrt-seinem-chrome-browser-werbefilter-10984392.html>.

³¹⁹ Googles eigene Erläuterung des Privacy Sandbox-Projektes findet sich insbesondere unter <https://www.chromium.org/Home/chromium-privacy/privacy-sandbox>, <https://developer.chrome.com/docs/privacy-sandbox/> und https://www.privacysandbox.com/intl/en_us/.

umfassen die Privacy Sandbox-Pläne eine ganze Reihe von – noch in Entwicklung befindlichen – Techniken, auch für Zwecke der Werbemessung, von denen insbesondere die folgenden hervorzuheben sind:

- (376) Der wohl wichtigste Teil der Privacy Sandbox-Pläne neben der Abschaffung von TPC und der Bekämpfung anderer Tracking-Techniken war anfangs eine Technik namens Federated Learning of Cohorts (FLoC).³²⁰ Mittlerweile hat Google – nach vielfältiger Kritik an seinem FLoC-Vorschlag – diesen aufgegeben und durch einen neuen Vorschlag namens Topics ersetzt (siehe dazu bereits oben Ziffer (367)).³²¹ Nach diesem neuen Konzept soll der Browser selbst die Surf-Aktivitäten des Benutzers analysieren und daraus Interessenkategorien ableiten. Diese Interessenkategorien wie z. B. „Reisen“ können Webseiten dann abfragen. In dem Konzept entfällt insbesondere der Weg über das FLoC charakterisierende Konstrukt der Kohorten. Erhalten bleibt hingegen die Grundidee, keine Tracking-Rohdaten mehr auf den Servern einer Vielzahl von Tracking-Anbietern anfallen zu lassen, sondern nur ein Verarbeitungsergebnis bereitzustellen.

³²⁰ Diese sollte das bislang serverseitig (bei Publishern, Werbekunden oder AdTech-Anbietern) durchgeführte Verfolgen der Nutzer über verschiedene Webseiten hinweg mittels Third Party Cookies (TPC) und anderer Methoden ersetzen. Mit anderen Worten: Daten über das konkrete Surfverhalten einzelner Browser (und deren Nutzer) über eine einzelne Webseite hinweg sollten künftig auf Servern von Publishern, Werbekunden und AdTech-Anbietern möglichst nicht mehr vorliegen. Stattdessen sollte der Browser selbst künftig lokal auf dem Rechner des Endnutzers das Surfverhalten über einen bestimmten Zeitraum analysieren und es derjenigen sogenannten Kohorte zuordnen, die mit diesem Surfverhalten am engsten korrespondiert. Jeder Browser wäre danach zu einem bestimmten Zeitpunkt nur einer Kohorte zugeordnet gewesen. Kohorten hätten immer mehrere tausend Mitglieder (in den ersten Versuchsläufen mindestens 2000) umfasst, es sollte nach den Plänen tausende von ihnen geben. Jede Kohorte hätte einen bestimmten Identifizierer (eine Zahl) gehabt. Für die Zuordnung hätte der Browser die Analyse lokal auf der Basis eines Kohortenmodells durchgeführt, das er von einem Server bezogen hätte. Webseiten sollten diesen Kohorten-Identifizierer über eine Programmierschnittstelle der im Web verwendeten Scripting-Sprache JavaScript abfragen und an ihren Heimatserver senden. Mit Hilfe des so erhaltenen Kohorten-Identifizierers sollte dann eine bestimmte Werbung so angesteuert werden können, dass sie nur denjenigen Websurfern gezeigt worden wäre, deren Browser-Kohorte dabei beobachtet wurde, dass sie zum Beispiel die Webseite des Anzeigenkunden besonders häufig besucht hat, oder dass sie Interesse für bestimmte Themen oder Produkte gezeigt hat. Ein Kohorten-Identifizierer hätte sich aber auch etwa dazu verwenden lassen, Nutzern dynamisch diejenigen Inhalte auszuspielen, für die sich die von ihrem Browser berechnete Kohorte besonders interessiert hat. Googles eigene Darstellung dieser Technik findet sich unter <https://web.dev/floc/>.

³²¹ Siehe <https://www.theverge.com/2022/1/25/22900567/google-floc-abandon-topics-api-cookies-tracking>; <https://techcrunch.com/2022/01/25/google-kills-off-floc-replaces-it-with-topics/>; Darstellung durch Google selbst unter <https://blog.google/intl/de/produkte/android-chrome-mehr/topics-api-im-privacy-sandbox/>.

- (377) Mittels weiterer im Rahmen der Privacy Sandbox geplanter Techniken will Google das Tracking über andere Methoden als TPC, die häufig bereits als „Ausweichmethoden“ genutzt werden, zumindest begrenzen oder erschweren (siehe zu solchen Methoden bereits oben unter Ziffer (339)ff.). Den Methoden ist weitgehend gemeinsam, dass sie auf Ressourcen zurückgreifen, die eigentlich anderen Zwecken dienen, sich aber eben auch für das Tracking „umnutzen“ lassen.
- (378) Mit seinen Plänen nähme Google in erheblichem Umfang Einfluss auf die Möglichkeiten Dritter, künftig ein Tracking der Nutzer über verschiedene Webseiten hinweg durchzuführen. Dies liegt zunächst darin begründet, dass der Browser Chrome, wie oben unter Ziffer (296) ausgeführt, einen sehr hohen Verbreitungsgrad – je nach Region und vom Nutzer verwendeten Geräten bis in die Größenordnung von 50% bis 70% – hat. Tatsächlich kann die Wirksamkeit der Änderungen noch höher sein, als es dieser Marktanteil ausdrückt, wenn Maßnahmen Googles in der sogenannten Browser Engine, dem Kern des Browsers zur Darstellung von Webseiten, realisiert werden sollten und sich dort nur mit hohem Aufwand entfernen lassen sollten. Denn die Browser Engine von Chrome wird noch von weiteren Browsern wie Opera und Microsoft Edge (neuere Versionen) verwendet, auf die einige weitere Prozent Marktanteile entfallen.³²² Zugleich betreffen die Pläne Googles mit TPC und Fingerprinting die wichtigste und eine weitere wichtige der Techniken, die rein faktisch betrachtet für das Tracking der Nutzer verwendet werden können.
- (379) Mit diesen Plänen kann Google die Möglichkeiten dritter Anbieter, differenzierte Targeting-Produkte im Wettbewerb anzubieten, beeinflussen. Denn eine solche, auf nach bestimmten Kriterien gebildete Zielgruppen beschränkte Ausspielung von Werbebotschaften, benötigt als Vorprodukt Nutzerdaten, deren wichtigste Basis bislang TPC als Träger von Identifizierern waren.
- (380) Es ist zumindest unklar, ob und inwieweit dritten Anbietern von Targeting ein Ausweichen auf andere Identifizierer möglich ist und ob sie damit eine gleichwertige Datenqualität und -quantität als Targeting-Grundlage erreichen können. Die hierfür naheliegendsten Kandidaten stellen First Party Cookies (FPC) in TPC-Nutzungsszenarien, die „Umnut-

³²² <https://www.heise.de/news/Open-Source-Adventskalender-Die-Browser-Engine-Chromium-6291151.html>; <https://www.computerworld.com/article/3261009/googles-chromium-browser-explained.html>; umgekehrt wird allerdings von Apples Zulassungspolitik für Apps unter iOS erzwungen, dass der Chrome-Browser auf dieser Plattform ausnahmsweise die WebKit-Engine von Apple verwendet.

zung“ andere Datenspeicher im Browser für das Speichern von Identifizierern, das Fingerprinting sowie Login-Systeme dar (siehe dazu im Einzelnen bereits oben unter Ziffer (339)ff.).

- (381) In Bezug auf die „Umnutzung“ von FPC und anderer Datenspeicher als TPC-Ersatz sowie auf das Fingerprinting hat Google es als Browser-Anbieter mit einem hohen Marktanteil wiederum grundsätzlich in der Hand, auch diese alternativen Tracking-Methoden zu beschränken. Einige andere Browserhersteller haben damit bereits begonnen (siehe dazu auch oben unter Ziffer (343)). Eine solche Beschränkung der Tracking-Möglichkeiten ist, das darf nicht aus dem Blick verloren werden, dabei durchaus janusköpfig: Was für die Tracking-Möglichkeiten zum Nachteil gereicht, ist für den Datenschutz der Nutzer umgekehrt von Vorteil. Dies gilt umso mehr, als sich die Nutzer hinsichtlich dieser Methoden im Zweifel noch weniger bewusst sind, dass sie damit getrackt werden, und als hinsichtlich des Fingerprintings ihre Möglichkeiten zur technischen Gegenwehr zumindest erheblich eingeschränkt sind. Ein TPC-ähnliches Tracking durch die vorgenannten Methoden zu beschränken oder zu unterbinden, ist auch ein ausdrückliches Ziel Googles im Rahmen des Privacy Sandbox-Projektes.³²³ Die Privacy Budget genannten Aspekte der Sandbox können und sollen die Möglichkeiten zum Fingerprinting limitieren.³²⁴
- (382) Soweit dritte Anbieter von Targeting ein Ausweichen auf Login-Systeme verfolgten, wäre zu bedenken: Login-Systeme als Datenquellen für das Targeting (siehe zu diesen oben Ziffer (344)ff.) setzen voraus, dass die Nutzer diesen vertrauen, sie in substantieller Zahl auch tatsächlich nutzen und den Systemen gestattet ist, die anfallenden Daten für Targeting-Zwecke zu verwenden. Es hat dabei in jüngerer Zeit auch in Deutschland mit netID und Verimi durchaus Initiativen gegeben, solche Login-Systeme zu etablieren. Die – soweit ersichtlich – nach Nutzerzahlen bisher tatsächlich wichtigen Login-Systeme sind jedoch nicht die vorgenannten, sondern die Login-Systeme von Google und Facebook. Es bleibt abzuwarten, ob sich daran etwas ändert.

³²³ Siehe Googles eigene Erläuterung unter <https://www.chromium.org/Home/chromium-privacy/privacy-sandbox>.

³²⁴ Allerdings befürchteten Kritiker des FLoC-Vorschlags wie die US-amerikanische Bürgerrechtsorganisation EFF unter anderem, dass das für den Nutzer berechnete Kohorten-Merkmal selbst einen wesentlichen Beitrag zu einem Fingerprint leisten könnte, siehe <https://www.eff.org/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea>.

c. Bewertungsfragen

- (383) In Fällen wie den beispielhaft genannten steht regelmäßig weniger eine wettbewerbspolitische Bewertung gesetzgeberischer Maßnahmen *de lege ferenda*, als vielmehr eine Bewertung eines konkreten unternehmerischen Verhaltens *de lege lata* im Raum. Im Rahmen einer solchen kartellrechtlichen Analyse wird zumeist der Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens i. S. d. Kartellrechts als Prüfungsgegenstand in Betracht kommen. Besonderes Gewicht erhalten wird dabei in Fällen mit asymmetrischen Auswirkungen die Frage der sachlichen Rechtfertigung des jeweiligen Verhaltens. Deren Beantwortung, d. h. die Interessenabwägung, muss im Einzelfall, d. h. im konkreten Verfahren erfolgen.
- (384) Die in diesem Abschnitt diskutierten Fälle unterscheiden sich dabei von denen im vorherigen Abschnitt erörterten neben der Diskussionsebene – Rechtsanwendung an Stelle von Rechtssetzung – dadurch, dass die Maßnahme mit (potenziell) asymmetrischen Auswirkungen von einem der auf dem Markt aktiven Wettbewerber ausgeht. Wie in den Fällen von „außerhalb des Marktes“ kommender Veränderungen werden häufiger ambivalente Auswirkungen festzustellen sein, insbesondere im Verhältnis zwischen Tracking-Möglichkeiten und Datenschutz: Was ersteres einschränkt, ist den Zielen des letzteren typischerweise förderlich. In die Abwägung im Rahmen der kartellrechtlichen Rechtsanwendung geht beides ein. Dies folgt schon daraus, dass die fragliche Handlung des Marktteilnehmers in solchen Fällen notwendig – und auch rechtlich – einen mehrseitigen Charakter hat: Was auf der einen Seite Einfluss auf die dem Marktteilnehmer zur Verfügung stehenden Optionen beim Angebot von Online-Werbeprodukten (einschließlich AdTech-Produkten) hat, berührt auf der anderen Seite notwendig eine grundrechtlich geschützte Position der Nutzer. Diese Wirkung ist auch nicht davon abhängig, ob sich das Verhältnis des Marktteilnehmers zu den Nutzern in dem fraglichen Einzelfall ebenfalls als Marktbeziehung darstellt oder eher als eine Form des Eingriffs, etwa weil einem Nutzer ein Zugriff auf seine Daten nicht einmal bewusst ist.
- (385) In der Abwägung wird sich ferner die Frage stellen, ob das Ergebnis deswegen eher zu Lasten des Handelnden ausfällt, weil er selber auf dem Markt aktiver Wettbewerber ist. Vielfach wird bei der Bewertung seiner Handlung eine Vermutung mitschwingen, dass die Motivation für diese Handlung in der direkten Veränderung der Wettbewerbssituation zu eigenen Gunsten liegt, nicht oder jedenfalls nicht so sehr in der Förderung der auf

der anderen Seite sichtbar werdenden Auswirkungen anderer Art, etwa auf das Datenschutzniveau. In einer Unterscheidung zwischen Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb wäre dann eher von letzterem auszugehen. Die Frage ist, ob es sachgerecht ist, aus diesem Grund im Zweifel eher zu Lasten der Interessen des Handelnden zu entscheiden. Dagegen könnte zunächst sprechen, dass Kartellrecht – und hier insbesondere das Missbrauchsverbot und verwandte Bestimmungen – als besonderes Gefahrenabwehrrecht verstanden die objektiven Auswirkungen einer Maßnahme und die davon ausgehenden Gefahren für das geschützte Rechtsgut „Wettbewerb“ im Blick hat. Für diese objektiven Auswirkungen kommt es auf die subjektive Motivation des Handelnden nicht an. Zudem ist der von dem Handelnden mit einer bestimmten Maßnahme subjektiv verfolgte Zweck häufig schwer von außen tatsächlich feststellbar. Als Beispiel lassen sich etwa solchen Maßnahmen heranziehen, die auf der einen Seite der wettbewerblichen Auswirkungen die Marktstellung eines bereits starken Unternehmens fördern, indem seinen Wettbewerbern der Zugang zu Daten erschwert wird. Auf der anderen Seite kann darin aber gerade der Vorteil für die Nutzer auf einem anderen Gebiet (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) liegen. Und es kann in Fällen wie diesen auch nicht ohne weiteres angenommen werden, dass die subjektive Zielsetzung des Handelnden (allein) auf der erstgenannten Seite lag. Sie kann zwar denkbar darin gelegen haben, Wettbewerbern auf Werbemärkten den Zugang zu Daten für das Targeting zu erschweren und sich so einen Vorteil zu verschaffen. Dies ließe sich als Maßnahme des Nichtleistungswettbewerbs qualifizieren. Sie kann aber durchaus auch darin gelegen haben, den Nutzern ein datenschutzfreundlicheres Dienstangebot zu machen und sich so in diesem Teil des Wettbewerbs ein Argument für den Absatz der eigenen Leistung zu schaffen. Dies wiederum wäre als Element des Leistungswettbewerbs zu qualifizieren.

