



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

Stellungnahme zum Diskussionsbericht zur
Sektoruntersuchung Online-Werbung des
Bundeskartellamts vom 22. August 2022
(B6-25/18)

Stand: 15. November 2022

Zum ZAW und seinen Mitgliedern

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist der Dachverband der Werbeindustrie in Deutschland. Mit seinen 43 Mitgliedsorganisationen vertritt der ZAW die Interessen sämtlicher Branchen und Sektoren der Werbewirtschaft. Die Mitglieder des ZAW sind Organisationen und Unternehmen aus den Bereichen der werbenden Wirtschaft, der Medien|Werbeträger, der Kommunikations- und Mediaagenturen sowie der Markt- und Sozialforschung. Diese Stellungnahme des ZAW wird explizit unterstützt durch seine Mitgliedsverbände BDZV, IVW, MVFP, Markenverband, OMG, OWM, VAUNET und vдав, welche die gesamte digitale Wertschöpfungskette der Online-Werbung von den Publishern über Agenturen und AdTech-Anbieter bis zu den Werbetreibenden vertreten.

A. Einführender Überblick

Der ZAW begrüßt die Bemühungen des Bundeskartellamts, mit einer Sektoruntersuchung die Marktstrukturen und die -mechanismen im Bereich der Online-Werbung zu beleuchten.

Insbesondere wegen der Präsenz von Unternehmen mit besonderer marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb auf allen Wertschöpfungsstufen der digitalen Werbung, mit besonderem Fokus auf Google, beobachten wir ein grundlegendes strukturelles Marktversagen, mit all seinen Nachteilen für Marktteilnehmer jeder Art und Größe. Dieses Marktversagen zu adressieren und für mehr Wettbewerb im gesamten Bereich der Online-Werbung zu sorgen, sollte eine Top-Priorität des Bundeskartellamts sein.

Angesichts der erheblichen Relevanz der Sektoruntersuchung für die gesamte Medien- und Werbewirtschaft bedauert es der ZAW, dass das Bundeskartellamt bislang nicht die Expertise der relevanten Verbände, einschließlich des Werbe-Dachverbands, einbezogen und ihnen in dem seit 2018 laufenden Verfahren keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.

Nach seinem Vorwort werden im Diskussionsbericht *„die Ergebnisse der umfassenden Ermittlungen dargestellt und anschließend ein Ausblick auf aktuelle und mögliche Entwicklungen der betroffenen Märkte unter wettbewerblichen Gesichtspunkten gegeben“*. Im Bereich der Schilderung technischer Mechanismen wird der Bericht diesem Anspruch durchaus gerecht, auch wenn das strukturelle Marktversagen heute noch ausgeprägter erscheint als im Bericht beschrieben. Deutlich zu kurz kommen im Bericht insbesondere die erheblichen Wechselwirkungen zwischen suchbasierter und nicht-suchbasierter Werbung. Zahlreiche aktuelle Wettbewerbsverzerrungen im Bereich der nicht-

suchbasierten Werbung zielen jedenfalls auch darauf ab, Quasi-Monopole im Bereich der lukrativen Suchwerbung vor Substitutionswettbewerb abzuschirmen; sei es im Bereich der generellen suchbasierten Werbung für Websites (Google) und Apps (Apple/Google) oder der spezialisierten suchbasierten Werbung für Produkte (Amazon). Die programmatische, verhaltensbasierte Display-Werbung ist das einzige Werbeformat, das die Monopolanbieter von Suchwerbung (zumindest) in relevanten Randbereichen disziplinieren kann, weil die Targeting-Qualitäten aus Sicht der Werbekunden zumindest eine vergleichbare Performance erlauben. Umso bedeutender ist es, wettbewerbspolitisch, dieses Werbeformat zu fördern. Und desto kritischer sind spiegelbildlich alle Maßnahmen zu beurteilen, die die datenbasierte programmatische Werbung weiter schwächen.

Jenseits der technischen Schilderungen bringt der Diskussionsbericht aktuell aus unserer Sicht nicht die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Online-Werbung ausreichend zum Ausdruck. Ebenso scheinen uns die relevanten *wettbewerblichen* Gesichtspunkte untergewichtet.

Über weite Strecken strahlt der Bericht eine bedauerliche Grundskepsis an werbefinanzierten Geschäftsmodellen und eine Sympathie mit einem vermeintlichen, aber unbelegten „Zeitgeist“ aus, dass die Nutzung personenbezogener Daten mehr Unheil als Heil bringe. Die Vorteile der rechtmäßigen Nutzung von Daten durch eine große Anzahl von Marktteilnehmern für Innovation, Wettbewerb und Datenschutz werden unterschätzt. Ebenso die seit 2021 anhand der Folgen von Apple ATT und der Google Privacy Sandbox empirisch belegten Wettbewerbsverzerrungen, die mit einer einseitigen Beschränkung des Zugangs zu Daten einhergehen. Stattdessen spekuliert Abschnitt D über hypothetische Risiken im Zusammenhang mit datenbasierter Werbung – leider auf Basis technisch unzutreffender Prämissen und ökonomisch realitätsfremder Annahmen.

Zu Recht weist der Bericht einleitend darauf hin, dass die Perspektive der Online-Werbung von einer Frage abhängt: *„die Frage nach Veränderungen beim Zugang zu Daten für Werbezwecke und nach den wettbewerblichen Konsequenzen unterschiedlicher Entwicklungswege hierbei“* (Rn. 232). Doch genau bei dieser so bedeutsamen Analyse in Abschnitt D weist der Diskussionsbericht die größten Defizite auf; sowohl bei der Aktualität als auch bei der Abwägung der relevanten Vor- und Nachteile datenbasierter Werbemodelle. Vor allem die Quasi-Monopolisten im Bereich der Suchwerbung lobbyieren auf Basis unzutreffender Prämissen und übertriebener Risikoszenarien im Hintergrund intensiv dafür, die effizienzsteigernde und einen Markteintritt erst ermöglichende Bündelung von Daten durch kleine und mittlere Unternehmen zu erschweren. Die Gatekeeper erhoffen sich dadurch das Datengefälle zu ihnen weiter zu vergrößern. Ihre Walled Gardens sind dank tiefgreifender Datenprofile auf der Basis von Logins auf ein Bündeln von Third-Party-Daten nicht angewiesen, auch

nicht jenseits der suchbasierten Werbung. Es darf daher nicht übersehen werden, dass digitale Gatekeeper vermeintliche Datenschutzinteressen pro-aktiv einsetzen, um ihre Werbe- und Bezahlmodelle vor Wettbewerb durch effiziente programmatische Werbung kleiner und mittelgroßer Unternehmen abzuschirmen und ein vermeintliches Mehr an Datenschutz „in der Breite“ regelmäßig auf ein weniger an Datenschutz und Wettbewerb „in der Spitze“ hinausläuft.

Kartellrechtsrelevante Gefahren für Wettbewerb und Datenschutz gehen nicht von der Aggregation anonymisierter und generischer Third-Party-Daten für programmatische Online-Werbung in Echtzeit aus. Die größten Gefahren gehen vielmehr von der Konzentration von Zero- und First-Party-Daten mit Klarnamenbezug in der Hand einiger weniger, wirtschaftlich unumgehbarer Gatekeeper aus. Aus gutem Grund ist es nicht einmal Zweck des Datenschutzrechts, auf einen Schutz von Daten als solches und deren geringere Nutzung hinzuwirken. Auch ist es der risikobezogenen Dimension des Datenschutzes inhärent, Unterschiede hinsichtlich der Datentiefe und bei den Verknüpfungsmöglichkeiten von Daten zu beachten. Das Kartellrecht zwingt erst recht zu solchen Differenzierungen. Einige der im Diskussionsbericht gemachten Vorschläge für „*datenschonendere Geschäftsmodelle*“ würden indessen die im Bericht erwähnten Gefahren für den Datenschutz und Wettbewerb deutlich verstärken, statt sie zu reduzieren, insbesondere weil sie bestehende Asymmetrien vergrößern. Abschnitt D und seine Zusammenfassung in Randnummern 447 bis 452 sollten daher vollständig gestrichen oder zumindest Satz für Satz an die tatsächlichen Marktverhältnisse angepasst werden.