- (386) Wie komplex die sich stellenden Bewertungsfragen in einem konkreten Fall sein können, illustriert auch das Beispiel der bereits erwähnten Privacy Sandbox.³²⁵ Zunächst lässt sich argumentieren: Führt die Privacy Sandbox zu einer Verringerung der Marktchancen drit-

³²⁵ Zur Sicht der britischen Wettbewerbsbehörde CMA auf die Bewertungsfragen im Rahmen eines von ihr geführten Verfahrens siehe Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals, Case number 50972, 11 February 2022, Seite 27ff, verfügbar unter <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>; vgl. ferner auch die Überlegungen bei Geradin/Katsifis/Karanikioti, Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome's removal of third-party cookies from an antitrust perspective, TILEC Discussion Paper DP 2020-034, Seite 58ff, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738107.

ter Anbieter von Tracking und Targeting, so sicherte sich Google im Ergebnis möglicherweise einen größeren Anteil an der Wertschöpfung im Tracking und Targeting. Denn insbesondere mit dem Teilprojekt Topics übernahm Google dann für eine substantielle Zahl an Werbeauspielungen Aufgaben, die bisher unabhängige Anbieter erbracht haben. In letzter Konsequenz drängte sich die Frage auf, ob dies mittelfristig nicht weit über die Dienstleistungen Tracking und Targeting hinaus Folgen hätte und zur Ersetzung mehr oder weniger des gesamten Programmatic Advertising-Systems durch ein von Google kontrolliertes vertikales System nach dem Muster von Google Ads führte. Technisch erscheint dies in dieser Absolutheit zwar nicht zwingend notwendig. Es existieren auch heute von Google (und Facebook) unabhängige Systeme. Allerdings setzen diese eben, wenn sie keine eigenen Komponenten im Web-Browser verankern können, voraus, dass sie den Nutzer in irgendeiner Form tracken können (siehe oben). Anderenfalls müssen sie für Tracking und Targeting auf Googles Dienstleistungen zurückgreifen, zumindest soweit die Nutzer den Browser-Chrome verwenden

- (387) Die Einflussnahme von Google auf die Möglichkeiten Dritter, Tracking vorzunehmen und Targeting-Möglichkeiten überhaupt oder in einer bestimmten Qualität anzubieten – d. h. absolut betrachtet – ist jedoch nur ein Teilaspekt der Folgen der Privacy Sandbox. Ein weiterer Teilaspekt betrifft die Frage, wie sich die entsprechenden Möglichkeiten Googles relativ zu den Möglichkeiten dritter Anbieter verändern würden. Denn rein technisch betrachtet stünden Google künftig relativ gesehen womöglich weitergehende Möglichkeit für Tracking und Targeting zur Verfügung als den dritten Anbietern. Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen kontrolliert Google insbesondere mit dem Betriebssystem Android und dem Webbrowser Chrome sowie seinem Portfolio an nutzerseitigen und Webseitenbetreiber-seitigen Diensten wie Search, Maps, Gmail, Analytics u. a. wichtige Kontaktpunkte zu Nutzern in sehr hoher Zahl, an denen Daten anfallen können,³²⁶ die Google für Tracking und Targeting nutzen kann, ohne dass sie notwendig von den vorgenannten Einschränkungen, wie sie für Dritte gelten sollen, betroffen sind.³²⁷

³²⁶ Vgl. auch Bundeskartellamt, Entscheidung vom 30. Dezember 2021, Az. B7 – 61/21 – *Google: Verfahren zur Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung nach § 19a Abs. 1 GWB*, Tz. 144ff, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2021/B7-61-21.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

³²⁷ Siehe hierzu auch die Bedenken der CMA, Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals, Case number 50972, 11 February 2022, Seite 35ff, verfügbar unter <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>. Die letztlich von der CMA im Rahmen der Entscheidung akzeptierten

Zum anderen bestimmte Google über die Anzahl und die konkrete Ausprägung und Abgrenzung der einzelnen Interessenkategorien des Topics-Systems die Granularität und Nützlichkeit der Targeting-Möglichkeiten, die Dritte noch anbieten können. Jenseits des primär betroffenen Marktsegmentes der Display-Werbung bestimmte Google damit zudem notwendig immer auch den wettbewerblichen „Abstand“ zu den Targeting-Möglichkeiten bei Google-Suchwortwerbung mit.

- (388) Auf der anderen Seite kann die Abkehr von der gegenwärtig praktizierten, auf sehr viele Marktteilnehmer verteilten Rohdatenerfassung und Rohdatenveredelung auch sehr deutliche Privacy-Vorteile haben. Denn wenn je nach Ausgestaltung künftig sehr viel weniger Entitäten Zugriff auf die Daten in einer datenschutzrechtlich (besonders) sensiblen Form haben können, dann hilft dies, den Umgang damit besser zu kontrollieren – oder überhaupt erst einmal effektiv zu kontrollieren (siehe dazu bereits oben Ziffer (329)ff.). Auch damit hat die Komplexität jedoch noch nicht ihren Endpunkt erreicht. Denn in Bezug auf die Datenschutzwirkungen kann die konkrete Lösung zur Umsetzung dieser Abkehr in der Privacy Sandbox u. U. auch negative Aspekte haben: Für FLoC und die Art seiner Integration in den Browser wurde diskutiert, ob es für Nutzer dadurch schwerer wird, das (nunmehr) Browser-lokale Tracking und damit das Targeting zu unterbinden.³²⁸ Diskutiert wurde ferner, ob das im Rahmen von FLoC vom Browser kalkulierte Kohorten-Merkmal selbst wiederum das Fingerprinting der Nutzer erleichtern könnte.³²⁹ In Bezug auf den Datenschutz der Nutzer wäre beides ein Nachteil gewesen. Entsprechendes gilt, falls auch der FLoC-Nachfolger Topics solche Gefahren in einem nennenswerten Umfang bergen sollte.

Verpflichtungszusagen Googles unternehmen es, dies durch die Verpflichtung Googles zur Nichtnutzung bestimmter Datenquellen zu adressieren, vgl. Section G. der Zusagen (verfügbar wie vor).

³²⁸ Diese Gefahr sah auch die britische Wettbewerbsbehörde CMA, auch für den Nachfolger Topics, vgl. Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals, Case number 50972, 11 February 2022, Seite 48f, verfügbar unter <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>; vgl. hierzu auch die Bewertung der US-amerikanischen Bürgerrechts-NGO EFF, Google’s FLoC Is a Terrible Idea, <https://www.eff.org/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea>.

³²⁹ Siehe etwa die Stellungnahme des Browser-Anbieters Mozilla, Privacy analysis of FLoC, <https://blog.mozilla.org/en/mozilla/privacy-analysis-of-floc/>; EFF, Google’s FLoC Is a Terrible Idea, <https://www.eff.org/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea>.

E. Lösungsansätze für wettbewerbliche Probleme aufgrund der Kontrolle über wichtige und komplexe Teilsysteme des Internets mit weitreichender Bedeutung für (nicht suchgebundene) Online-Werbung

I. Situation

- (389) Nimmt man die in Abschnitt C. wiedergegebenen, im Rahmen dieser Sektoruntersuchung geäußerten Wahrnehmungen von Marktbeteiligten in den Blick, die Einleitung eines Verfahrens durch die Europäische Kommission gegen Google zu mehreren Themenkomplexen im Zusammenhang mit nicht suchgebundener Online-Werbung,³³⁰ das von der französischen Wettbewerbsbehörde Autorité de la Concurrence geführte Verfahren gegen Google wegen einer Bevorzugung der Google eigenen SSP/AdExchange durch den Google-eigenen Publisher-AdServer und umgekehrt³³¹ sowie das unten unter Ziffer (399) näher beschriebene Verfahren der britischen CMA gegen Google wegen der „Privacy Sandbox“,³³² so lässt sich aus den geschilderten bzw. in den in den Verfahren in Bezug genommenen Sachverhalten bei einer übergreifenden Betrachtung eine ungewöhnliche, in anderen Branchen kaum in vergleichbarer Weise beobachtbare Situation herauslesen: Mit Google ist ein Unternehmen an einer Vielzahl an Punkten eines hoch komplexen und verwobenen Systems präsent, das nicht nur die technische Basis des World Wide Webs aus Nutzersicht darstellt, sondern ebenso die technischen Grundlagen für die Auslieferung von Online-Werbung, insbesondere auch nicht suchgebundener Online-Werbung, legt. Dieses System reicht vom Nutzergerät und der darauf laufenden Software über die Server, mit deren Hilfe Online-Werbung gehandelt, ausgespielt und gemessen wird bis hin zu nutzerseitigen Dienstleistungen und Funktionen, die einerseits mit Online-Werbung finanziert werden, andererseits aber auch Einfluss auf den Erfolg bestimmter Werbeformen und Werbeanbieter haben können. Die Präsenz Googles in diesem System impliziert dabei eine Form von Kontrolle, vor allem an jenen Punkten des Systems, an denen die Google-Lösungen, teils sogar mit großem Abstand, marktführend sind. Dies bedeutet

³³⁰ Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 22.06.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143.

³³¹ Siehe <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/regarding-practices-implemented-online-advertising-sector>.

³³² Siehe <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>.

aber auch eine Kontrolle Googles über eine hohe Zahl, mutmaßlich hunderte, technischer „Stellschrauben“, die sich zumindest zum Teil auch gegenseitig beeinflussen und die theoretisch in ganz unterschiedlichen Kombinationen genutzt werden können, um die Ergebnisse des Systems im Sinne des Gestalters des Systems zu beeinflussen. Zu den wichtigsten Herkunftsfeldern dieser Stellschrauben zählen die folgenden:

- Google kontrolliert mit dem Web-Browser Chrome – entsprechend dessen Marktanteil – zu 50% bis 70% die technische Plattform für stationäre und mobile Anwendungen im Web. Heute ist ein Web-Browser de facto ein „Betriebssystem oberhalb des Betriebssystems“ als Basis für solche Anwendungen, die vom klassischen Fall der Suchmaschine über Mailprogramme und Office-Suiten bis hin zu Spielen reichen. Parallel kontrolliert Google das mobile Betriebssystem Android, eine technische Plattform für mobile Anwendungen als App. Beide zusammen stellen sich als überragend wichtige Software für den Zugang zu Diensten im Internet dar, deren Ausgestaltung erhebliche Wirkungen auch auf die Werbemärkte haben kann. Beispiele für solche Wirkungen sind:
 - Google hat im Jahr 2018 einen als Werbefilter bezeichneten partiellen Ad-blocker in Chrome integriert.³³³ Der Filter ist zwar gegenwärtig so implementiert, dass er nur vergleichsweise wenig Werbung blockiert. Er zeigt jedoch, dass Google damit letztendlich definieren kann, was „zulässige“ Werbung ist und was „störend“ ist, auch wenn es sich zur Abgrenzung gegenwärtig auf ein Gremium namens Coalition for better ads³³⁴ stützt.
 - Gegenwärtig befindet sich Google in der Einführung einer veränderten Schnittstelle für sogenannte Erweiterungen in Chrome, das sogenannte „Manifest V3“. Erweiterungen sind Programme, die sich in den Browser einfügen und dessen Funktionalitäten ergänzen oder verändern. Dies wird z. B. von Adblockern oder Tracking-Blockern von Dritten genutzt. Bestimmte Veränderungen in „Manifest V3“ haben Befürchtungen darüber ausgelöst, dass

³³³ <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/chrome-filter-das-hat-es-mit-googles-werbefilter-auf-sich-a-1193080.html>; <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Analyse-zu-Chromes-Werbefilter-Der-Bisschen-Blocker-3969412.html>.