Eine solidere Würdigung der Wechselwirkungen zwischen such- und nicht-suchbasierter Werbung würde automatisch auch noch stärkere Argumente für die strukturellen Lösungsansätze in Abschnitt E liefern, die wir im Wesentlichen unterstützen und gerne konkretisieren würden. Insgesamt würden wir uns erhoffen, dass der Abschlussbericht (i) ein größeres Augenmerk auf die wichtigen Funktionen von Werbung für eine funktionierende Marktwirtschaft und ihre Bedeutung als zentrale Refinanzierungsquelle für die gesamte private Medienwirtschaft richtet, (ii) die Bedeutung rechtmäßiger Datenverarbeitung für Innovationen und wirksamen Wettbewerb im Digitalbereich erkennt und (iii) einige der überzogenen und sachfremden Risikoschilderungen versachlicht und der Realität programmatischer Werbung annähert.

B. Zu Fokus und Gewichtung des Diskussionsberichts

I. Stärkere Berücksichtigung empirischer Daten

Eine grundsätzliche Schwäche des Diskussionsberichts liegt in der unzureichenden Auswertung empirischer Daten zur Funktionsweise von Online-Werbung im Allgemeinen und zur Relevanz des Zugangs zu Daten für wettbewerbsfähige Werbeangebote im Besonderen.

Kapitel A, B und C verwerten die Antworten aus den Fragebögen, die das Bundeskartellamt an Marktteilnehmer verschickt hatte. Auch wenn die Daten von 2020 nicht mehr ganz aktuell sind (dazu unter C.), schaffen sie eine empirische Grundlage für die Ausführungen in diesen Kapiteln.

Anders verhält es sich für Abschnitt D. Das Kapitel beginnt noch mit der Auflistung von einigen Studien, die – bis auf eine (nicht repräsentative¹) – zeigen, dass die Erlöse für Anzeigen ohne Datenzugang um knapp die Hälfte einbrechen. Weitere Studien, die zu noch höheren Einbrüchen kommen, werden nicht genannt.² Danach verzichtet Abschnitt D dann ganz auf Empirie. Stattdessen werden vermeintliche „öffentliche Reaktionen“ und „technische Abwehrbemühungen“ als Indizien dafür herangezogen, dass sich Verbraucher eine Einschränkung der Nutzung von Daten für Werbezwecke wünschen. Dass diese Reaktionen und die technischen Abwehrangebote gezielt (ausgerechnet) von Apple und Google zur Absicherung ihrer Suchwerbemonopole geschürt und angeboten wurden, wird weder problematisiert noch als Anlass für ein Hinterfragen der eigenen Kritik an der Datennutzung genommen. Unbelegt im Raum steht nun etwa die Aussage, die Nutzung von Daten für programmatische Werbung habe ein „erhebliches Schadenspotenzial für die Nutzer“

¹ Die Studie von Marotta/Abhishek/Acquisti (Fn. 137 im Bericht) wird häufig von Anti-Tracking-Lobbyisten zitiert. Wie jedoch die (vom Bericht nicht zitierte) Studie von Ravichandran/Korula richtig bemerkt „the difference in results may be partially attributed to the fact that their analysis was performed on a single publisher (in contrast to the larger scale of previous studies)“ (“Effect of disabling third-party cookies on publisher revenue“), https://services.google.com/fh/files/misc/disabling_third-party_cookies_publisher_revenue.pdf.

² Z.B. O. Rafieian/H. Yoganarasimhan, Targeting and privacy in mobile advertising, (2021) Marketing Science, 40(2), 193-218 (“We find that an efficient targeting policy [...] improves the average click-through rate by 66.80% [...]. These gains mainly stem from behavioral information compared with contextual information. Theoretical and empirical counterfactuals show that [...] total surplus grows with more granular targeting“); Ravichandran/Korula (Fn. 1) (“We disabled access to cookies for a small fraction of randomly selected users (the treatment group). We observed that for the top 500 global publishers, average revenue in the treatment group decreased by 52%, with a median per-publisher decline of 64%“); N. Fourberg/S. Tas/L. Wiewiorra/I. Godlovitch/A. De Stree/H. Jacquemin/C. Bourguignon/F. Jacques/M. Ledger/M. Lognoul/J. Hill/M. Nunu, 2021, Online advertising: the impact of targeted advertising on advertisers, market access and consumer choice, Publication for the IMCO committee, European Parliament (“IMCO-Study“), S. 19 “It is estimated that the [CTR] for behavioral advertising is 5.3 times higher than for standard advertising“).

(Rn. 252). Auf Basis solcher Fehleinschätzungen der Risikolage wird dann über zentrale Fragen wie die Rolle von Daten für Online-Werbung und die Auswirkungen der Einschränkung des Datenzugangs für die Industrie spekuliert. Dabei werden so weitgehende Anregungen gemacht, wie die Umstellung der Geschäftsmodelle von Medien auf Bezahlmodelle. Auch hier ohne jede robuste Datenbasis.

Zu diesem wichtigen Kapitel wurden weder Fragebögen ausgewertet noch Studien in Auftrag gegeben oder Experten angehört. Vielmehr beruht das gesamte Abschnitt D aus der einseitigen Auswertung von Sekundärliteratur, die die Sammlung von Daten für Werbezwecke kritisiert. Die wichtigsten, empirischen Daten der letzten Jahre, die alle Spekulationen des Berichts über die Relevanz von Daten im Ergebnis entbehrlich machen, werden indessen nicht berücksichtigt (dazu unter C.). Die Grundskepsis des Kapitels D an Werbung als tragfähigem Geschäftsmodell ist nicht zu überlesen³ – und bedauerlich.

II. Stärkere Berücksichtigung der Wechselwirkungen mit suchbasierter Werbung

Entsprechend der zu Grunde liegenden Sektoruntersuchung fokussiert sich der Diskussionsbericht vollständig auf die nicht-suchgebundene Online-Werbung. Die nicht-suchgebundene Werbung, einschließlich der in diesem Rahmen verwendeten Werbetechnologien (AdTech), darf aber nicht isoliert betrachtet werden. Tatsächlich übersieht die Analyse der Marktbedingungen für die nicht-suchgebundene Werbung im Diskussionsbericht wichtige Wechselwirkungen zum Wettbewerb im Bereich der suchgebundenen Werbung, einschließlich der Rubrikenwerbung. Das hat zu Fehlgewichtungen im Bericht geführt. Einige Beispiele:

- Für 2020 geht der Diskussionsbericht von einem Gesamtvolumen des Online-Werbemarktes von EUR 10 Mrd. aus. Davon entfielen EUR 4.6 Mrd. auf suchbasierte Werbung und EUR 1.2 Mrd. auf Rubrikenanzeigen, die regelmäßig ebenso suchgebunden sind (Rn. 3). Der Diskussionsbericht widmet sich damit „nur“ den knapp 40% der Ausgaben für nicht-suchbasierte Online-Werbung.
- Der Diskussionsbericht rechtfertigt den Fokus auf nicht-suchbasierte Werbung mit dem Argument, dass es *„bei der suchgebundenen Online-Werbung nur sehr wenige Anbieter gibt, die ihre Werbeflächen über integrierte Systeme vertreiben“* (Rn. 4). Tatsächlich teilen Google, Amazon und Apple nahezu den gesamten Bereich der suchgebundenen Werbung und damit

³ Sie zeigt sich u.a. darum, dass Nachteile als Fakten präsentiert werden, aber Vorteile im reinen Konjunktiv, z.B. in Rn. 300 *„Online-Werbung verspricht zumindest konzeptionell, die Position der Werbetreibenden bei der Messung und Rückmeldung der Werbewirkung zu verbessern“*. Das ist kein Versprechen, sondern ein Fakt.

knapp 60% der Gesamtausgaben für Werbung unter sich auf. Dabei genießt jeder Anbieter ein weitgehend abgeschottetes Suchwerbemonopol für seinen Bereich: Google hat ein „ultra-dominantes“⁴ Monopol für suchgebundene Werbung über generelle Suchdienste sowie ein technisches Monopol für suchgebundene Werbung für Apps auf dem App Store von Android-Geräten. Apple hat ein technisches Monopol für Suchwerbung im App Store von iOS-Geräten und teilt sich über ein Revenue-Share-Agreement (RSA) mit Google die Monopolgewinne für die suchgebundene Werbung über Suchdienste auf iOS-Geräten, auf denen die Google Suche vorinstalliert ist. Und Amazon beherrscht mit großem Abstand den Markt für die spezielle Suchwerbung für Produkte (Retail Media).

- Die Markteintrittsbarrieren für suchgebundene Werbung sind noch höher als für nicht-suchbasierte Werbung. Die Marktstrukturen sind noch verkrusteter und Wettbewerbsdefizite und volkswirtschaftliche Nachteile noch stärker als bei der nicht-suchbasierten Werbung.
- Verglichen mit den Monopolstrukturen im Bereich der suchgebundenen Werbung, liefert der Bereich der nicht-suchgebundenen Werbung geradezu einen Lichtblick. Nur hier kann man überhaupt eine wettbewerbliche Struktur erkennen. Dieser Wettbewerb basiert nicht primär auf Konkurrenz zwischen „Walled Gardens“ – integrierten Systemen der Tech-Riesen –, sondern auf dem Wettbewerb zwischen den tausenden von Publishern im sog. *Open Display Market* – der auf AdTech setzt. Der Diskussionsbericht widmet sich damit genau dem Marktsegment der Online-Werbung, in dem, jenseits der Vermittlung der Werbeflächen, aktuell noch der stärkste Wettbewerb zwischen Publishern besteht.
- Für Google, Amazon und Apple sind die Erlöse aus suchgebundener Werbung deutlich wichtiger als die aus nicht-suchgebundener Werbung oder deren Vermittlung. Es geht diesen Unternehmen in erster Linie um eine Erhaltung ihrer jeweiligen Suchwerbe-Monopole. Dieses Motiv steht hinter einigen der problematischsten Eingriffe von Apple, Google und Amazon im Bereich der nicht-suchbasierten Werbung. Zur Absicherung ihrer lukrativen Suchmonopole (60% des Gesamtvolumens) haben Google, Amazon und Apple einen ökonomischen Anreiz, jeden Substitutionswettbewerb durch nicht-suchbasierte Werbung auszuschalten. Auch der Diskussionsbericht erkennt „*ein Verhältnis der Randsubstitution zwischen suchgebundener und nicht suchgebundener Online-Werbung*“ (Rn. 392). Der stärkste Substitutionswettbewerb geht dabei von datenbasierter, programmatischer Werbung aus, weil und auch nur solange diese technisch so ausgefeilt ist, dass ihre Targeting-Fähigkeiten mit den Echtzeiteingabe-

⁴ EuG, Urteil v. 10.11.2021, T-612/17, Rn. 180 - *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*.

Vorteilen der suchgebundenen Werbung mithalten können.⁵ Google, Amazon und Apple haben erkannt, dass die effektive Reduzierung von Streuverlusten durch datenbasierte, programmatische Werbung zu einer Verlagerung von Werbebudgets weg von (überteuerter) Suchwerbung und hin zu nicht-suchbasierter Online-Werbung bewirkt. Sie setzen alles daran, dies zu verhindern, indem sie die Targeting-Fähigkeiten der nicht-suchbasierten Online-Werbung schwächen.

- Für das Schwächen der Targeting-Fähigkeiten – und damit der Qualität – nicht such-basierter Online-Werbung setzen Google, Apple und Amazon den Datenschutz als Schwert und Schutzschild zugleich ein: (i) Unter anderem mit *ATT* und der *Privacy Sandbox* kappen Apple und Google (durch ein RSA wirtschaftlich eng verbunden) den Zugriff aller Wettbewerber in ihren Ökosystemen auf Daten, die für die Funktionsfähigkeit nicht-suchbasierter Werbung essentiell sind. (ii) Gleichzeitig lobbyieren sie im Hintergrund unter dem Deckmantel des Datenschutzes für eine Einschränkung der Datenverarbeitung für die Zwecke der nicht-suchbasierten Werbung, unter anderem über Verbände, die dies irrig als Beitrag für den Verbraucherschutz missverstehen. (iii) Parallel hierzu nutzen Apple, Amazon und Google den Datenschutz als Schutzschild, um jeden Anspruch auf eine Teilung ihrer werberelevanten Daten abzuwehren. Während sie also Wettbewerbern den Zugriff auf werberelevante Daten technisch (und über Datenschutz-Lobbying) erschweren, bilden sie selbst immer tiefere Datenprofile, ohne Dritten auch nur Zugang zu den essentiellsten Daten zu gewähren. Die Abschottung von Werbemärkten seitens der §19a-Unternehmen durch den Verschluss von Datenquellen ist allgegenwärtig (dazu sogleich unter C).
- Für eine effektive Segmentierung von Nutzergruppen mittels suchbasierter Werbung brauchen Anbieter über die Sucheingabe hinaus keinen weiteren Zugriff auf Nutzerdaten. Gleiches gilt für Websites oder Apps, die sich wegen eines eindeutigen kommerziell relevanten Inhalts gut für kontextbasierte (nicht-suchgebundene) Werbung eignen. Das

⁵ Vgl. Diskussionsbericht, Rn. 438; CMA, Online platforms and digital advertising, Final Report, 2020, Rn. 5.23 - 2. Bullet „*Search is primarily intent-based advertising [...] at the end of the purchase funnel (‘in-market consumers’), whereas display is suitable for raising brand awareness and reaching new audiences that might not yet have shown interest (‘out-of-market consumers’). Most advertisers set budgets for search and display advertising independently and do not allocate them interchangeably. [...] We note, however, that there is some evidence that display advertising, particularly on Facebook, is increasingly being used for targeting in-market conversions*“, also dem klassischen Metier von Suchwerbung. Besonders stark sind die Wechselwirkungen bei den wirtschaftlich bedeutsamen Direct-Response-Anzeigen, d.h. Anzeigen, die Nutzer direkt zu einer Transaktion animieren, näher *Höppner/Piepenbrock*, Digitale Werbung und das Google Ökosystem, 2023, S. 62 ff., 331.

erklärt, warum es sich solche Unternehmen (etwa Suchdienste wie DuckDuckGo oder Brave⁶) „leisten“ können (und sogar einen wirtschaftlichen Anreiz haben), für eine Erschwerung der Datenverarbeitung für nicht-suchbasierte Werbung zu plädieren. Aussagen und Lobbying-Bemühungen dieser Anbieter und der von ihnen instrumentalisierten Institutionen⁷ zum Thema Daten dürfen nicht verallgemeinert werden.

- Die datenbasierte, programmatische Werbung stellt aktuell den einzigen Bereich der Online-Werbung dar, in dem Wettbewerb zwischen Publishern (noch) existiert und der Substitutionswettbewerb und damit zumindest eine gewisse Disziplinierung der wirtschaftlich heute unangreifbaren Monopole im Bereich der Suchwerbung bewirken kann. Damit kommt der Erhaltung dieses Wettbewerbs und der Targeting-Fähigkeiten programmatischer Online-Werbung eine herausgehobene wettbewerbliche Bedeutung zu.
- Je vermachteter und wirtschaftlich bedeutsamer ein Markt, desto schutzwürdiger ist der Rest- und Substitutionswettbewerb. Bedenkt man die extreme strukturelle Vermachtung und hohe wirtschaftliche Bedeutung der Märkte für suchbasierte Werbung, ist dem Substitutionswettbewerb durch datenbasierte, nicht-suchbasierte Werbung wettbewerbspolitisch höchste Priorität einzuräumen. Trotz des klaren Appells von § 19a GWB geht der Diskussionsbericht nicht auf diese marktübergreifenden Wechselwirkungen ein. Der wettbewerbspolitische Teil des Abschnitts D übersieht diesen zentralen Aspekt völlig und tendiert dann auch zu gegenteiligen Vorschlägen: programmatische Werbung weiter zu schwächen und spiegelbildlich Suchwerbemonopole dadurch zu stärken, dass der Zugang zu Daten noch weiter beschränkt wird, als es das ohnehin schon strenge Datenschutzrecht heute bereits vorsieht. So überzieht der Diskussionsbericht im Ergebnis den Datenschutz zu Lasten des Wettbewerbs. Dabei wäre mehr – nicht weniger – Wettbewerb entlang der gesamten digitalen Werbewertschöpfungskette auch größter Garant für mehr Datenschutz. Aus diesem

⁶ So begann Johnny Ryan, heute Kläger gegen RTB für den Irish Council of Civil Liberties (ICCI), seine Anti-Tracking- und Anti-RTB-Kampagne als Chief Policy Officer bei Brave (<https://brave.com/author/johnny-ryan/>). Nachdem er 2020 bei ICCI anfang, setzte er dort sein Lobbying mit denselben Slides und Aussagen fort. Der Diskussionsbericht hält diese Aussagen nun unkritisch für die „einer privaten Bürgerrechts-NGO“ (Rn. 238). Es zu bedenken ist auch, dass Ryan gleichzeitig Aufsätze zur Schnittstelle von Datenschutz und Wettbewerb mit Autoren veröffentlicht, die nach eigener Auskunft Apple und Amazon zu diesem Thema beraten (und die wie Brave Suchwerbung vor Wettbewerb abschirmen wollen (s.o.)), vgl. Caffarra/Ryan, „Why privacy experts need a place at the the antitrust table“, <https://www.competitionpolicyinternational.com/why-privacy-experts-need-a-place-at-the-antitrust-table/>; Caffarra/Crawford/Ryan, “ The antitrust orthodoxy is blind to real data harms”, <https://cepr.org/voxeu/blogs-and-reviews/antitrust-orthodoxy-blind-real-data-harms>.