³³⁴ <https://www.betterads.org/>.

sich Adblocker in Chrome künftig nur noch mit geringerer Wirkung implementieren lassen.³³⁵

- Google hat im Rahmen seines Privacy Sandbox-Projektes (siehe dazu oben bereits Ziffer (375)ff.) angekündigt, TPC in Chrome zu unterbinden. Dies beeinflusst, welche Möglichkeiten andere Unternehmen als Google haben, Nutzer über viele Webseiten hinweg zu beobachten und zu verfolgen (zu tracken) und so Profile der Nutzer zu bilden. Dies wiederum beeinflusst, wie gut die Targeting-Möglichkeiten, d. h. die Optionen zur zielgerichteten Ausspielung von Werbung, sind, die Dritten zur Verfügung stehen. Je nach Ausgestaltung hat das Privacy Sandbox-Projekt, das aus einer größeren Anzahl von Einzelvorhaben besteht, das Potential, die gesamte AdTech-Marktstruktur massiv zu verändern.
- Ähnliches wie in den vorstehenden Punkten Werbefilter/-blocker, TPC und Privacy Sandbox zum Web angeführt, gilt auch grundsätzlich für das mobile Betriebssystem Android. Hier verfügt Google über zwei Haupt-Einflussvektoren: Neben der Möglichkeit zur Definition von Anforderungen, die Apps erfüllen müssen, damit sie zur Vertriebsplattform PlayStore zugelassen werden, ist dies die Hoheit über die Definition von Programmierschnittstellen (APIs) unter Android.
 - i. In seinen Programmrichtlinien für Entwickler³³⁶ als Bestandteil der Vertriebsvereinbarung für Entwickler³³⁷ macht Google eine Reihe von Vorgaben für Werbung,³³⁸ die App-Anbieter unter Android erfüllen müssen, wenn sie ihre App über den Google Play Store vertreiben möchten. Zwar ist es technisch in der Regel möglich, Apps auf mobilen Geräten mit dem Betriebssystem Android auch aus anderen

³³⁵ EFF, Chrome Users Beware: Manifest V3 is Deceitful and Threatening, <https://www.eff.org/de/deeplinks/2021/12/chrome-users-beware-manifest-v3-deceitful-and-threatening>; <https://www.golem.de/news/adblock-plus-ublock-origin-chrome-fuehrt-umstrittene-api-ein-2012-152779.html>.

³³⁶ <https://play.google.com/intl/de/about/developer-content-policy/>.

³³⁷ https://play.google.com/intl/ALL_de/about/developer-distribution-agreement.html.

³³⁸ <https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/9857753#1&2&3&4&5&6&7&8&9>; zu einer jüngst erfolgten Aktualisierung siehe <https://www.heise.de/news/Play-Store-Google-schraenkt-Werbeeinblendungen-in-Apps-ein-7193532.html>.

Quellen als dem Play Store zu installieren, entweder direkt aus einer heruntergeladenen Installationsdatei oder auf einem alternativen Store für Apps. In der Praxis ist dies für die Anbieter von Apps bislang jedoch eine wesentlich schlechter funktionierende Vertriebsalternative, da es auf diesem Weg sehr viel schwerer ist, eine große Zahl von Nutzern zu erreichen und zu einer Installation der App zu veranlassen.³³⁹

- ii. Programmierschnittstellen definieren und limitieren, welchen Funktionalitäten Apps anbieten und nutzen können, auch in Bezug auf Online-Werbung. Bei den APIs unter Android ist der Spielraum Googles zu deren Ausgestaltung tendenziell noch etwas größer als bei jenen für die Web-Plattform, weil für letztere zumindest formell noch die Standardisierung in Gremien wie dem W3C und der WhatWG existiert, auch wenn Google aufgrund des hohen Marktanteils seines Browser Chrome regelmäßig gute Chancen haben dürfte, Schnittstellen unilateral durchzusetzen oder zumindest stark zu prägen. Die APIs von Android definiert jedenfalls alleine Google.
- Google deckt als Anbieter praktisch das gesamte Spektrum der für die Vermarktung nicht suchgebundener Online-Werbung Dritter relevanten technischen Dienstleistungen ab – sowohl bei integrierter Vermarktung als auch beim Programmatic Advertising im engeren Sinne. Google ist praktisch auf der gesamten Wertschöpfungskette marktstark, insbesondere auch bei zentralen technischen Dienstleistungen. Vielfach ist es dabei der mit Abstand wichtigste Anbieter, vor allem für technische

³³⁹ Das hat verschiedene Gründe. So stuft Android die Installation von Apps aus anderen Quellen in den Werkseinstellungen als unsicher ein, was der Nutzer zunächst ändern muss (siehe etwa <https://www.heise.de/tipps-tricks/Externe-Apps-APK-Dateien-bei-Android-installieren-so-klappt-s-3714330.html>). Bei der direkten Installation von Apps aus Installationsdateien sind automatische Updates in der Regel nicht möglich. Bei alternativen Stores ist die Situation aus Sicht eines App-Anbieters eher fragmentiert (laut einer Klage von 38 Bundesstaaten in den USA komme der Play Store auf einen Anteil von über 90%, siehe <https://www.heise.de/news/Wettbewerbsverstoesse-mit-Play-Store-US-Bundesstaaten-verklagen-Google-6131540.html>). Es ist auch nicht möglich, einen alternativen Store aus dem Play Store heraus zu installieren, da die Vertriebsvereinbarung für Entwickler dies untersagt (Ziffer 4.5 in der Fassung vom 17. November 2020). Im Rahmen ihrer Gesamtbewertung der Situation hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 18. Juli 2018, Az. AT.40099 – *Google Android*, Rz. 590ff, festgestellt, dass der Google Play Store auf dem weltweiten Markt für Android App-Stores (ohne China) seit 2011 marktbeherrschend ist.

Dienstleistungen wie den Publisher-AdServer und die SSP/AdExchange (siehe oben Ziffer (74)ff.).

- Google verfügt über wichtiges Werbeflächen-Inventar, das nur über die eigenen Systeme zugänglich ist (siehe oben Ziffer (142)ff.). Das entfaltet zumindest teilweise eine Sogwirkung zu den Google-Systemen, mindestens in der Form, dass die Google-Systeme als eine Art „Anker-Angebot“ in jedem Fall genutzt werden, während die Nutzung anderer Systeme daneben eines besonderen Nutzens bedarf.
- Google verfügt laut Hinweisen von Marktteilnehmern über besonders wichtige Targeting-Daten, insbesondere aus seinen vielfältigen nutzerseitigen Diensten, die nur bei Nutzung der eigenen Systeme zugänglich sind.
- Google kann seine weit führende Suchmaschine benutzen, um Webseiten mit bestimmten Eigenschaften zu fördern oder eben nicht. Ein Beispiel ist die die Priorisierung „schnell ladender“ Seiten, die indirekt die Nutzung der von Google maßgeblich geprägten AMP-Technologie fördern konnte (siehe dazu bereits oben unter Ziffer (150)).

- (390) Eine weitere Eigenschaft des Gesamtsystems begünstigt Einflussnahmen Googles: Große Teile des Systems sind als Software-as-a-Service (SaaS) realisiert. Dies bedeutet, um eine Änderung an den „Stellschrauben“ umsetzen, muss häufig nur an zentraler Stelle, auf Servern von Google, eine Änderung vorgenommen werden.³⁴⁰ Entsprechend können solche Änderungen von außen betrachtet³⁴¹ vergleichsweise kurzfristig erfolgen.³⁴²
- (391) In vielen Fällen dürfte es auch zumindest einige Zeit benötigen, Änderungen von außen zu entdecken, falls sie nicht öffentlich kommuniziert werden sollten. Diese Opazität gilt

³⁴⁰ Dies ist anders für den Browser Chrome selbst, soweit er nicht auf serverseitige Dienste zurückgreift. Allerdings wird Chrome schon aus Sicherheitsgründen auf den Rechnern der meisten Nutzer vergleichsweise häufig aktualisiert.

³⁴¹ Was nicht bedeuten muss, dass es „nach innen“ keine vorherige Testphase gab.

³⁴² Gut illustriert diese Möglichkeit die Vornahme von A/B-Tests im laufenden Betrieb an anderer Stelle. Bei diesen modifiziert der Anbieter für einen Teil der Nutzer eine Funktion und analysiert die Ergebnisse (Beispiele auch aus dem Bereich von Google siehe Top Challenges from the first Practical Online Controlled Experiments Summit, SIGKDD Explorations, Volume 21, Issue 1 (Juni 2019), https://exp-platform.com/Documents/2019-FirstPracticalOnlineControlledExperimentsSummit_SIGKDDExplorations.pdf). Sind diese vorteilhaft, wird die Funktion für alle Nutzer eingeführt. Bereits im Jahr 2011 soll Google nach einem Bericht über 7.000 A/B-Tests vorgenommen haben, siehe <https://www.pardot.com/blog/abcs-ab-testing/>.

in besonderer Weise für diejenigen Teile des Systems, die als Software auf Servern in Googles weltweit verteilten Rechenzentren ablaufen – wie etwa die AdTech-Angebote des Unternehmens. Was genau diese hoch komplexe Software in jedem einzelnen Augenblick tut, ist von außen nur extrem schwer, wenn denn überhaupt, nachvollziehbar. In etwas schwächerer Form gilt das auch für diejenigen Teile des Systems, die auf den Rechnern der Nutzer ablaufen. Soweit diese Teile als quelloffene Software im sogenannten Quellcode³⁴³ zur Verfügung stehen, besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, deren Funktionsweise durch ein Team von Experten nachvollziehen zu lassen.³⁴⁴ Dies ist jedoch ein aufwendiger Prozess, der aufgrund der dynamischen Fortentwicklung der entsprechenden Software im Grunde ebenfalls laufend fortgeschrieben werden müsste. Soweit diese Teile nicht als quelloffene Software, sondern nur in einer vom Computer ausführbaren Form zur Verfügung stehen, wie dies für Teile von Chrome der Fall ist, wird die Analyse noch sehr viel schwieriger, da solcher Maschinencode ein sehr viel niedrigeres Abstraktionsniveau aufweist, was das Verständnis der tatsächlich ausgeführten Funktionen sehr erschwert.³⁴⁵

- (392) Zugleich liegt die Kontrolle über das System bei Google als einem Unternehmen, das einerseits mit dem System in einer Art von vertikaler Beziehung zu dessen Nutzern, insbesondere den Publishern, steht, andererseits häufig deren Wettbewerber ist. Daraus resultieren unvermeidbar Interessenkonflikte für Google. Das gilt nicht nur für den Bereich der nicht suchgebundenen Werbung, wo ein direktes Wettbewerbsverhältnis zwi-

³⁴³ Herkömmliche Programme werden meist in einer sogenannten höheren Programmiersprache verfasst (Quellcode). Diese bietet typischerweise ein höheres Abstraktionsniveau als der Instruktionssatz, den der Prozessor in einem Computer direkt versteht (sogenannter Maschinencode). Dieses Vorgehen erleichtert sowohl die Programmierung als auch die spätere Analyse der Funktionsweise der Programme. Zur eigentlichen Programmausführung werden die Programme dann entweder vor der Ausführung en bloc in Maschinencode übersetzt oder Anweisung für Anweisung interpretiert und ausgeführt. Hierfür kommen wiederum Computerprogramme zum Einsatz.

³⁴⁴ Dies gilt unter der Einschränkung, dass zusätzlich gezeigt werden müsste, dass die tatsächlich auf den Rechnern der Nutzer in einer ausführbaren Form ablaufende Software tatsächlich aus genau diesem Programmquelltext abgeleitet (übersetzt) wurde. Auch dies ist keine triviale Aufgabe.

³⁴⁵ Es gibt zwar Techniken zur Rückübersetzung in eine Form, die dem ursprünglich Quellcode ähnelt (Dekompilierung). Auch dies wiederum ist jedoch sehr aufwendig und stößt an Grenzen. Weitere Schwierigkeiten treten auf, wenn man den zunehmenden Einsatz von Methoden des maschinellen Lernens berücksichtigt. Hier gibt es keinen Quellcode mehr, aus dem sich zumindest theoretisch für jeden einzelnen Fall der Zusammenhang „Eingabe – Verarbeitung – Ergebnis“ herauslesen ließe.

schen Google und den Dritten besteht. Es hat auch Bedeutung für den Bereich der suchgebundenen Werbung, bei welcher Google mit einem Marktanteil in der Größenordnung von 90% mit großem Abstand führend ist. Auch wenn hier dementsprechend nur in wenigen Fällen ein Wettbewerbsverhältnis zu Dritten auf demselben Markt besteht, so existiert doch daneben ein Verhältnis der Randsubstitution zwischen suchgebundener und nicht suchgebundener Online-Werbung. Es liegt daher in Googles Interesse, über den „wettbewerblichen Abstand“ der beiden Werbeformen mitbestimmen zu können, und dieser hängt auch davon ab, welche Möglichkeiten des Absatzes und der Darstellung für nicht suchgebundene Werbung zur Verfügung stehen. Bei der Bewertung geäußerter Motive für bestimmte Änderungen besteht zudem das Problem, dass viele Modifikationen an einzelnen „Stellschrauben“ tatsächlich „janusköpfige“ Auswirkungen haben werden. Was beispielsweise dem Datenschutz der betroffenen Nutzer förderlich sein kann, mag durchaus zugleich die Wettbewerbsmöglichkeiten bestimmter Teile der Online-Werbeindustrie einschränken (siehe dazu bereits oben insbes. Ziffer (304)ff.).³⁴⁶ Ähnliches gilt für andere Gesichtspunkte wie Sicherheit.