⁷ S. Fn. 6.

Grund teilen wir– trotz der Kritik an Abschnitt D – ja auch die Feststellung des Berichts zu den Strukturdefiziten bei der Vermittlung nicht suchwortgebundener Werbung und erwarten, dass (i) Wettbewerb in diesem Bereich strukturell grundlegend gestärkt wird, und (ii) nicht durch *ATT* und die *Privacy Sandbox* weiter geschwächt wird.

Überhaupt kommen im Diskussionsbericht Wettbewerbsgesichtspunkte deutlich zu kurz im Verhältnis zu Datenschutzerwägungen, die im Bericht deplatziert bis zu kontraintuitiv erscheinen.

III. Stärkerer Fokus auf Aspekte des Wettbewerbs

Abschnitt D stellt die Fragen nach „*möglichen Folgen für den Wert von nicht suchgebundener Online-Werbung und die Marktchancen ihrer Anbieter*“, wenn man den Zugang zu Daten, die für programmatische Werbung eingesetzt werden, weiter einschränken würde. Über 20 Seiten hinweg befasst sich der Bericht dann mit den „*Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung und deren Wandel*“ und sieht in dem Zusammenhang ein „*verändertes Bewusstsein über die eingesetzten Methoden der Datenerhebung*“. Das geht so weit, dass der Bericht „*rechtliche Zweifel an den derzeit eingesetzten Cookie-Bannern*“ sieht (Rn. 270). Kleinen und mittelgroßen Verlegern wird ein „Friss oder Stirb“ und eine „unfreiwillige“ und damit nicht datenschutzkonforme Einwilligung vorgeworfen, wenn sie Nutzern, die nicht in die Verwendung ihrer Daten für effektive Werbung einwilligen, darauf verweist, dann ein Abo abschließen zu müssen (Rn. 280-282, 310). Das wägt die betroffenen Grundrechte unzureichend ab, ist schon datenschutzrechtlich unzutreffend⁸ und übersieht, dass hier kein relevanter Nachteil angedroht wird und die Datenverarbeitung auch zum Vorteil des Nutzers geschieht.⁹ Jedenfalls überraschen die (sehr engen¹⁰) datenschutzrechtlichen Würdigungen in der

⁸ *Kühling/Sauerborn*, Herausforderungen für Telemedienanbieter bei der Compliance mit den Vorgaben des TTDSG und der DSS-GVO, Rechtsgutachten im Auftrag des ZAW, S. 21 ff m w.N, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ko/13b_Kuehling-Sauerborn-Gutachten-ZAW-25-26-TTDSG-final.pdf

⁹ Vgl. Österreichische Datenschutzbehörde, Beschl. V. 30.11.2018, DSB-D122.931/0003-DSB/2018, "*Im Ergebnis liegt in den Konsequenzen bei Nichtabgabe einer Einwilligung bei weitem kein wesentlicher Nachteil vor und ist die betroffene Person mit keinen beträchtlichen negativen Folgen konfrontiert. Ebenso ist nach der Judikatur der Datenschutzbehörde zu berücksichtigen, dass eine freiwillige Einwilligung dann vorliegen kann, wenn ein bestimmter Verarbeitungsvorgang auch zum erkennbaren Vorteil der betroffenen Person gereicht (vgl. anstelle vieler DSK vom 8. März 2006, DSK 8.3.2006, K178.209/0006-DSK/2006*". Auch nach den Bewertungskriterien der französischen Datenschutzbehörde CNIL (critères d'évaluation) für den rechtskonformen Einsatz von Cookie Walls v. 16.5.2022 sind entsprechende Maßnahmen nicht zu beanstanden, s. <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookie-walls/la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>.

¹⁰ Wie eng das BKartA hier das Datenschutzrecht auslegen will, zeigt etwa das folgende Zitat: „*Geht man also davon aus, dass de lege lata jedenfalls dann, wenn eine selbstbestimmte Einwilligung vorliegt, bestimmte Datenverarbeitungen der aktuell eingesetzten Tracking-, Targeting- und Messmethoden grundsätzlich zulässig sein könnten, so stellt sich die Frage,*

Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts. Es ist im Übrigen in der gesamten Medienwirtschaft so, dass man für Dienste zahlen muss – entweder durch Daten für eine Werbefinanzierung oder eben direkt durch ein Entgelt. Wer ein Angebot ohne Werbung oder mit Werbung zum halben Preis nutzen will (weil Targeting nicht funktioniert), der muss eben selbst dafür zahlen (s. Netflix).

Kleinen Verlegern ein „Friss oder Stirb“ und „Dark Pattern“ vorzuwerfen, aber die viel schwerwiegenderen Formen durch Gatekeeper unbeachtet zu lassen, passt nicht.

Der Bericht geht über viele Seiten auf das vermeintlich neue Datenschutzbewusstsein ein und legt selbst das Datenschutzrecht aus. Auf kartellrechtliche Grundlagen für die Eindämmung der Marktmacht der aktuell beherrschenden Werbeanbieter Google, Apple und Amazon und das veränderte Bewusstsein im Umgang mit digitaler Marktmacht wird hingegen kaum eingegangen. Die richtige Erkenntnis des Präsidenten des Bundeskartellamts, Andreas Mundt, dass diese Marktmacht *„massive Interventionen von Wettbewerbshütern erfordert“*¹¹, und zwar nicht zum Schutz von Daten, sondern des Wettbewerbs, spiegelt sich jedenfalls in Abschnitt D nicht wider. Im Gegenteil, hier wird offen für eine weitere Beschränkung des Datenzugangs kleiner und mittlerer Unternehmen wegen vermeintlicher Risiken für den Datenschutz plädiert, ohne die dramatischen Folgen eines solches Eingriffs hinreichend zu würdigen. Dabei braucht man über diese Folgen nicht zu spekulieren, wie es der Diskussionsbericht tut. Die Folgen sind heute empirisch belegt.

B. Zur Aktualität des Diskussionsberichts: Wesentliche Entwicklungen seit 2018

Eine grundsätzliche Schwäche des Diskussionsberichts liegt in seiner mangelnden Aktualität. Unserer Kenntnis nach wurden die letzten Fragebögen mit einer Frist für Antworten bis zum 5. Oktober 2020 verschickt. Auf diesem Stand erscheinen uns auch die wesentlichen Ausführungen im Diskussionsbericht. Gerade die letzten beiden Jahre lieferten indessen wegweisende empirische Erkenntnisse für die Funktionsweise von Online-Werbung, die Bedeutung von Daten und die Wechselwirkungen zwischen such- und nicht suchbasierter Werbung. Diese Entwicklungen müssen noch in den finalen Abschlussbericht einfließen:

ob in der Praxis die Voraussetzungen einer solchen Einwilligung regelmäßig erfüllt werden“ (Rn. 270). Es steht außer Frage, dass aktuell Daten für programmatische Werbung datenschutzrechtskonform genutzt werden und dies auch so sein muss.

¹¹ A. Mundt im Interview FAZ, „Es gibt keinen Grund, warum Big Techs eine Vorzugsbehandlung genießen sollen“, v. 1.11.2022.

I. Apple ATT – Vereitelung des Drittzugangs zu Daten für eigenen Markteintritt

Der Diskussionsbericht erwähnt den „App Tracking Transparency“ Framework (ATT), den Apple im Mai 2021 eingeführt hat. Doch überraschenderweise wertet er nicht die Folgen dieses grundlegenden Eingriffs aus, obwohl er den gesamten Abschnitt D überschattet. Die aktuellsten Zahlen zu den ökonomischen Auswirkungen von Apple ATT sind ebenso eindeutig wie alarmierend. In Deutschland hat Apple ATT den **Anteil des (dank Einwilligung) trackbaren Traffics auf Apple-Geräten innerhalb weniger Monate um über 60% reduziert**, von 86% im Mai 2021 auf 26% im Februar 2022.¹² In den USA betrug der Einbruch sogar 70%. Dieser Rückgang korrespondierte mit einem **Rückgang der durchschnittlichen Werbeerlöse** von Publishern auf Apple-Geräten **um 19,41%**, was 9,82% weniger Werbeerlöse insgesamt ausmachte.¹³ Die Studie schlussfolgerte, dass es *„unwahrscheinlich ist, dass Publisher in der Lage sind, die Rate für ausdrückliche Einwilligungen [Opt-Ins] auf einen hinreichenden Grad zu steigern, um diese Verluste zu kompensieren (z.B. Deutschland müsste die ausdrückliche Einwilligungsrate um 73.34% steigern, um die entgangenen Werbeerlöse wieder zu gewinnen).“*¹⁴

Diese Zahlen decken sich im Wesentlichen mit denen, die in Deutschland nach der Einführung von Apple ATT zu beachten waren. Dabei ist zu beachten, dass die Umsatzeinbrüche am stärksten bei Publishern ausfielen, die auf verhaltensbasierte Werbung angewiesen sind, weil sich der Kontext ihrer Webseiten und Apps nicht für ein Targeting eignet. Auch waren kleinere lokale Publisher stärker betroffen als größere nationale Anbieter. Für den (separaten) Markt programmatischer verhaltensbasierter Online-Werbung (im Open Display Markt) stellte Apple ATT damit einen einschneidenden Eingriff dar. Anders als es der Diskussionsbericht suggeriert (Rn. 257.), lässt sich diese Entwicklung nicht auf ein verändertes Datenbewusstsein der Apple-Nutzer zurückführen. In Deutschland waren Nutzer schon lange vor Mai 2021 datenbewusst. Es trat nicht innerhalb von drei Monaten eine Kehrtwende um 70% ein. Vielmehr ist es allein das Ergebnis eines missbräuchlichen

¹² Kraft/Skiera/Koschella, „Economic Impact of Apple’s App Tracking Transparency Framework (ATT)“ (im Erscheinen), finanziert durch das European Research Council (ERC), p. 47.

¹³ Ebenda, Abstract, *“We find that, in the USA, ATT reduced the share of trackable (vs. non-trackable) Apple traffic by 70%, from 73.05% to 22.15%. Most of this decline occurred within three months after ATT’s introduction, as most users updated their operating systems. This decline corresponds to a 19.41% decrease in publishers’ daily advertising revenue from Apple users, representing a 9.82% decrease in daily advertising revenue overall (considering both Apple and Android users). For the remaining countries, ATT’s effects on advertising revenue varied substantially (decreases of 1.23%–11.79%); an analysis of the drivers underlying ATT’s effects attributes this finding to cross-country variation in users’ explicit consent rates (18.18%–44.65%).”*

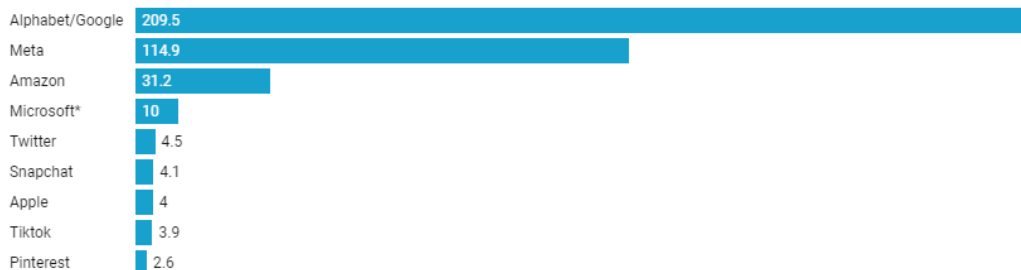
¹⁴ Ebenda, p. 47.

„Dark Patterns“ von Apple, der Nutzer dazu verleitet, Dritten die Datennutzung zu untersagen, so dass Apple selbst seine Datenasymmetrie ausbauen und monetarisieren kann.

Die Einbrüche der Einstimmungsrate haben Publisher und Werbetreibende Milliarden gekostet. Trotz eines großen Arsenal an First-Party-Daten musste selbst Meta im Jahr 2022 wegen Apple ATT einen Rückgang der Werbeerlöse für Facebook, Instagram und WhatsApp um US \$ 10 Mrd. verbuchen.¹⁵ Am 9. November 2022 musste das Unternehmen über 11.000 Mitarbeiter, 13% der Belegschaft entlassen. Als einen Hauptgrund nannte Metas CEO Zuckerberg einen schlechteren Zugang zu Werbedaten – infolge von Apple ATT.¹⁶ Es liegt nahe, dass die Einbrüche für den Großteil der Publisher ohne signifikante First-Party-Daten noch deutlich stärker ausgefallen sind. Die Einschränkung des Zugangs zu Third-Party-Daten trifft die kleineren Anbieter am stärksten.

Während wegen ATT die Werbeerlöse bei anderen einbrachen, schaffte ATT die Basis für Apples phänomenalen Einstieg in den Werbemarkt im Jahr 2021. **Innerhalb eines Jahres nach der Einführung von Apple ATT verdoppelte Apple seine eigenen Werbeerlöse von unter US \$ 2 Mrd. auf über US \$ 4 Mrd.** Damit gehört Apple schon heute zu den sieben umsatzstärksten Werbeunternehmen.

Ad revenues for the largest digital platforms in 2021



*Microsoft stated that its ad revenue was greater than 10 billion, but did not provide an exact figure. Apple's ad revenue is based on a report in Bloomberg.
 Chart: Scott Peterson / Roland Eisenbrand OMR • Source: Company figures and analyst reports • [Get the data](#) • Created with [Datawrapper](#)

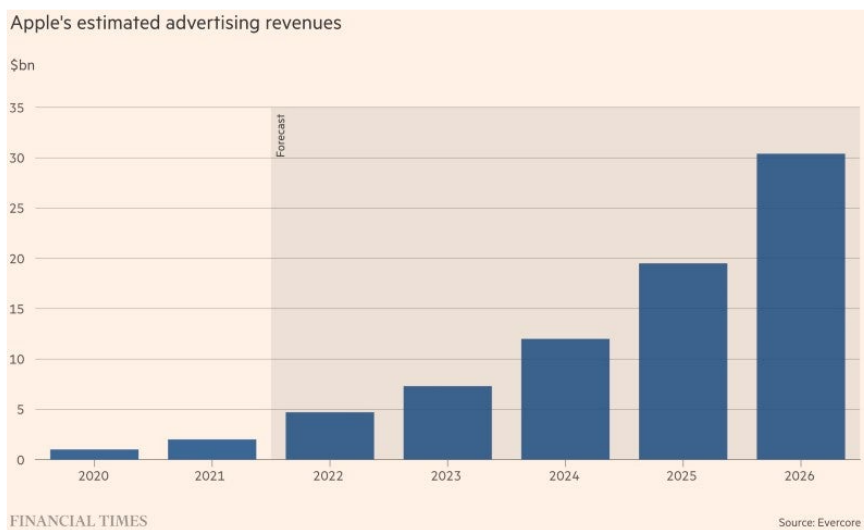
Analysten erwarten für 2023 eine weitere Verdoppelung von Apples Werbeerlösen auf US \$ 9,8 Mrd.¹⁷ und für 2026 ganze US \$ 30 Mrd. – ein Wachstum um den Faktor 15 innerhalb von nur 5

¹⁵ Vgl. CNBC, 2.2.2022, "Facebook says Apple iOS privacy change will result in \$10 billion revenue hit this year", <https://www.cnbc.com/2022/02/02/facebook-says-apple-ios-privacy-change-will-cost-10-billion-this-year.html>.

¹⁶ Vgl. Meta, "Mark Zuckerberg's Message to Meta Employees", 9.11.2022, <https://about.fb.com/news/2022/11/mark-zuckerberg-layoff-message-to-employees/>. "Not only has online commerce returned to prior trends, but the macroeconomic downturn, increased competition, and ads signal loss have caused our revenue to be much lower than I'd expected."

¹⁷ Savitz, Barron's, 14/6/2022, "How Apple Could Build Out a \$20 Billion Ad Business" <https://www.barrons.com/articles/apple-stock-ad-business-51657826496>.