II. Lösungsansätze

- (393) Angesichts der Gefahrenlage, die sich aus den beschriebenen Eigenschaften des Systems der Online-Werbung, der beschriebenen einzigartigen Position Googles darin sowie den vorhandenen Diskriminierungsanreizen ergibt, stellt sich die Frage nach einer auch langfristig wirksamen Lösungsstrategie für derartige Fälle. Hierbei kann perspektivisch die Frage naheliegen, bis zu welchem Grad Ansätze, die jeweils sehr konkret an einzelnen „Stellschrauben“ bestimmter Teilsysteme ansetzen, bei der Lösung etwaiger Wettbewerbsprobleme an Grenzen stoßen könnten. Zum einen kann der Verwaltungsaufwand von Verfahren hoch ausfallen, selbst wenn diese eventuell nur einzelne oder wenige der insgesamt verfügbaren Stellschrauben zum Gegenstand haben. Zum anderen verfügt der Systemgestalter über eine größere Zahl weiterer „Stellschrauben“, mit denen er die Ergebnisse des Systems ebenfalls zu seinen Gunsten beeinflussen könnte sowie über entsprechende Anreize, dies auch zu tun. Es könnte daher erforderlich werden, an mehreren Maßnahmen Googles parallel anzusetzen, um einen relevanten wettbewerblich positiven Effekt zu erreichen. Zudem bestünde immer die Gefahr, dass Google sein Verhalten

³⁴⁶ Vgl. etwa zu entsprechenden Vorhalten von Seiten der App-Anbieter im Fall der von Apples mobilem Betriebssystem iOS zur Verfügung gestellten eindeutigen Werbe-ID IDFA Mitsching/Rauda, *Zeitenwende beim Tracking des Nutzungsverhaltens durch Spiele-Apps*, MMR-Beil. 2021 Heft 08, 8 (11).

an anderen Stellen verändert, um quasi kompensatorisch auf diese Weise einen ähnlichen Effekt zu erreichen. Es kann ohnehin nicht davon ausgegangen werden, dass ein solches System, und sei es auch einmal in einem bestimmten Zustand wettbewerblich „abgenommen“, statisch bleiben wird. Dies ist nach allen Erfahrungen mit der Dynamik des Internets unrealistisch. Das System wird laufend sich verändernden äußeren Einflüssen ausgesetzt sein und muss auch auf diese reagieren können. Dies wiederum würde aber dem Systemgestalter laufend neue Möglichkeiten eröffnen, das Ergebnis des Systems zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Dies wirft insgesamt die Frage auf, ob und welche anderen Lösungsansätze geeigneter sein könnten, den Besonderheiten der Situation Rechnung zu tragen.

- (394) Ein erster, noch recht nahe an der Mechanik einer Prüfung bzw. Bewertung einzelner Handlungen liegender Ansatz wäre die Einführung von per se-Verboten für bestimmte Handlungen, wenn sie durch bestimmte Unternehmen vorgenommen werden. Ein solches per se-Verbot kann je nach Ausgestaltung die Verfahrensführung zumindest von Bewertungsfragen im Einzelfall entlasten. Solche Bewertungen können sich als sehr komplex erweisen, etwa wenn sich ein mit einem extrem großen Spielraum des Vertretbaren definierbares Konzept wie Sicherheit für den Anbieter eines Dienstes und der Datenschutz gegenüberstehen. Per se-Verbote stellen damit einen ersten Schritt zur Verschärfung und Beschleunigung der Wettbewerbsaufsicht dar. Mit dem inzwischen verabschiedeten Digital Markets Act (DMA)³⁴⁷ verfolgt der europäische Gesetzgeber grundsätzlich das Konzept solcher per se-Verbote. Der Ansatz geht damit insofern einen Schritt weiter als der im Jahr 2021 in Deutschland in Kraft getretene § 19a GWB, der es dem Bundeskartellamt ermöglicht, Unternehmen, deren Adressatenstellung es in einem individuellen Verfahren festgestellt hat, bestimmte (Arten von) Verhaltensweisen zu untersagen, dabei aber immer noch eine konkretisierende Untersagungsverfügung mit Interessenabwägung im Einzelfall, wenngleich verfahrensrechtlich eingeschränkt durch eine Darlegungs- und Beweislastumkehr, vorsieht. Sowohl der DMA als auch § 19a GWB können damit

³⁴⁷ Zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission siehe https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_de; der zum Redaktionsschluss letzte Stand findet sich unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-17-2022-INIT/de/pdf>; zum DMA und seinem Ansatz vgl. auch Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts, Hintergrundpapier zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7. Oktober 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.html, zu selbst durchsetzenden Normen ab S. 35.

auch als Wertung des europäischen und des deutschen Gesetzgebers verstanden werden, dass im Bereich der Internet-Wirtschaft tatsächlich Gefahren- und Problemlagen vorliegen, die sich mit den herkömmlichen Mitteln des Kartellrechts nicht mehr ausreichend erfassen lassen.³⁴⁸

- (395) Der DMA zielt allerdings auf „digitale Märkte“ insgesamt, bzw. ein relativ breites Spektrum an sog. „zentralen Plattformdiensten“, nicht allein auf den Teilbereich der Online-Werbung. Dennoch enthält er Vorschriften, die gerade mit Blick auf den Werbebereich interessant erscheinen. Erkennbar orientiert er sich dabei – wie auch im Übrigen³⁴⁹ – an konkret diskutierten bzw. in wettbewerbsrechtlichen Verfahren aufgegriffenen Problemkonstellationen aus der jüngeren Vergangenheit. So würde Normadressaten, sogenannten Gatekeepern, nach Artikel 5 Abs. 2 UAbs. 1 etwa untersagt, (a.) für Zwecke des Betriebs von Online-Werbediensten personenbezogene Daten von Endnutzern, die Dienste Dritter nutzen, die ihrerseits zentrale Plattformdienste des Gatekeepers in Anspruch nehmen, zu verarbeiten, (b.) in Bezug auf die von ihnen angebotenen zentralen Plattformdienste, personenbezogene Daten aus diesen zentralen Plattformdiensten mit personenbezogenen Daten aus anderen von ihm angebotenen Diensten oder mit personenbezogenen Daten aus Diensten Dritter zusammenzuführen, (c.) solche Daten diensteübergreifend zu nutzen, und (d.) Endnutzer in anderen Diensten des Gatekeepers anzumelden, um personenbezogene Daten zusammenzuführen. Dieses Verbot gilt nach UAbs. 2 dann nicht, wenn dem Endnutzer diesbezüglich gemäß der DSGVO eine spezifische Wahl gegeben wurde und er eingewilligt hat bzw. bestimmte andere Rechtfertigungsgründe nach der DSGVO vorliegen. Der DMA enthält verschiedene weitere Gebote und Verbote für Gatekeeper, die teilweise noch durch die Europäische Kommission näher konkretisiert

³⁴⁸ Entsprechend führte der deutsche Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Einführung von § 19a GWB aus (vgl. BT-Drucksache 19/23492, S. 73):

„Die bestehende Missbrauchsaufsicht hat sich grundsätzlich als effizient, schlagkräftig und flexibel erwiesen. [...] Gleichwohl besteht gesetzgeberischer Bedarf, noch besser mögliche wettbewerbsschädliche Wirkungen und Gefährdungen des Wettbewerbs im Bereich digitaler Ökosysteme, in denen einzelne Unternehmen eine sog. Gatekeeper-Funktion einnehmen, zu erfassen. [...] [Besondere] Gefährdungspotentiale, insbesondere in Folge verstärkter Möglichkeiten einer vertikalen und konglomeraten Ausnutzung wirtschaftlicher Macht, können mit den allgemeinen Regeln der Missbrauchsaufsicht allein derzeit nicht hinreichend erfasst werden.“

³⁴⁹ Vgl. hierzu auch Bundeskartellamt, Digital Markets Act: Perspektiven des (inter)nationalen Wettbewerbsrechts, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7. Oktober 2021, Seite 23ff,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2021_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

werden können. Dazu gehören beispielsweise Gebote zur Erhöhung der Transparenz über die Margen in der Vermittlung von Online-Werbung (Art. 5 Abs. 9 und 10),³⁵⁰ zur Förderung der Installation von App Stores Dritter (Artikel 6 Abs. 4) oder zum kostenlosen Zugang für Advertiser und Publisher auf Antrag zu seinen Instrumenten zur Leistungsmessung und zu den Informationen, die sie benötigen, um ihre eigene unabhängige Überprüfung des Werbeinventars vorzunehmen (Artikel 6 Abs. 8).³⁵¹

- (396) Konzeptionell knüpft der DMA damit an spezifische Verhaltensweisen an, wenngleich teils mit einer gewissen Generalisierung einhergehend. Jene Generalisierungen können sowohl Vorteile als auch Nachteile im Hinblick auf die Geschwindigkeit korrigierender Eingriffe haben. Offen ist einerseits, inwieweit sich Verhaltensvarianten, die bei der Verabschiedung insbesondere auf Basis von in der Vergangenheit bereits geführten Verfahren noch nicht bekannt oder absehbar waren, die aber eine vergleichbare Wirkung wie die bereits bekannten haben, unmittelbar erfassen lassen. Der DMA enthält insoweit ein Umgehungsverbot (Artikel 13) und eine beschränkte Möglichkeit, den Regelkatalog auf Basis einer Marktuntersuchung später zu ergänzen (Artikel 12). Auf der anderen Seite können selbst die spezifisch formulierten DMA-Verhaltenspflichten doch eine Art von Konkretisierung in einem spezifischen Verfahren notwendig machen, wie es der Entwurf in seinem Artikel 8 für bestimmte Pflichten auch vorsieht.³⁵²
- (397) Die Anwendung des aktuellen bzw. noch in Erweiterung befindlichen Instrumentariums von DMA und § 19a GWB wird jedenfalls grundsätzlich einen wichtigen Schritt in der Adressierung der bislang identifizierten Wettbewerbsbedenken darstellen. Es wird sich sodann erweisen müssen, ob auch in dem speziellen Teilbereich Online-Werbung mit seiner oben beschriebenen vielfältigen systemischen Verankerung eines einzelnen Anbie-

³⁵⁰ Siehe in diesem Zusammenhang auch die unter Tz. (203) erwähnten Schilderungen von Marktteilnehmern zur dort bisher bemängelten Transparenz.

³⁵¹ Siehe in diesem Zusammenhang auch die unter Tz. (69) erwähnten Schilderungen von Marktteilnehmern zu bisher bestehenden Einschränkungen für die Verwendung dritter Messdienstleister durch bestimmte (Plattform-) Anbieter.

³⁵² Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Ziffer 53, vorgeschlagen, die Möglichkeit des Konkretisierungsverfahrens auf alle Verhaltenspflichten zu erstrecken (<https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sondergutachten/sondergutachten-auf-eigene-initiative/371-sg-82-dma.html>). Auch bei den bislang nicht umfassten Pflichten könne es zu Schwierigkeiten bei der Auslegung der Ge- und Verbote kommen. Dies gelte umso mehr, als sämtliche Verhaltenspflichten der Art. 5 und 6 DMA auf jeden Normadressaten des DMA und damit für unterschiedliche Arten von Plattformen Anwendung fänden.

ters wie Google, der erwartbaren hohen Dynamik in der weiteren technischen Entwicklung, der technikbedingten Opazität vieler Funktionsweisen und ihrer ebenso technikbedingten schnellen Änderbarkeit ein solcher beschleunigter, allerdings auf spezifischen Verhaltensvorschriften basierender Ansatz ausreicht, erkannten Fehlentwicklungen zu begegnen. Darüber hinaus ist in einem derart dynamischen und schwer von außen durchschaubaren Wirtschaftsbereich gerade auch das Erkennen von Fehlentwicklungen und deren Ursachen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden und bedarf in der Regel vertiefter Ermittlungen, die Zeit kosten. Falls sich herausstellen sollte, dass die grundsätzlich eine verbesserte Erfassung, Vereinfachung und Beschleunigung gegenüber dem Status quo versprechenden Ansätze des DMA und des § 19a GWB langfristig nicht ausreichend wirksam sein sollten, wäre an weitergehende Maßnahmen zu denken. Dies gilt insbesondere, wenn sich im Gesamtbild zeigen sollte, dass die Situation laufend oder andauernd Anlass zu Einzeleingriffen gibt. Die mit der Anwendung des neuen Instrumentariums von DMA und § 19a GWB gesammelten Erfahrungen werden dabei helfen können, etwaige weitergehende Eingriffe, sei es auf Basis der dann bestehenden Instrumente oder einer weiteren Ergänzung, angemessen zu fundieren.

- (398) Naheliegend für solche weitergehenden Eingriffe erscheinen dabei zunächst zwei Ansatzpunkte. Der erste davon, setzte mit einer forcierten Standardisierung an den Handlungsmöglichkeiten Googles an und würde so versuchen, dass Unternehmen quasi durch Anlegen eines „Korsetts“ auf einen Weg zu bringen, der den Interessen anderer Marktteilnehmer besser Geltung verschafft. Dieser Weg bringt allerdings mehrere Probleme mit sich, insbesondere hinsichtlich des „richtigen“ Austarierens der verschiedenen Interessen im Einzelfall, aber auch hinsichtlich seiner Auswirkungen auf die Innovationsprozesse im Markt (dazu insgesamt unten 1.). Der andere Weg versuchte, die Interessenkollision (unten 2.a.) oder technische Gestaltungsmöglichkeiten durch eine Verpflichtung zur Abgabe von Aktivitäten zu beseitigen (unten 2.b.). Dies ginge von der Eingriffstiefe aus betrachtet weiter, weil es sich um strukturelle Eingriffe handelte.³⁵³ Es könnte so jedoch vermieden werden, einzelne Handlungsergebnisse in einem überaus komplexen Umfeld austarieren zu müssen.

³⁵³ Auch der DMA sieht solche strukturellen Eingriffe als eine Rückfalloption bei systematischer Nichteinhaltung seiner Verhaltensvorschriften und zugleich anhaltender, verstärkter oder erweiterter Gatekeeper-Position des betreffenden Adressaten bereits vor (Art. 18).