Jahren¹⁸. Analysten sind sich auch über den Grund einig: Apple ATT. So erklärte theInformation in einem Bericht vom 14.11.2022: *“The company’s ad business is also getting a boost from a recent Apple privacy policy known as App Tracking Transparency, which had a devastating effect on Meta’s ad business while making Apple’s own ads more attractive to advertisers. [...] It rippled the effectiveness of other ad networks by making it harder for advertisers to track users across third-party apps and services, as they had been doing for many years. That in turn made it difficult for those ad networks to measure whether a digital ad led to a user downloading an app from Apple’s App Store. Apple’s policy didn’t affect its own search ads business, however, because it owns the App Store and uses a more accurate analytics tool for measuring the effectiveness of search ads instead of a less accurate tool it offers third parties for measuring mobile ads. And that led to suspicions among Apple’s competitors that part of the company’s goal was to improve its own position in advertising at their expense. Meta has said that Apple’s changes will shave \$10 billion in ad revenue from its results this year, and partly blames that loss for its decision to lay off 11,000 people.”*¹⁹



The potential revenue growth of Apple’s advertising division, according to consulting firm Evercore (Graphic: Financial Times)

Gemessen an den Umsätzen von 2021 würde das Apple so zum viertgrößten Werbeunternehmen hinter Google, Meta und Amazon katapultieren. *„With more revenue and increased control, Apple is*

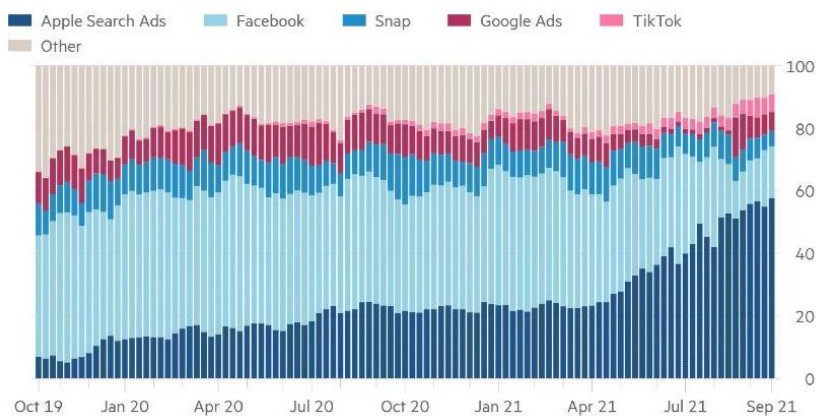
¹⁸ McGee, Financial Times, 4/9/2022, “Apple plans to double its digital advertising business workforce. Move comes just 18 months after tech giant introduced privacy changes that disrupted market”, <https://www.ft.com/content/db21685b-d4dd-421d-95ac-980e9d40c05c>.

¹⁹ Vgl. *W. Ma*, theInformation, 14.11.2022, “Inside Apple’s Love-Hate Relationship With Its \$4 Billion Ads Business”, <https://www.theinformation.com/articles/inside-apples-love-hate-relationship-with-its-4-billion-ads>

to be the dominant global marketing player²⁰ wird bereits jetzt spekuliert. Lässt das Bundeskartellamt Apple (mit ATT) gewähren, ist dies tatsächlich denkbar. Zu Lasten aller übrigen Marktteilnehmer. Die folgende Grafik zeigt, wie sich Apple ATT auf Werbekampagnen für App-Installationen auswirkten. Alle verloren außer Apple.

Apple privacy push capped rivals and helped its own ad network thrive

Share of total installs (%)



iOS 14.5 was launched April 26 this year

Source: Branch

© FT

Shares of different advertising platforms in app install campaigns as measured by Branch (Source: Branch / Graphic: Financial Times)

Ein Großteil von Apples Werbeerlösen stammt von suchbasierter Werbung. Zum einen über den Verkauf eigener Werbeflächen im Apple App Store. Zum anderen über ein Revenue Share Agreement mit Google für Werbung im Safari-Browser. Dies zeigt die erheblichen Wechselwirkungen zwischen Datenzugang für nicht-suchbasierte Werbung und Erlösen mit Suchwerbung. Apple will aber auch in den Markt für nicht-suchbasierte Werbung eindringen, etwa durch Video-Ads in seinem Apple TV Streaming-Dienst.²¹

²⁰ Eisenbrand/Peterson, 9/15/2022, "With more revenue and increased control, Apple is set to be the dominant global marketing player", <https://omr.com/en/daily/apple-marketing/>

²¹ Vgl. TheInformation (Fn. 19), 14.11.2022, aa.O., "Apple's ad business is expected to get a lot bigger in the coming years as it expands the types of ads it sells, and where it shows them, beyond the handful of App Store ad slots it currently offers. It also shows display ads in Apple News in the U.S. and is said to be planning an ad network for its Apple TV+ streaming service."

II. Google Privacy Sandbox & Google Mein Anzeigen-Center – Vereitelung des Drittzugangs zu Daten für eigenen Markteintritt 2.0

Der Diskussionsbericht geht auch nicht hinreichend auf die disruptiven Auswirkungen der *Google Privacy Sandbox* ein. Google hat die Umsetzung auf die zweite Hälfte von 2023 hinausgeschoben. Gleichwohl entfaltet die Ankündigung schon heute enorme Wirkungen im Markt. In direkter Reaktion auf die Ankündigung haben sich Werbetreibende auf die Suche nach Alternativen gemacht. Die alternativen Identifier stehen aber entweder nicht in demselben Umfang für alle Marktteilnehmer zur Verfügung; sind noch dateninvasiver (z.B. Fingerprinting und Logins) oder verzerren den Wettbewerb noch stärker zu Gunsten der Walled Gardens etablierter Tech-Riesen (z.B. First-Party-Daten und -Cookies, Single Sign-Ons).

Am deutlichsten wird das bei Googles eigener „Lösung“ für das durch seine Deaktivierung von Third-Party-Cookies für alle anderen geschaffene Problem: Am 20. Oktober 2022 führte das Unternehmen weltweit „Google My Account“ (in Deutsch „Mein-Anzeigen-Center“) ein. Google bewirbt „Mein Anzeigen-Center“ damit, Verbrauchern *„mehr Einstellungsmöglichkeiten darüber zu geben, wie [sie] Anzeigen auf den Websites und Apps von Google erleben[en]“*.²² *„Wenn ihr bei Google angemeldet seid, könnt ihr direkt über die Anzeigen in der Suche, auf YouTube und in Discover auf das Mein Anzeigen-Center zugreifen und beispielsweise auswählen, dass ihr mehr Marken und Themen sehen möchtet, die euch gefallen, und weniger von denen, die ihr nicht mögt. Ihr müsst also keine Zeit mehr damit verbringen, zu entschlüsseln, wie eure Informationen verwendet werden. Stattdessen könnt ihr eure Werbepräferenzen ganz einfach verwalten, ohne dass ihr dabei eure Online-Session unterbrechen müsst. [...] Stellt euch vor, ihr habt intensiv für euren letzten Strandurlaub recherchiert und möchtet nun, nach eurer Rückkehr aus dem Urlaub, keine Urlaubsanzeigen mehr sehen. Mit Mein Anzeigen-Center könnt ihr einfach auf das Drei-Punkte-Menü neben einer solchen Urlaubsanzeige klicken und auswählen, dass ihr diese Art von Anzeigen seltener sehen möchtet. Zudem könnt ihr euch auch Anzeigen zu Dingen anzeigen lassen, die euch wichtig sind, z. B. Angebote für Sneaker oder Weihnachtsgeschenke für eure Liebsten. [...] Natürlich könnt ihr die Personalisierung von Anzeigen auch vollständig deaktivieren. [...] Wenn ihr euch dafür entscheidet, keine personalisierten Anzeigen mehr sehen zu wollen, werden euch zwar weiterhin Anzeigen angezeigt, ihr findet sie aber möglicherweise weniger relevant oder nützlich. Dies gilt überall dort, wo ihr mit eurem Google-Konto angemeldet seid.[...] Darüber hinaus kann es auch bestimmte Themen geben, mit denen ihr*

²² Google, The Keyword Deutschland, „Mehr Kontrolle über eure Anzeigen“, <https://blog.google/intl/de-de/unternehmen/technologie/mein-anzeigen-center-start/>.

euch überhaupt nicht auseinandersetzen möchten. Mit Mein Anzeigen-Center könnt ihr Anzeigen zu Themen wie bspw. Alkohol, Dating, Gewichtsabnahme, Glücksspiel, Schwangerschaft und Erziehung einschränken. [...] Die Option zum Deaktivieren personalisierter Anzeigen im Mein Anzeigen-Center gilt für Anzeigen, die ihr sowohl bei Google als auch außerhalb von Google seht. Sie wird automatisch auf jedem Gerät angewendet, auf dem ihr mit eurem Google-Konto angemeldet seid.“²³

Mit anderen Worten: statt relevante Daten für die Segmentierung von Nutzergruppen über Third-Party-Cookies zu sammeln, intensiviert Google seinen Zugriff auf First-Party-Daten. Genauer genommen setzt Google auf Zero-Party-Daten – Präferenzen, die Verbraucher (vermeintlich) von sich aus mit Google teilen, so dass Google sie zu einem persönlichen Nutzerprofil zusammenführen kann. Um an diese Daten zu gelangen, werden Verbrauchern Vorteile vorgespielt. Ihnen wird der Eindruck vermittelt, dass sie (nur) bei Hinterlegung ihrer individuellen Werbepreferenzen und Interessen, von belästigender Werbung „sowohl bei Google als auch außerhalb von Google“ verschont bleiben. Eine Deaktivierung persönlicher Werbung sei demgegenüber keine Lösung. Wer sich dafür entscheidet, dem werden „auch weiterhin Anzeigen angezeigt“, nur eben „weniger relevante oder nützliche“. Um nun aber als Nutzer von den Vorteilen der Eingabe seiner Präferenzen für personalisierte Werbung im Internet zu profitieren, muss der Nutzer mit seinem Google-Konto angemeldet sein und bleiben. Nutzer werden also nicht nur incentiviert Google ihre Präferenzen mitzuteilen, sondern im Internet auch stets über das Google-Konto angemeldet zu bleiben.

Es ist offensichtlich, dass dieses Vorgehen die Gefahren für den Datenschutz und die informationelle Selbstbestimmung lediglich verstärkt. Über das Google-Konto können Nutzer mit Klarnamen identifiziert werden. Zugleich eröffnet die diensteübergreifende Nutzung des Google-Kontos die Bildung von individuellen Nutzerprofilen mit einer einzigartigen Datentiefe. Diese Datentiefe liegt weit jenseits dessen, was sich technisch jemals über die Akkumulation von Third-Party-Cookies erreichen ließe.

Gleichzeitig eröffnen die Zero-Party-Daten bedeutend weitreichendere Targeting-Möglichkeiten als Third-Party-Cookies. Je mehr Präferenzen Nutzer über sich preisgeben, desto mehr Anzeigen wird Google ihnen auch präsentieren (können), ohne Risiko, dass dies zu einem Wechsel des Mediums führt (als negativem Netzwerkeffekt). Google wird also u.a. in der Lage sein, noch mehr organische

²³ Google Keyword Deutschland, 20.10.2022, „Mehr Kontrolle über eure Anzeigen“, <https://blog.google/intl/de-de/unternehmen/technologie/mein-anzeigen-center-start/>.

Ergebnisse durch bezahlte Ergebnisse zu ersetzen, zu Lasten der Verbraucher, Publisher und Werbetreibenden.

Je mehr Sorgen sich Verbraucher (nicht zuletzt wegen Apples und Googles eigener PA-Arbeit) um den Schutz ihrer Daten machen, desto mehr lockt Google sie mit „*Mein Anzeigen-Center*“ zur datenintensivsten Form der Online-Werbung. Google muss sich über einen erschwerten Zugang zu Third-Party-Daten keine Sorgen machen. Der erschwerte Zugang nützt Google, weil sich das relative Datenungleichgewicht nur noch erhöht. Bis auf Amazon, Apple, und Meta wird es indessen nur sehr wenigen Publishern gelingen, über Zero- oder (zumindest) First-Party-Daten effektive Werbemodelle zu gestalten. Dafür fehlt ihnen schlicht die Reichweite und der „Hebel“ eines zentralen Plattformdienstes.

Ebenso deutlich werden die Auswirkungen von Apple ATT und der *Google Privacy Sandbox* anhand der aktuellen Explosion von Retail Media seit 2021.

III. Sturm auf First-Party-Daten und Explosion von Retail Media (Amazon)

Der Diskussionsbericht geht mit keinem Wort auf Retail Media ein, also das Angebot von Werbeflächen durch Online-Marktplätze oder Online-Shops. Dabei ist Retail Media seit (und wegen) ATT und der Privacy Sandbox das am schnellsten wachsende Werbesegment.²⁴ Es steht für die rasante Explosion der Werbeerlöse von Amazon als dem Platzhirsch im Bereich Retail Media. (Ausgerechnet) Amazons Werbegeschäft kann tatsächlich (neben Apples und Googles) als größter Nutznießer von ATT und Privacy Sandbox gesehen werden. Bereits im Jahr 2021 hat Amazon Online Germany, die deutsche Werbetochter von Amazon, mehr als € 2 Mrd. mit Werbung erzielt – ein Plus von 60% gegenüber dem Vorjahr²⁵, mehr als alle deutschen Publikumszeitschriften zusammen²⁶ und vier Mal so viel wie alle Online-Portale von Zeitungen.²⁷ Man rechnet damit, dass Retail Media zwischen 2022 und 2027 um weitere 60 % wachsen wird.²⁸ Schon 2026 würden dann

²⁴ Näher hierzu *Höppner/Piepenbrock*, Digitale Werbung und das Google Ökosystem, 2023, S. 26, 64 f., 103 f.

²⁵ *Janke*, Horizont, 20.5.2022, „Wir bieten mehr als nur Retail Media“, <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/amazon-vermarktungschef-nils-graef-wir-bieten-mehr-als-nur-retail-media-200048>.

²⁶ Vgl. ZAW, Jahresbericht 2021.

²⁷ Vgl. BDZV, Zur wirtschaftlichen Lage der deutschen Zeitungen, 2022. Danach wurden insgesamt € 1.953,9 Mio. mit Anzeigen und Beilagen erwirtschaftet. Nur knapp € 440 Mio. stammen von Digital-Werbung.

²⁸ *Vargas*, adExchanger, Ecommerce Has Slowed, But Retail Media Is Outpacing Digital Advertising, 20.9.2022, <https://www.adexchanger.com/ecommerce-2/ecommercehas-slowed-but-retail-media-is-outpacing-digital-advertising/>; näher *Höppner/Piepenbrock*, a.a.O., S. 103.

Werbetreibende in Deutschland mehr Geld für Anzeigen auf E-Commerce-Seiten ausgeben als für TV-Werbung.²⁹ Als mit Abstand wichtigsten Grund für das Verschieben der Werbebudgets nennen Werbetreibende den Zugang zu First-Party-Daten bei gleichzeitigem Wegbrechen von Third-Party-Daten in Folge von Apple ATT und Privacy Sandbox.³⁰ Die werberelevanten First-Party-Daten lassen Retail Media bei einem gleichzeitigen Wegfall von Third-Party-Daten für Werbetreibende als Zuflucht erscheinen. Nur lassen sich über Retail Media per Definition keine klassischen Medien finanzieren, die keine Produkte verkaufen und für die Werbung darum die wichtigste Finanzierungsquelle ist, wie z. B. soziale Medien, Radio oder die Presse. Und angesichts der Präsenz von Amazon ist auch die Anzahl von Online-Shops mit relevanter Reichweite sehr begrenzt. Im Ergebnis verschieben sich wegen ATT und Privacy Sandbox gerade massiv Werbebudgets weg von Publishern, die Third-Party-Daten benötigen, hin zu solchen, die relevante First-Party-Daten haben. Das sind aber per Definition die reichweitenstärksten, größten Anbieter mit größter Datentiefe, allen voran Amazon, Apple und Google. Die Verschiebung verstärkt damit die bereits bestehende Datentiefe und Marktmacht der größten Walled Gardens. Da sich die Budgets nicht wesentlich vergrößern, geht das zulasten aller anderen, weniger Daten nutzenden, deutlich kleineren und für die Medienvielfalt bedeutsameren Publishern. Das ist keine Spekulation, sondern heute bereits empirisch belegt.