1. Forcierte Standardisierung

- (399) Die britische CMA hat gegen Google ein Verfahren geführt, dass die oben (Ziffer (375)ff.) bereits erwähnte Abschaffung von TPC und anderer Techniken in Chrome sowie die Schaffung von Ersatzlösungen im Rahmen der Privacy Sandbox-Initiative zum Gegenstand hatte.³⁵⁴ Sie hatte Bedenken, dass ohne ausreichende regulatorische Prüfung und Überwachung der Entwurf, die Entwicklung und die Implementierung der Privacy Sandbox das Potential habe, den Wettbewerb zu stören.³⁵⁵ Dies betreffe den Werbe- und den AdTech-Markt, indem Funktionalitäten für das Tracking von Nutzern durch Dritte beschränkt würden, während sie für Google selbst erhalten blieben. Dies betreffe ferner eine Selbstbevorzugung Googles eigener Werbeprodukte und -dienstleistungen sowie von „owned and operated inventory“. Weiter erlaube die Privacy Sandbox Google, seine marktbeherrschende Stellung auszunutzen, indem es Nutzern eine substantielle Wahl vorenthalte, ob und wie ihre personenbezogenen Daten für das Targeting und die Auslieferung von Werbung benutzt werden. Ergänzend nimmt die CMA in den Blick, dass in Bezug auf die Entwicklung der Privacy Sandbox ein Informationsgefälle zwischen Google und Dritten bestehe sowie dass angesichts der gegebenen kommerziellen Anreize ein Mangel an Vertrauen Dritter in Googles Absichten bei der Entwicklung der Privacy Sandbox bestehe.
- (400) Zur Lösung der identifizierten Wettbewerbsprobleme hat die CMA einen Ansatz gewählt, der einige, wenngleich nicht alle Aspekte einer Standardisierung aufgreift. Konkret wird die CMA die Entwicklung des Teilsystems Privacy Sandbox begleiten und überwachen und dies auch durch vorgegebene Informations- und Konsultationspflichten zu Gunsten anderer Marktteilnehmer absichern.

³⁵⁴ <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes> ; auch die Europäische Kommission hat jüngst ein Verfahren nach Art. 101, 102 AEUV gegen Google eröffnet, das unter anderem ebenfalls die „Privacy Sandbox“ betrifft (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143). Im Kern des Kommissionsverfahrens steht die Befürchtung, dass durch bestimmte Maßnahmen – nicht nur im Rahmen der „Privacy Sandbox“ – Google den Wettbewerb beeinträchtigen könne, indem es Dritte am Zugriff auf bestimmte, für Online-Werbung relevante Nutzerdaten hindere, während es zugleich solche Nutzerdaten für seine eigenen Zwecke zugänglich halte.

³⁵⁵ CMA, Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals, Case number 50972, 11 February 2022, Tz. 3.3, verfügbar unter <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>.

a. Verpflichtungszusagen im CMA-Verfahren

- (401) Hierzu hat sie entschieden, Verpflichtungszusagen von Google entgegenzunehmen, die in einer überarbeiteten Fassung im Wesentlichen folgenden Inhalt haben.³⁵⁶
- (402) Die Ziele der Privacy Sandbox und die Kriterien, anhand derer die Zielerreichung verschiedener Implementierungsalternativen gemessen wird, werden festgeschrieben. Google sagt zu, bei Design, Implementierung und Evaluierung der Privacy Sandbox eine Reihe von Kriterien zu berücksichtigen, welche auch für die Antwort auf die Frage, ob der Zweck der Zusagen erreicht sei, herangezogen würden. Diese Kriterien beziehen sich unter anderem auf (1.) Datenschutz, (2.) Auswirkungen auf den Wettbewerb, insbesondere hinsichtlich etwaiger Störungen des Wettbewerbs zwischen Google und Dritten, (3.) Auswirkungen auf Publisher und deren Monetarisierungsmöglichkeiten durch Werbung sowie (4.) auf Werbetreibende und deren Möglichkeiten zu kosteneffektiver Werbung, (5.) Auswirkungen auf die Nutzererfahrung, die Transparenz der Datennutzung für Werbezwecke und die Kontrollmöglichkeiten der Nutzer sowie (6.) technische Machbarkeit, Komplexität und Kosten.
- (403) Die Entwicklung der Privacy Sandbox anhand der Kriterien auf diese Ziele hin wird in einen überwachten Prozess überführt, indem Dritten Informationen zugänglich gemacht werden und gewisse Beteiligungsrechte eingeräumt werden, sowie die CMA als überwachende Stelle eng in den Entwicklungs- und Testprozess eingebunden wird.
- (404) Google verpflichtet sich ferner, nach Abschaffung der TPC in Chrome personenbezogene Daten aus der Browser-Historie von Chrome sowie aus Google Analytics nicht für das Tracking zum Zwecke des Targetings oder der Messung von Werbung zu verwenden; dies gilt sowohl für Google-eigenes Werbeinventar als auch für Werbeinventar auf dritten *Webseiten*. Es verpflichtet sich außerdem, für das Tracking von Nutzern für das Targeting und die Messung von Werbeinventar auf dritten *Webseiten* zwei Art von Daten nicht zu verwenden: (1) personenbezogene First-Party-Daten von Google und (2) personenbezogene Daten betreffend Nutzeraktivitäten auf anderen Webseiten als derjenigen des betreffenden Werbekunden oder Publishers.
- (405) In allgemeinerer Form verpflichtet sich Google schließlich, zur Vermeidung von Wettbewerbsstörungen seine Wettbewerber bei Entwurf, Entwicklung und Implementierung

³⁵⁶ CMA, Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals, Case number 50972, 11 February 2022, verfügbar unter <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>.

der Privacy Sandbox zu Gunsten seiner eigenen Werbeprodukte und -dienstleistungen nicht zu diskriminieren. Dies umfasst insbesondere einen Verzicht auf eine Selbstbevorzugung sowie einen Verzicht auf die Nutzung von Daten, die Publisher oder AdTech-Anbieter Chrome zugänglich machen für andere Zwecke als diejenigen, für die sie zugänglich gemacht wurden.

- (406) Die Verpflichtungen nach den Zusagen sind befristet. Sie enden sechs Jahre nach der Annahme der Verpflichtungszusagen durch die CMA. Google hat erklärt, die gegenüber der CMA abgegebenen Verpflichtungszusagen im Falle ihrer Annahme durch die CMA weltweit umsetzen zu wollen. Auswirkungen auch auf Deutschland und die hiesigen Online-Werbemärkte wären dann zu erwarten.

b. Grundsatzfragen, die das Konzept illustriert

- (407) Der von der CMA akzeptierte Ansatz wirft zwei Grundsatzfragen von Interesse auf:
- (408) Der gewählte Ansatz läuft darauf hinaus, den Entwicklungsprozess bei Google zu öffnen und auf ein Ergebnis hin auszurichten, das auch andere Interessen als diejenigen Googles einbezieht und so die von der CMA aufgeführten wettbewerblichen Bedenken vermeidet. Der Ansatz weist damit gewisse Parallelen mit einer Standardisierung auf, weicht davon jedoch auch ab. Zwar ist auch in dem nach den Google-Zusagen vorgesehenen Vorgehen die näher definierte Konsultation anderer Marktteilnehmer vorgesehen. Es ist jedoch für den primären Entwicklungsprozess kein Abstimmungsmechanismus erwähnt, der anderen Marktteilnehmern per Stimmabgabe direkten und geregelten Einfluss auf die letztendliche Spezifikation gewähren würde (genannt sind Googles *Intention*, die Privacy-Sandbox-Vorschläge, *wenn angemessen*, in die relevanten Community, Business und Working Groups des W3C einzubringen, sowie die Verpflichtung Googles, im Rahmen eines von ihm zu publizierenden Prozesses für „stakeholder engagement“ *vernünftige* Ansichten und Vorschläge aus dem W3C oder anderen Foren *in Betracht zu ziehen*).³⁵⁷

³⁵⁷ Nach Geradin/Katsifis/Karanikioti, Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome's removal of third-party cookies from an antitrust perspective, TILEC Discussion Paper DP 2020-034, Seite 43ff (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738107) hatte Google zum Stand 20. November 2020 alle interessierten Stakeholder eingeladen, zu den Privacy Sandbox-Vorschlägen auf dem Softwareentwicklungs-Portal Github und durch das W3C, und dort insbesondere durch die W3C Improving Advertising Business Group, beizutragen. Auf der Entwicklerseite <https://developer.chrome.com/docs/privacy-sandbox/overview/> nennt Google unter „Engage and share feedback“ neben anderen Möglichkeiten: „W3C: Use cases can be

- (409) Der CMA-Ansatz bringt allerdings eine stetige Aufsicht durch die Wettbewerbsbehörde über den Entwicklungsprozess mit sich. Dies kann als alternativer Weg verstanden werden, die Interessen anderer Marktteilnehmer einzubringen. Erfolgt die Aufsicht der Wettbewerbsbehörde über den Prozess am Ende in besonders engmaschiger Weise, so findet sie sich – zumindest fast schon – in der Rolle eines Co-Entwicklers wieder. Für eine Wettbewerbsbehörde ist dies eine zumindest bislang eher ungewohnte Rolle. Interessant erscheint die Frage, welche Vorteile und welche Nachteile ein solches Vorgehen im Vergleich zu einer Standardisierung klassischer Prägung aufweisen könnte. Tatsächlich erscheint die von der Privacy Sandbox abgedeckte Materie anderen Funktionserweiterungen der Browser zumindest doch ähnlich. Dabei muss allerdings im Blick behalten werden: Würde man Google aufgeben, die Privacy Sandbox in ein Standardisierungsverfahren klassischer Prägung einzubringen und dort ausarbeiten zu lassen, so wiche dies in einem wesentlichen Punkt vom üblichen Verständnis einer solchen Standardisierung ab: Die Benutzung eines Standards ist im Normalfall freiwillig – und das ist aus kartellrechtlicher Sicht tendenziell auch ein Erfordernis.³⁵⁸ Im Szenario der Privacy Sandbox wäre hingegen ein Standardisierungsergebnis, dessen Umsetzung in Chrome für Google in dem Sinne freiwillig wäre, dass das Unternehmen auch eine andere Sandbox-Konzeption umsetzen könnte, gerade nicht sinnvoll.³⁵⁹

discussed and industry feedback shared in the W3C Improving Web Advertising Business Group, the Privacy Community Group, and the Web Incubator Community Group”. Spezifisch für Topics wird unter <https://developer.chrome.com/docs/privacy-sandbox/topics/> neben anderen Möglichkeiten angeführt: „W3C: Discuss industry use cases in the Improving Web Advertising Business Group“. Community Groups und Business Groups des W3C sind vor allem Diskussionsforen, während die eigentliche Standardisierungsarbeit im Rahmen des W3C in sogenannten Working Groups stattfindet, vgl. <https://www.w3.org/community/about/process/compare/>; <https://www.adexchanger.com/online-advertising/heres-your-cheat-sheet-on-the-difference-between-w3c-working-groups/> und <https://digiday.com/media/wendy-seltzer-how-w3c-groups-work/>.

³⁵⁸ Siehe Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Ziffer 273, 280, 293.

³⁵⁹ Davon gedanklich zu trennen, aber ebenfalls zu beantworten ist die Frage, ob Google die von der Privacy Sandbox zur Verfügung gestellten Möglichkeiten für Targeting und Messung von Online-Werbung auch für seine eigene Tätigkeit als Publisher und Vermittler nutzen muss, und ob bzw. inwieweit es ggf. auf eigene, dem Unternehmen aufgrund seiner Position (weiterhin) zur Verfügung stehende Möglichkeiten zugreifen darf.

- (410) Einer klassischen Standardisierung dürfte zunächst als Vorteil anzurechnen sein, dass es möglich ist, die unterschiedlichen Interessen direkt auf der Entscheidungsebene einzubringen: Dann nämlich, wenn diese direkt in dem Gremium repräsentiert sind, das über den Inhalt des Standards entscheidet. Im Fall der Privacy Sandbox müssten zu den hier repräsentierten Interessen angesichts der untrennbar mit der Spezifikation einhergehenden Auswirkungen auf den Datenschutz der Endnutzer sicherlich auch Vertreter des Verbraucher- und Datenschutzes gehören.³⁶⁰
- (411) Nachteilig am Modell der Standardisierung kann sein, dass bestimmte Unternehmen – im konkreten Fall Google – aufgrund ihrer Marktposition einen überproportional hohen Einfluss auf das Standardisierungsergebnis haben könnten. Eine der wesentlichen Quellen eines solchen überproportionalen Einflusses dürfte allerdings das Drohpotential sein, dass darin liegt, jederzeit in Aussicht stellen zu können, eine bestimmte Umsetzung alleine – hier in Chrome – vorzunehmen, wenn es im Standardisierungsprozess keine hinreichende Unterstützung für diese geben sollte. Aufgrund des hohen Marktanteils von Chrome fände die Umsetzung dann auch ohne Standardisierung weite Verbreitung und es wäre nicht unwahrscheinlich, dass sich insbesondere Publisher bei der Gestaltung ihrer Webseiten darauf einstellen würden. Im Kontext einer Standardisierung mit für Google verpflichtender Umsetzung des Ergebnisses würde die Drohung mit einem solchen „Ausbrechen“ jedoch nicht funktionieren, da Google gehalten wäre, das Standardisierungsergebnis umzusetzen. Als problematisch verbleiben könnte in dieser Lage vor allem eine Nichtumsetzung oder abweichende Umsetzung in jenen technischen Grenzbe-
reichen, in denen sich nicht ohne weiteres erkennen lässt ob ein bestimmtes Detail einer Implementierung auf einer Lücke oder Ambivalenz eines Standards beruht, auf einem Versehen bei der Umsetzung oder auf einer absichtlich abweichenden Implementierung. Insgesamt schwieriger zu fassen könnte zudem eine andere Quelle eines überproportionalen Einflusses Googles sein: Ein etwaiger Vorsprung bei dem in den Standardisierungsprozess eingebrachtem Personal und/oder Wissen als Ausfluss der generell Google zur Verfügung stehenden Ressourcen. Hier wäre genauer zu prüfen, ob andere Teilnehmer der Standardisierung alleine oder gemeinsam in der Lage sind, einen solchen Vorsprung hinreichend zu kompensieren.

³⁶⁰ Bei dem von ihr akzeptierten Vorgehen wird die CMA den britischen Datenschutzbeauftragten einbinden, siehe <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-keep-close-eye-on-google-as-it-secures-final-privacy-sandbox-commitments>.

- (412) In jedem Fall muss bei einer verpflichtend umzusetzenden Standardisierung Vorsorge getroffen werden, dass das Standardisierungsergebnis auch tatsächlich einen wettbewerblich akzeptablen Interessenausgleich darstellt. Dies dürfte nicht nur auf ein einzelnes denkbare Ergebnis zutreffen, sondern auf eine gewisse Spannbreite verschiedener Ergebnisse. Ein naheliegender Ansatz, dies herbeizuführen, wäre, eine umfassende und bezogen auf das jeweilige Gewicht angemessene Vertretung aller Interessen in dem entscheidenden Gremium sicherzustellen³⁶¹ – wobei sich jedoch wiederum die Frage stellen würde, welches Gewicht jeweils „angemessen“ wäre. Am Ende erscheint es bei einer obligatorischen Umsetzung des Ergebnisses kaum vermeidbar, eine Kontrolle und Entscheidung darüber vorzunehmen, ob ein wettbewerblich akzeptabler Interessenausgleich vorliegt. Insofern käme der Wettbewerbsbehörde sowohl im klassischen Modell einer Standardisierung als in der von der CMA verfolgten Variante davon eine Schiedsrichterrolle zu. Denkbar erscheint, dass das klassische Standardisierungsmodell die Wettbewerbsbehörde stärker von einer Rolle als „Co-Entwickler“ entlasten könnte, wenn es dafür sorgt, dass andere Marktteilnehmer sich stärker in die Entwicklung einbringen (und einbringen können) und der gesamte Prozess einschließlich aller technischen Diskussionen (noch) besser dokumentiert ist.³⁶²
- (413) Unabhängig vom gewählten Weg ist allerdings das andere Bedenken gegen die Verlagerung von technischen Entwicklungen in einen Standardisierungs- oder ähnlichen Prozess: Ein solches Vorgehen birgt immer die Gefahr, dass sich Entwicklungen verlangsamen, weil die Mehrheits- oder Konsensfindung aufwendig ist und Zeit benötigt. Zudem besteht die weitere Gefahr, dass sich im Prozess der Standardisierung Lösungsalternativen nicht durchsetzen, die sich längerfristig als überlegen erwiesen hätten. Beide Gefahren lassen sich als Gefahren für die Innovation begreifen und auch kaum sicher beseitigen. Am Ende wäre daher bei der Wahl dieses Ansatzes als Lösungsweg eine Abwägung gegen den wettbewerblichen Schaden eines Alleingangs Googles notwendig. Dabei wäre auch zu berücksichtigen, dass ein solcher Alleingang ebenfalls innovationshemmend sein kann, weil nämlich jene Lösungsalternativen, die im Interesse Googles liegen, nicht notwendig die innovativsten sein müssen.

³⁶¹ Vgl. auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Ziffer 295.

³⁶² Bei dem von ihr akzeptierten Vorgehen wird die CMA allerdings von einem Überwachungs-Treuhänder unterstützt werden, vgl. Ziffer 32.b. der akzeptierten Zusagen, verfügbar unter <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>.

(414) Eine letzte Frage – ebenfalls unabhängig vom gewählten Weg – ist schließlich diejenige nach dem Umgang mit (Software-) Entwicklungsprozessen für globale Produkte, wie es ein Web-Browser ist, durch einzelne Jurisdiktionen. Google hat erklärt, ein Prozessergebnis weltweit umsetzen zu wollen. Falls es – insbesondere trotz der jüngst erfolgten Einleitung eines Wettbewerbsverfahrens durch die Europäische Kommission, das auch die Privacy Sandbox umfasst³⁶³ – tatsächlich dazu kommt, stellt dies andere Jurisdiktionen unvermeidlich vor die Frage, ob sie das zwischen der CMA und Google erzielte Ergebnis akzeptieren. Denn wenn die CMA ein bestimmtes Ergebnis des von ihr mit Google aufgesetzten Prozesses akzeptiert, ist dies naturgemäß nur eines von mehreren möglichen unterschiedlichen, aber legitimen Ergebnissen der dem Prozess inhärenten Abwägung zwischen den verschiedenen betroffenen Interessen unterschiedlicher Marktteilnehmer. Eine andere Wettbewerbsbehörde kann legitimerweise zu einem anderen Ergebnis kommen. Die sehr unterschiedlichen – und teilweise in einer Wechselwirkung zueinander stehenden Kriterien für Design, Implementierung und Evaluierung der „Privacy Sandbox“ (siehe oben Ziffer (375)ff.) – illustrieren dies sehr deutlich. Insbesondere bei Betroffenheit zahlreicher Jurisdiktionen dürfte daher die grundsätzliche Frage, wie eine Kooperation oder ein Austausch über diese Jurisdiktionen hinweg zukünftig ausgestaltet werden könnte, perspektivisch weiter an Bedeutung gewinnen.

2. Strukturelle Maßnahmen

(415) Soweit der Weg über eine forcierte Standardisierung nicht erfolgversprechend erscheint oder zu viele unerwünschte Nebenwirkungen mit sich brächte, würde sich daher die Frage stellen, ob im Interesse eines effektiven Wettbewerbsschutzes nicht weitergehende Maßnahmen, konkret strukturelle Abhilfemaßnahmen, überhaupt erst geeignet und damit erforderlich wären (§ 32 Abs. 2, 1. Alt. GWB, für den Fall der systematischen Nichteinhaltung der Verpflichtungen unter dem DMA sieht auch Art. 18 Abs. 1 DMA die Möglichkeit struktureller Abhilfemaßnahmen vor).

a. Beseitigung der Interessenkollision

(416) Der diesbezüglich naheliegende – und damit zweite große – Ansatzpunkt bestünde darin, die Interessenkollision Googles zu beseitigen. Eine mögliche und weitgehende Abhil-

³⁶³ Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 22.06.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143.

femaßnahme in diesem Zusammenhang wäre, Google neben dem Angebot von Drittvermarktung das Angebot von AdTech zu untersagen. Dies würde die oben postulierten Probleme zumindest weitgehend lösen. Allerdings wäre – angesichts der Marktphase, die einen manuellen Absatz der Google-eigenen Werbeflächen zumindest zu erheblichen Teilen ausschließt – die Folge auch, dass Google der direkte Absatz der eigenen Werbeflächen verwehrt wäre, es müsste immer den Absatz über dritte Anbieter von AdTech wählen.

- (417) Es ist allerdings fraglich, ob dies zur Lösung der oben postulierten Probleme erforderlich wäre. Auch wenn Google also im Rahmen der Abhilfemaßnahme der Absatz ausschließlich der eigenen Werbeflächen mit Hilfe eigener technischer Dienstleistungen möglich bliebe, hätte dies keinen Einfluss darauf, welche Anbieter technischer Dienstleistungen dritte Anbieter von Werbeflächen wählten, noch würde es Google ermöglichen, den Absatz dritter Werbeflächen technisch zu beeinflussen (Ausnahmen blieben aber Chrome und Android, siehe dazu unten). Denn diese dritten Anbieter von Werbeflächen könnten Googles technische Dienstleistungen nicht wählen. Dieser Ansatz hätte allerdings wiederum einen, womöglich auch zwei eigene Nachteile:
- (418) Den dritten Anbietern von Werbeflächen würde einerseits ein Angebot von technischen Dienstleistungen genommen, das sich nach Aussagen vieler Marktteilnehmer jedenfalls auch durch eine hohe bzw. sehr hohe Qualität auszeichnet. Es ist offen, ob sich ein anderer Anbieter herausbilden würde, der ähnlich viel wie Google in einen AdTech-Stack investiert, der qualitativ als Ersatz gelten könnte. Wenn nein, könnte ein Ergebnis auch sein, dass kleinere Anbieter von Werbeflächen technisch gegenüber den integrierten Angeboten von Google, Facebook und ggf. Amazon (weiter) zurückfallen und damit auch ihr Wettbewerbspotential bei Werbeflächen sinkt.
- (419) Solange die Marktbedeutung der Google-eigenen Werbeflächen hoch bleibt, könnten andererseits Werbekunden vor der Frage stehen, ob sie Werbeflächen von anderen Unternehmen als Google überhaupt noch beziehen wollen, wenn sie dafür neben dem Stack technischer Dienstleistungen von Google auch noch mit mindestens einem anderen AdTech-Stack interagieren müssen. Zumindest kleinen Werbekunden könnte dieser Zusatzaufwand zu hoch sein, Google könnte dies u. U. auch bewusst fördern, indem das Unternehmen technische Lösungen wählt, die absichtlich stark von anderen abweichen. Eine solche Entscheidung der Werbekunden würde die Wettbewerbschancen dritter Anbieter von Werbeflächen verringern.

- (420) Beide vorgenannten – möglichen – Nachteile beruhen allerdings auf einem eher kurzfristigen Zeithorizont der Analyse. Die sich anschließende, weiterreichende Frage wäre daher, ob es langfristig nicht dennoch sinnvoll wäre, solche (vorübergehenden) Nachteile bzw. Ineffizienzen hinzunehmen, um das höhere Ziel, das Machtproblem, zu adressieren. Langfristig bestünde so dann die Möglichkeit, dass die Wettbewerber zum Zuge kommen und die Entwicklung an Stelle von Google treiben.
- (421) Ansonsten ließe sich zwar, um diese Nachteile für dritte Anbieter von Werbeflächen zu verhindern, in der Intensität gewissermaßen eine Stufe unterhalb des vorgenannten Abhilfeansatzes daran denken, Google die Abspaltung des AdTech-Bereichs in eine eigenständige Gesellschaft aufzugeben. Diese wäre dann gehalten, Google und dritte Anbieter von Werbeflächen in ihren Außenbeziehungen nicht-diskriminierend zu behandeln. In der praktischen Umsetzung wäre dies allerdings mit erheblichen Schwierigkeiten und Risiken verbunden, jedenfalls solange Google an dieser Gesellschaft substantiell beteiligt bliebe (siehe hierzu bereits oben unter Ziffer (361)ff.). Die Gesellschaft müsste für die Ausgestaltung ihrer – grundsätzlich in einer hohen Zahl ganz unterschiedlicher Varianten denkbaren – technischen Dienstleistungen bestimmte Varianten wählen. Mit Google als relevantem Gesellschafter wäre es wohl nur schwer zu verhindern, dass sie sich bei der Wahl der Ausgestaltung tatsächlich an den Interessen Googles orientiert. Betriebswirtschaftlich erschiene dies nicht einmal illegitim, solange Google der größte Kunde dieser Gesellschaft wäre. Zudem wäre es bei einer unter Googles Kontrolle stehenden Gesellschaft wohl nur schwer zu verhindern, dass sie sich bei der Durchführung der technischen Dienstleistungen diskriminierend verhält, wenn dies für Google wirtschaftlich vorteilhaft und das Entdeckungsrisiko gering erscheint.

b. Beseitigung technischer Gestaltungsmöglichkeiten

- (422) Auch wenn die Herausnahme Googles aus der Drittvermarktung und aus dem Angebot von AdTech für Dritte ein weites Spielfeld für die Realisierung der bestehenden Interessenkollision bei Google beseitigen würde, so gälte dies doch nicht vollständig. Das bestehende Wettbewerbsverhältnis zwischen Google und Dritten als Publisher wird auch davon beeinflusst, welche Möglichkeiten zur Darstellung von Werbung, zur Erfassung von Daten u. a. Dritten auf den Endgeräten der Nutzer zur Verfügung stehen. Dies wiederum wird nicht unwesentlich von den Fähigkeiten der Web-Browser, der Betriebssysteme und ggf. den schuldrechtlichen Rahmenbedingungen der Präsenz Dritter auf einer Vertriebsplattform wie dem PlayStore beeinflusst.

- (423) Ein weiterer denkbarer struktureller Lösungsansatz partieller Art bestünde daher darin, die Abspaltung des Web-Browsers Chrome von Google zu veranlassen.³⁶⁴ Dies hätte zwei mögliche Konsequenzen:
- (424) Zum einen würde die Fähigkeit Googles geschwächt, Handlungsoptionen seiner Wettbewerber auf dem Werbemarkt durch technische Rahmensetzung zu beeinflussen. Dies beträfe mit der Determinierung möglicher Funktionalitäten bzw. APIs sowohl die nutzerseitig möglichen Funktionen als auch direkt die Werbeseite, letzteres etwa hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zum Tracking oder für bzw. gegen Adblocking.
- (425) Zum anderen könnte wieder ein gleichgewichtigerer Browser-Markt entstehen, wenn durch Beschränkung der für Chrome zur Verfügung stehenden Finanzkraft die Entwicklungs-Vorreiter-Funktion des Browsers gebremst würde. Allerdings könnte dies auf der Nachteilsseite auch damit einhergehen, dass die Plattform Web im Verhältnis zu den Plattformen Android und iOS geschwächt würde, weil letztere nach wie vor über einen Vorsprung bei den per API bereitgestellten Funktionalitäten verfügen. Ob und wie die Entwicklung der Programmcode-Basis von Chrome selbst weitergeführt würde, ist unklar. Es basieren derzeit allerdings mehrere weitere Browser, neben kleineren insbesondere Edge von Microsoft, auf dem Kern von Chrome, der sogenannten Browser-Engine. Zumindest letzteres Unternehmen würde über hinreichende Ressourcen verfügen, die angesichts des heute erreichten Funktionsumfangs sehr aufwendige Entwicklung des Codes weiter zu betreiben. In welchem Umfang andere Unternehmen allerdings insgesamt in die Bresche, die Google hinterließe, springen könnten und würden und die Entwickler der Browser-Fähigkeiten einschließlich der für Webseiten (die heute vielfach de facto Webanwendungen sind) zur Verfügung stehenden APIs in gleichem oder sogar noch größerem Umfang vorantreiben würden ist, ist offen. Für Google könnte sich zugleich die Interessenlage dahingehend ändern, dass es attraktiver wäre, alle Ressourcen auf Android (und ggf. ChromeOS) zu konzentrieren, weil es diese Plattformen weiterhin voll kontrollierte. An der Web-Plattform bestünde insoweit zwar weiterhin ein Interesse des Unternehmens, als es darum geht, dass Google dort seine Suchfunktion, mit der es den

³⁶⁴ Siehe auch Geradin/Katsifis/Karanikioti, Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome's removal of third-party cookies from an antitrust perspective, TILEC Discussion Paper DP 2020-034, Seite 58ff, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738107.

größten Teil seiner Einnahmen erzielt, zur Verfügung stellen kann. Es könnte dieses Interesse aber nur noch durch Einbringung seiner selbst in die Spezifikationen, nicht mehr durch Implementierung zur Geltung bringen.

- (426) Für das mobile Betriebssystem Android würden sich strukturell parallele Fragen stellen. Hier erschiene es allerdings als noch offener, wer an Stelle von Google die sehr aufwendige Entwicklungsarbeit weiterführen könnte und würde. Ein naheliegender potentieller Interessent wäre einer der großen Hersteller von Smartphones, was aber aus wettbewerblicher Sicht neue Probleme aufwerfen könnte. Allerdings dürfte es derzeit so sein, dass Android selbst die technischen Möglichkeiten von Publishern und Werbe-SDKs eher weniger beschränkt, als die Web-Plattform. Dies kann sich aber ändern. Zudem verfügt Google mit dem PlayStore über einen weiteren Hebel, mit dem es schuldrechtlich und durch die Nichtaufnahme von Apps massiven Einfluss nehmen kann. Google³⁶⁵ und Apple³⁶⁶ demonstrieren dies mit ihren jeweiligen Auseinandersetzungen mit dem Spieleanbieter Epic um die weitere Aufnahme eines Spiels in ihre jeweiligen Stores derzeit exemplarisch.

³⁶⁵ Siehe <https://www.heise.de/news/App-Store-Monopol-Epic-Games-verklagt-neben-Apple-auch-Google-4870598.html>.

³⁶⁶ Siehe <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/apple-epic-games-prozess-1.5284486>.

F. Zusammenfassung / Executive Summary

- (427) Online-Werbung hat über die letzten 25 Jahre einen beeindruckenden Aufstieg erlebt – aus dem Nichts zu einer Milliardenindustrie, die einige traditionelle Werbeformen wie Fernseh- oder Zeitungswerbung mittlerweile überholt und weit hinter sich gelassen hat. Als Geschäftsmodell finanziert sie aktuell große Teile der Dienste für Nutzer im Internet, oder – je nach Sichtweise – führt sie zum Angebot solcher an Nutzer gerichteten Dienste, um Einnahmen aus Online-Werbung zu erzielen. Zu den prominentesten Beispielen für solche Dienste zählen die Suchmaschine des Unternehmens Google und das soziale Netzwerk des Unternehmens Meta (ehemals Facebook). Damit bildet Online-Werbung die wirtschaftliche Basis für einige heute sehr große Unternehmen wie die beiden gerade genannten. Im Einzelnen stellt sich Online-Werbung dabei vielfach hochgradig automatisiert und technisch sehr komplex dar: Der aktuelle Stand der Entwicklung ermöglicht es, jede einzelne Werbefläche auf einer Webseite oder in einer Smartphone-App innerhalb von Sekundenbruchteilen einem theoretisch weltweiten Nachfragerkreis anzubieten und meistbietend zu versteigern, sowie die Ausspielung der Werbung zu prüfen und einen etwaigen Werbeerfolg in Form einer Reaktion des Nutzers zu messen. Dies möglich macht ein ganzes Netz verschiedener technischer Dienstleistungen – sogenannte AdTech – und hinter diesen stehender Unternehmen, die hierfür zusammenwirken müssen. Auch in diesem „Maschinenraum“ der Online-Werbewelt scheinen allerdings einzelne Unternehmen nicht nur aufgrund ihrer Größe eine besonders herausgehobene Stellung einzunehmen. Dies hat erhebliche Diskussionen ausgelöst um die Funktionsweise des Online-Werbesystems und seinen wettbewerblichen Zustand, gerade auch den „Maschinenraum“ – ob seiner Auswirkungen auf die damit verbundenen eigentlichen Online-Werbemärkte – betreffend.
- (428) Das Ziel der vorliegenden Sektoruntersuchung Online-Werbung war vor diesem Hintergrund zunächst eine sachverhaltliche Bestandsaufnahme. Der vorliegende Diskussionsbericht skizziert dafür (oben A.) die technische Entwicklung der Online-Werbung der letzten zwei Jahrzehnte und erfasst die an den heutigen komplexen, weitgehend automatisierten Austauschprozessen beteiligten Akteure. Er beschreibt die von diesen erbrachten Leistungen und die Gegenleistungen. Im Fokus steht dabei der erwähnte „Maschinenraum“. Im Hinblick auf eine Analyse aus wettbewerblicher Sicht diskutiert der Bericht in einem nächsten Schritt mögliche Abgrenzungen sachlich und räumlich relevanter Märkte und die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte (oben B.). Er unternimmt es ferner, auf der

Basis der erhobenen Daten Marktstellungen zu bestimmen und analysiert die Aussagen und Stellungnahmen der befragten Marktteilnehmer im Hinblick auf spezifische wettbewerbliche Problemlagen, welche sich aus der Gestaltung dieser Austauschprozesse ergeben und Einfluss auf die Stellung bestimmter Akteure haben können (oben C.). Die Ausführungen dieser beiden Abschnitte sollten jedoch nicht als abschließende Marktdefinitionen unter Wettbewerbsrecht oder als eine abschließende Bewertung der Marktpositionen und einzelner Handlungen bestimmter Marktteilnehmer aus wettbewerbsrechtlicher Sicht verstanden werden – dies bleibt etwaigen Einzelverfahren vorbehalten. Vielmehr liegt der Fokus auf der Beschreibung von Marktgegebenheiten in einem von laufenden technischen Entwicklungen geprägten Marktumfeld und der Identifikation von wiederkehrenden Mustern, die eine vertiefte Analyse nahelegen könnten. Der Bericht richtet den Blick aber auch auf die nähere Zukunft. Denn Online-Werbung als Wirtschaftsbereich und als Teilbereich gerade der Internet-Wirtschaft entwickelt sich wie letztere in einem vergleichsweise hohen Tempo fort. Dies gilt zum Einen für die technische Entwicklung. Aber auch die rechtlichen Rahmenbedingungen haben sich mit dem Inkrafttreten der DSGVO sowie des § 19a GWB verändert und werden sich, wie sich an dem europäischen Digital Markets Act (DMA), dem nahezu abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahren zum europäischen Digital Services Act (DSA) sowie an der noch ausstehenden europäischen E-Privacy-Richtlinie in Ergänzung zur DSGVO zeigt, aller Voraussicht nach weiter verändern. Die Gesetzgebungsdiskussionen reflektieren einen Wandel im gesellschaftlichen Bewusstsein über die letzten Jahre. Dieser Wandel hat nach einer vergleichsweise langen Zeit des „laissez faire“, in der die schnelle technologische Entwicklung und ihre Folgen eher wenig reguliert wurden, verstärkt die Frage auf die Tagesordnung gesetzt, ob diese Periode zu Fehlentwicklungen geführt hat und wie diese ggf. in Zukunft zu vermeiden oder zu korrigieren wären. Dies betrifft nicht nur die nutzerseitigen Angebote im Internet, sondern in gleicher Weise auch die Seite der Online-Werbung, welche, wie bereits erwähnt, die Finanzierungsgrundlage eines großen Teils der Internet-Angebote darstellt. Korrekturen an dieser Stelle haben daher immer auch eine wettbewerbliche Dimension. Konkret von Interesse sind hier zunächst mögliche, wenn nicht sogar überwiegend wahrscheinliche Veränderungen bei der Zugänglichkeit und Verwendbarkeit von Nutzerdaten, die Stand heute für die Online-Werbung eine zentrale Bedeutung haben (dazu oben D.). Andererseits erscheint, auch angesichts der anstehenden Veränderungen des Rechtsrahmens durch den DMA, eine Diskussion der methodischen und praktischen Herausforderungen für die Wettbewerbsaufsicht angezeigt, die

sich aus den festgestellten besonderen Eigenschaften und Merkmalen sowie des technischen Umfeldes speziell von Online-Werbung und AdTech ergeben (dazu oben E.).

- (429) Die wesentlichen Befunde der Sektoruntersuchung stellen sich im Überblick wie folgt dar:
- (430) Online-Werbung wird in der kartellbehördlichen Praxis grundsätzlich unterteilt in suchgebundene und nicht suchgebundene Online-Werbung. Insbesondere im Bereich der nicht suchgebundenen Online-Werbung spielen neben dem direkten Absatz entsprechender Werbeflächen durch deren Inhaber (sogenannter Publisher) Vermittlungsleistungen beim Absatz eine erhebliche Rolle.
- (431) Solche Vermittlungsleistungen beinhalten im Kern, die Werbeflächen einer Mehrzahl von Publishern zu bündeln und sie den Nachfragern – Werbekunden (Advertiser) und deren Agenturen – an einem „single point of contact“ als Angebot zur Verfügung zu stellen.
- (432) Vielfach findet im Kontext der Vermittlung allerdings zusätzlich eine Aufwertung der Flächen durch Daten statt. Solche Daten – über den Internetnutzer, der Rezipient der Werbebotschaft auf der jeweiligen Fläche wäre – spielen bei Online-Werbung eine wichtige Rolle. Denn sie erlauben es, eine bestimmte Online-Werbung mit hoher oder zumindest erhöhter Wahrscheinlichkeit nur an solche Internetnutzer auszuliefern, die der Werbetreibende tatsächlich adressieren möchte (granulares Targeting). Sie können aus verschiedenen Quellen kommen, etwa der beobachtenden Verfolgung der Nutzer (User Tracking), direkten Eingaben durch diese oder auch von Datenhändlern. Auch die Datenhändler können sich unterschiedlicher Quellen bedienen, darunter auch wieder des User Trackings.
- (433) Die Vermittlung von Online-Werbung war anfänglich noch durch Vorgehensweisen aus der Zeit der „händischen“ Vermittlung analoger Werbung mitgeprägt, ist inzwischen jedoch stark bis vollständig automatisiert.
- (434) Das Gesamtangebot an Vermittlungsleistungen lässt sich dabei vereinfacht betrachtet in zwei Blöcke untergliedern: Erstens integrierte Vermittlungsangebote (Werbenetzwerke) und zweitens ein – zumindest vergleichsweise – offenes Geflecht von Akteuren und Angeboten, die sich rund um digitale Marktplätze (AdExchanges) gruppieren. Auf diesen werden die Werbeflächen – meist in Form von Auktionen – zwischen angebotsseitigen Softwaresystemen (sogenannte Supply Side Platforms (SSPs), weitgehend zusammengewachsen mit den AdExchanges) und nachfrageseitigen Softwaresystemen (Demand Side Platforms (DSPs)) gehandelt. Dies geschieht in Echtzeit für jeden einzelnen Werbeplatz.

Das System insgesamt wird als Programmatic Advertising bezeichnet (PA), das Auktionsverfahren als Real Time Bidding (RTB). Die Auslieferung der Werbemittel erfolgt hierbei über Advertiser-seitige bzw. Publisher-seitige AdServer. Dies sind Softwaresysteme, die auch Aspekte der Vertriebssteuerung bzw. der Kampagnensteuerung und -messung übernehmen (können). Für die Verwaltung und Zusammenführung von Targeting-Daten aus unterschiedlichen Quellen können optional sogenannte Data Management Platforms (DMP) genutzt werden.

- (435) Elemente wie die starke Automatisierung und die Verauktionierung von Werbeplätzen in Echtzeit finden sich teilweise auch bei den integrierten Vermittlungsleistungen. Aus Sicht des Nachfragers nach Werbeplätzen steht bei diesen jedoch der Werbeplatz stärker im Vordergrund. Technische Dienstleistungen wie das Targeting, das Verhindern von Betrug, die Sicherstellung einer „markenkompatiblen“ Umgebung für die Werbung oder die Messung der Sichtbarkeit der Werbung (letztere drei zusammen auch als AdVerification bezeichnet) und das entsprechende Berichtswesen werden allerdings als Teil der Leistung mit angeboten und sind für den Nachfrager als solche ebenfalls von Bedeutung.
- (436) Beim Programmatic Advertising im engeren Sinne – wie das System aus vernetzten SSPs, AdExchanges, DSPs und weiteren Services zur Abgrenzung im Rahmen dieses Diskussionsberichts bezeichnet wird – hingegen kann der Werbeflächen-Nachfrager die technischen Dienstleistungen je nach konkreter Ausgestaltung – grundsätzlich – unabhängig von den Werbeflächen beziehen und auch technische Dienstleistungen verschiedener Anbieter miteinander kombinieren.
- (437) Aus Sicht des Publishers stellen sowohl integrierte Vermittlungsangebote als auch PA im engeren Sinne einen Weg zum vermittelten Absatz seiner Werbeflächen dar. Die Eingriffs- und Steuerungsmöglichkeiten des Publishers unterscheiden sich jedoch ebenso wie die jeweils erreichbare Nachfrage.
- (438) Als Konsequenz aus dem Vorstehenden liegt es nahe, die im Bereich des PA im engeren Sinne angebotenen technischen Dienstleistungen als Marktaktivitäten zu betrachten, die sich von den integrierten Vermittlungsangeboten unterscheiden. Insofern kommt eine Zuordnung zu separaten sachlich relevanten Märkten in Betracht. Allerdings gibt es wettbewerbliche Beziehungen zwischen beiden sowie zum Direktgeschäft zwischen Publisher und Werbeflächen-Nachfrager, die sich als Substitutionswettbewerb qualifizieren lassen. Im Blick behalten werden muss auch, dass es sich dabei um eine auf den aktuellen Zeit-

punkt bezogene Betrachtung handelt. Technische Entwicklungen im Bereich AdTech verlaufen vergleichsweise dynamisch, insofern könnte sich in Zukunft auch eine andere Abgrenzung als sachgerechter erweisen.

- (439) Innerhalb des Bereichs des PA im engeren Sinne sind gegenwärtig die Dienstleistungen Publisher-AdServer, SSP/AdExchange, DSP und Advertiser-AdServer, möglicherweise auch DMP, hinreichend voneinander separierbar. Für diese kommt daher jeweils die Zuordnung zu eigenen sachlich relevanten Märkten in Betracht. Für die AdVerification-Dienstleistungen, das Targeting und das User-Tracking ist dies losgelöst von Einzelfällen weniger eindeutig feststellbar, da diese Leistungen häufig als Teil eines der erstgenannten Dienstleistungsangebote offeriert werden.
- (440) In räumlicher Hinsicht kommt die Abgrenzung von mindestens europaweiten, wenn nicht weltweiten Märkten in Betracht. Anders würde sich dies darstellen, wenn die typischerweise engere – nationale oder maximal sprachraumbezogene – Marktabgrenzung der eigentlichen Werbemärkte auf die möglichen AdTech-Märkte „durchschlagen“ würde. Hierfür liegen aber bisher keine ausreichenden Indizien vor.
- (441) Im Hinblick auf das Angebot von Dienstleistungen in den Bereichen für Publisher-AdServer, SSP/AdExchange, DSP und Advertiser-AdServer ist Google jeweils der stärkste Anbieter, speziell beim Publisher-AdServer mit sehr großem Abstand. Dabei vertreibt Google über seine eigenen technischen Dienstleistungen neben fremden auch die konzerneigenen Werbeflächen. Meta (ehemals Facebook) spielt – losgelöst von seiner bedeutenden Rolle als Publisher – im Bereich der Vermittlung derzeit nur als integrierter Vermittlungsanbieter eine Rolle.
- (442) An Gründen für die Präferenz vieler Nachfrager für Googles Angebote werden z. T. Qualitätsaspekte genannt, aber auch „Hebelwirkungen“, die von Googles Kontrolle über relevante Werbeflächen, Googles Kontrolle über wichtige Daten und von Verbindungen zwischen einzelnen technischen Dienstleistungen Googles ausgehen.
- (443) In Verbindung mit den letztgenannten Punkten haben diverse Befragte vorgebracht, dass es theoretisch im System des PA im engeren Sinne möglich wäre, je nach Bedarf Dienstleistungen verschiedener Anbieter frei zu kombinieren. Tatsächlich jedoch scheint es hier deutliche Einschränkungen zu geben. Diese Einschränkungen existieren entweder in der Form, dass Bindungen zwischen Werbeflächen bestimmter Anbieter und deren technischen Dienstleistungen bestehen. Oder sie treten in der Form auf, dass Bindungen zwischen an sich trennbaren technischen Dienstleistungen eines Anbieters bestehen. Dies

scheint prima facie die wettbewerblichen Spielräume der mit Google konkurrierenden Anbieter einzuschränken.

- (444) Es gibt ferner Fälle, in denen SSP/AdExchange und DSP sich in der Hand desselben Anbieters befinden. Konzeptionell bedienen die beiden Dienstleistungen jedoch gegenläufige Interessen. Dies kann zu Konflikten führen. Insbesondere gilt dies in denjenigen Fällen, in denen der Anbieter von SSP/AdExchange und DSP zugleich ein wichtiger Anbieter von Werbeflächen ist.
- (445) Der Anteil von PA am Handel mit nicht suchgebundener Online-Werbung ist bereits hoch (40% bis 60%), und er wird nach allgemeiner Erwartung weiter steigen. Probleme im Bereich PA werden daher eher an Bedeutung gewinnen.
- (446) Online-Werbung und insbesondere das PA-System hängen – jedenfalls in ihrer gegenwärtigen Form – wie bereits erwähnt stark von Daten über die Nutzer ab. Daher kann die veränderte, insbesondere die verringerte Verfügbarkeit solcher Daten auch die weitere Marktentwicklung beeinflussen.
- (447) Veränderungen bei der Verfügbarkeit von Daten in näherer Zukunft sind gut möglich, wenn nicht gar wahrscheinlich. Es ist feststellbar, dass das allgemeine (öffentliche) Bewusstsein für den massiven Umfang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten und teilweise auch die daraus folgenden Risiken in den letzten Jahren deutlich gestiegen ist. Dies hat bereits zu technischen Reaktionen mit dem Ziel der Erschwerung der Datenerhebung geführt und auf rechtlicher Ebene zu Diskussionen um Einschränkungen, zuletzt etwa im Rahmen der Diskussionen um den europäischen Digital Services Act und um die europäische E-Privacy-VO.
- (448) Aus wettbewerblicher Sicht sind vor allem zwei Konsequenzen solcher Einschränkungen kumulativ oder alternativ denkbar und als Frage von Interesse: (a) Führen solche Einschränkungen zu einem insgesamt weniger vielfältigen und leistungsfähigen System (vor allem nicht suchgebundener) Online-Werbung und was bedeutet dies für die Marktteilnehmer und die Vielfalt auch nutzerseitiger Angebote? (b) Führen solche Einschränkungen zu einer Asymmetrie der Möglichkeiten zu Gunsten großer Anbieter wie Google, die über einen originären umfangreichen Zugang zu Nutzerdaten aus einer Vielzahl von eigenen, vor allem nutzerseitigen Diensten verfügen?
- (449) Beide Fragen werden in der aktuellen öffentlichen Diskussion von diversen Marktteilnehmern, vor allem Publishern, die sich auf das aktuelle, werbefinanzierte und dabei datengestützte Geschäftsmodell stützen, bejaht. Marktteilnehmer aus diesem Bereich wenden

sich entsprechend auch vielfach politisch gegen Einschränkungen bei der Datenerhebung oder -verarbeitung für Werbezwecke. Unterzieht man die Argumentation jedoch einer näheren und differenzierten Betrachtung, so zeigt sich, dass die aus wettbewerblicher Sicht womöglich negativen Auswirkungen einer Einschränkung der Datenerhebung und -verarbeitung für Werbezwecke geringer ausfallen könnten, als es die erwähnten öffentlichen Äußerungen nahelegen.

- (450) Schon im Hinblick auf Frage (a) ist nämlich eine genauere Analyse angezeigt, welchen Umfang die von Marktteilnehmern postulierten negativen Folgen tatsächlich hätten. Dabei ist unter anderem zu berücksichtigen, welche Umstellungsmöglichkeiten auf „datenschonendere“ Geschäftsmodelle tatsächlich bestehen. Ferner ist für die Frage der Refinanzierbarkeit von nutzerseitigen Diensten – weiterhin auch durch Werbung – unter veränderten Bedingungen darauf zu achten, den richtigen Vergleichsmaßstab heranzuziehen, nämlich eine Situation, in der alle oder fast alle Marktteilnehmer das gegenwärtige „datenintensive“ Geschäftsmodell so nicht mehr verfolgen können.
- (451) Soweit das „fast alle Marktteilnehmer“ sich als am Ende doch ein gutes Stück entfernt von „alle Marktteilnehmer“ erweist, also – entsprechend Frage (b) – eine asymmetrische Auswirkung auf den Zugang zu Daten wahrscheinlich ist, müssen jedoch auch mögliche Korrekturen einer solchen Asymmetrie durch Regulierung in die Betrachtung einbezogen werden, falls diese Asymmetrie unerwünschte Folgen für das Funktionieren des Wettbewerbs mit sich bringt. Denn die Asymmetrie ist nicht naturgegeben, sie hängt auch wesentlich von den datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Grenzen ab, die den asymmetrisch „bevorzugten“ Unternehmen gesetzt sind.
- (452) Soweit auch nach dem Vorstehenden tatsächlich noch aus wettbewerblicher Sicht negative Folgen einer Einschränkung der Datenerhebung und -verarbeitung für Werbezwecke zu erwarten sind, wären diese zudem gegen die Risiken für die informationelle Selbstbestimmung und andere Rechtsgüter der Nutzer aus der Datenerhebung- und -verarbeitung abzuwägen. Diese Risiken sind erheblich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass derzeit überaus detaillierte Persönlichkeitsprofile – einschließlich höchst sensitiver Merkmale und dies allein zum Zwecke der Förderung von Werbung – angelegt werden. Zudem ist die Verwendung und der Verbleib der Daten und der Profile angesichts von hochkomplexen und von außen nicht prüfbar Informationssystemen und in Anbetracht hunderter von Teilnehmern im programmatischen System bei realistischer Betrachtung nicht

ernsthaft kontrollierbar. Es kann daher auch aus wettbewerblicher Sicht erwogen werden, ob in der Summe nicht eine Abstandnahme von einem derartigen System der datengetriebenen Werbung angezeigt erscheint.

- (453) Über das Thema Veränderungen beim Zugang zu Daten und das Management der möglichen Folgen hinaus wirft die aktuelle Situation – speziell die Marktposition von Google – noch eine weitere, grundsätzlichere Frage auf. Diese betrifft eine Ausgestaltung der Wettbewerbsaufsicht, die insbesondere der beobachtbaren besonderen tatsächlichen Situation im Bereich der nicht suchgebundenen Online-Werbung Rechnung trägt. Wenn – was im Rahmen einer Sektoruntersuchung nicht abschließend bewertet werden kann – etwaige kartellrechtliche Einzelverfahren an verschiedenen von Marktteilnehmern aufgeworfenen Einzelpunkten zu dem Ergebnis kommen sollten, dass ein Verhalten Googles negative wettbewerbliche Wirkungen hat, stellt sich die Frage, wie nachhaltig die erzielbaren Effekte sind, wenn das individuelle Verhalten in dem betreffenden Einzelaspekt abgestellt wird. Möglicherweise könnten entsprechende Einzelmaßnahmen an Grenzen stoßen, wenn einmal das gesamte Netz der Möglichkeiten Googles zur Einflussnahme auf die Marktverhältnisse in die Betrachtung einbezogen wird: Dieses Unternehmen hat letztlich Einfluss auf eine Vielzahl an „Stellschrauben“ für das Online-Werbesystem – vom Browser des Nutzers und Android als Betriebssystem bis hin zu den Buchungsschnittstellen für Werbetreibende. Zugleich ist das System – auch da zu großen Teilen als Software-as-a-Service (SaaS) realisiert, so dass Updates zentral auf den Servern erfolgen können – hoch dynamisch und für den außenstehenden Betrachter mindestens teilweise opak. Behördlich verordnete Einschränkungen bei der Nutzung einer „Stellschraube“ könnte Google daher wahrscheinlich viel leichter als alle anderen Unternehmen durch Änderungen an anderen „Stellschrauben“ wirtschaftlich kompensieren – und es könnte längere Zeit dauern, bis Dritten die Wirkungen auffallen. Google befindet sich als Vermittler fremder Werbeflächen zudem in einem stetigen Interessenkonflikt, da es auch in erheblichem Umfang über eigene Werbeflächen verfügt und diese über dieselben Systeme vermarktet. Ferner stellt sich bei den meisten Stellschrauben in der Bewertung das Problem der tatsächlichen „Janusköpfigkeit“ von Änderungen.
- (454) Dies wirft insgesamt die Frage auf, ob an einzelnen Verhaltensweisen ansetzende Maßnahmen ausreichend sind, oder ob nicht grundlegendere, breiter angelegte, möglicherweise strukturelle Eingriffe diskussionswürdig sind. Dies erforderte sicherlich eine schwierige Abwägung, auch weil so eventuelle Entwicklungsmöglichkeiten beschnitten

werden können und in Innovationen eingegriffen werden kann. Die Anwendung des aktuellen bzw. noch in Erweiterung befindlichen, insbesondere § 19a GWB und den europäischen DMA umfassenden Instrumentariums stellt jedenfalls einen wichtigen Schritt in der Adressierung bislang identifizierter Wettbewerbsbedenken im Bereich der Digitalwirtschaft dar. Sollte sich aber – auch unter Berücksichtigung der vielversprechenden neuen kartellrechtlichen und regulatorischen Ansätze und der damit gesammelten Erfahrungen – eine begrenzte Wirksamkeit kartellbehördlicher Untersagungen und anderer punktueller Verhaltensvorgaben für den Wettbewerbsprozess zeigen, so sollte die Möglichkeit erweiterter Eingriffe stärker in den Mittelpunkt der Diskussion rücken.

G. Weiteres Vorgehen

- (455) Das Bundeskartellamt versteht diesen Diskussionsbericht als Anstoß für einen Dialog mit den Marktteilnehmern und weiteren interessierten Kreisen. Hierzu erhalten alle Interessenten die Gelegenheit, bis zum

28. Oktober 2022

schriftlich Stellung zu nehmen.

Das Bundeskartellamt wird die abgegebenen Stellungnahmen auf seiner Homepage veröffentlichen. Zusätzlich kann auf Wunsch eine vertrauliche Fassung der Stellungnahme eingereicht werden. Es ist möglich, fristwährend eine englischsprachige Fassung der Stellungnahme einzureichen. Eine deutsche Fassung ist dann bis spätestens zum 11. November 2022 erforderlich. Je nach Ergebnis der Konsultation können sich unter Umständen auch weitere Ermittlungen anschließen.