IV. Von Abos zu Werbemodellen

Anders als der Diskussionsbericht meint (Rn. 348 bis 357) können die auf Third-Party-Daten angewiesenen Publisher auch nicht einfach ihre Verluste im Werbegeschäft dadurch kompensieren, dass sie ihr Geschäftsmodell auf Nutzungsentgelte umstellen und Verbraucher für ihre Dienste bezahlen lassen. Der Bericht verweist insoweit auf den vermeintlichen Erfolg des Bezahlmodells von Netflix. Doch ist der Markttrend hier doch klar ein anderer: Seit Oktober 2022 vermarktet auch Netflix Werbeflächen und bietet Verbrauchern ein günstigeres Abo mit Werbeanzeigen an. Damit folgt Netflix dem Marktstandard (selbst) innerhalb der Video-Streamingdienste, die sich nicht nur über Abonnements, sondern auch durch Werbung finanzieren. Und wie bei allen anderen

²⁹ S. *Ansorge* im Interview mit IAB Chefökonom Daniel Knapp, „Im Jahr 2026 ist Retail Media größer als TV-Werbung“, Horizont, 11.10.2022, <https://www.horizont.net/medien/nachrichten/iab-chefoekonom-daniel-knapp-im-jahr-2026-ist-retail-media-groesslerals-tv-werbung-203333>.

³⁰ Nach einer Studie gaben im Jahr 2020 33 % der US-Werbetreibenden den Zugang zu den First-Party-Daten von Online-Händlern als den zentralen Grund an, mit Retail Media Netzwerken zusammenzuarbeiten. Ein Jahr später, im Oktober 2021, nach Apples und Googles Ankündigungen, waren es 62 % - fast doppelt so viel; eMarketer 2022, <https://www.insiderintelligence.com/chart/251482/motivations-uscp-g-brands-work-with-retail-media-networks-2020-2021-of-respondents-each-group>.

Mediengattungen auch, hängt der Erfolg des Werbegeschäfts maßgebend von den Targeting-Fähigkeiten ab – und damit auch vom Zugang zu Daten. Das Beispiel von Netflix bestätigt nur, dass Bezahlmodelle keine Alternative darstellen. Für Presseerzeugnisse konnte dies längst anhand der ernüchternden Zahlen für den Abschluss von Abonnements empirisch verfolgt werden.³¹ Das *Privacy Paradox*, dass Verbraucher zwar Datenschutz schätzen, aber nicht bereit sind, dafür auf kostenlose Produkte zu verzichten oder aus budgetären Gründen nicht in der Lage sind, entgeltliche Angebote zu nutzen, ist wohlbekannt.³² Der Diskussionsbericht geht auf diese Wechselwirkungen indessen nicht ein.

Ganz grundsätzlich ist die implizite Annahme verfehlt, Werbeeinnahmen und Einnahmen aus dem Vertrieb an Rezipienten könnten als alternative, also in gewisser Weise gegeneinander austauschbare Finanzierungsquellen der Presse gesehen werden. Auch im digitalen Zeitalter sind beide Einnahmequellen unverzichtbar. Müssten die Verlage aus ökonomischen oder regulatorischen Gründen ihre werbefinanzierten freien Angebote zurückfahren oder einstellen, gäbe es die digitale Presse nur noch mit Login oder gegen Entgelt. Damit würde die Presse selbst ebenso wie ihre Leserschaft schwer geschädigt. Das gilt zum einen für die Vielzahl ausschließlich werbefinanzierter redaktioneller Presseangebote, die für Millionen Leser sehr wichtig sind. Diese Leser haben zu einem großen Teil kein Budget für private Presse-Abonnements. Oder aber sie bezahlen zwar ein, zwei oder sogar mehr Abonnements, schätzen aber die ergänzenden Informationen anderer Publikationen sehr, die sie nicht zusätzlich bezahlen wollen oder können. Kann diese rein werbefinanzierte Presse ihre Redaktionen nicht mehr finanzieren, wird es weniger Presse und Vielfalt geben. Aber auch die Presse, die mit Login oder Bezahlangeboten Einnahmen erzielt, wird stark geschwächt. In aller Regel handelt es sich bei den digitalen Vertriebseinnahmen nur um einen Finanzierungsanteil, der ebenso wie der vielfach deutlich überwiegende Werbefinanzierungsanteil notwendig ist, aber nicht hinreicht. Die Werbefinanzierung bleibt also auch dann ebenso notwendig. Zum anderen sind die frei zugänglichen

³¹ Beispielsweise hatte der SPIEGEL Nutzern die Wahl zwischen personalisierter Werbung und einem „PUR-Abo“ ohne Werbung gegeben. Nach ca. 9 Monaten hatten sich „von den mehr als 20 Millionen Unique Usern, die monatlich zu [Spiegel] kommen, [..] rund 17.200 für ein PUR-Abo entschieden. 17.200 versus 20 Millioner“; Spiegel, 9.11.2022, „Wie unser PUR-Angebot für werbefreies Lesen ankommt“, <https://devspiegel.medium.com/wie-unser-pur-angebot-f%C3%BCr-werbefreies-lesen-ankommt-f92abaa0640d>.

³² Seit 2013 lag die Zahl der Verbraucher, die im vorausgehenden Jahr für Online-Nachrichten gezahlt hat, durchgehend unter 10%, vgl. Reuters Institut Digital News Report 2021, Abbildung 61, S. 56, https://leibniz-hbi.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/v9drj2w_AP58_RDNR21_Deutschland.pdf. Im Übrigen ist die Überführung von Nutzern in die entgeltpflichtige Nutzung selbst bei großen Medienmarken das Ergebnis datenbasierten Marketings.

und nur über Werbung monetarisierbaren Angebotsbereiche häufig die wichtigste oder doch jedenfalls unverzichtbare erste Stufe zur Gewinnung zahlender Leser.

Der Bericht sieht „in Angeboten wie Google News und jüngst Google News Showcase“ ein Indiz dafür, dass sich auch bei textuellen Inhalten ein Entgeltmodell durchsetzen könnte (Rn. 356). Das legt nahe, dass es keinen Austausch mit den Bearbeitern des Missbrauchsverfahrens zum „Google News Showcase“ (GNS) gab. GNS ist schon kein Angebot, sondern ein missbräuchliches Lizenzprogramm. Zudem werden auch Googles Nachrichtenangebote vollständig durch Werbung finanziert. Google muss auch keine Journalisten oder Redakteure bezahlen.

Gleiches gilt für den audiovisuellen Medienbereich. Der Diskussionsbericht sollte hier auch den wichtigen Bereich Radio in den Blick nehmen. Die Bedeutung der Werbung für privatwirtschaftliche Audio-Medien ist hoch, weil hier keine Pay-Finanzierung am Markt realisierbar ist. Erst bei Angeboten, die den gezielten Verkauf von Musik ersetzen, oder bei solchen, die mit Hörbüchern vergleichbar sind, sind Einnahmen aus Abonnements denkbar. Tagesaktuelle journalistische Angebote haben diese Chance nicht, denn es fehlt an den technischen Grundlagen der Zugangs- und Rechtekontrolle. Zudem stehen private Anbieter in direkter Konkurrenz zum beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Ungeachtet dessen sollte der Bericht die Rolle von Art. 5 Abs. 1 GG beachten. Es stellt ein zentrales Element der Medienfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG und Voraussetzung für eine diverse Mediennutzung dar, dass sich Medien über Werbung statt über direkte Entgelte von Rezipienten vermarkten können.³³ Die Spekulationen im Diskussionsbericht über die vermeintlichen Vorteile von Bezahlmodellen und das Verbot der Datenerhebung für Werbezwecke überraschen daher, erst recht unter dem Gesichtspunkt des vom Kartellrecht eigentlich zu schützenden Wettbewerbs von Geschäfts- und Finanzierungsmodellen.

³³ Vgl. BVerfG, v. 10.5.1983, 1 BvR 385/82, NJW 1984, 1101 „Nicht unberücksichtigt bleiben darf auch die Bedeutung des Anzeigenteils [...] für die Erhaltung [der] wirtschaftlichen Grundlagen [der Presse] als wesentlicher Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit“.

C. Zu den Vor- und Nachteilen datenbasierter Online-Werbung

Ein Großteil des Diskussionsberichts geht der Frage nach, ob nicht regulatorisch (offenbar sogar durch das Bundeskartellamt selbst?) die Erhebung von Daten für Zwecke der Online-Werbung eingeschränkt werden sollte. Der Bericht mündet in *„Zweifeln, 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“* (Rn. 236).

Diesen Zweifeln möchten wir aus mehreren Gründen entschieden entgegenzutreten. Man braucht heute nicht mehr spekulieren, sondern kann es anhand der oben unter B. geschilderten Entwicklungen empirisch nachvollziehen, dass eine geringere Verfügbarkeit von Daten für das Angebot nicht-suchbasierter Online-Werbung auf dem *Open Display-Markt* für Nutzer mehr Nachteile hat als Vorteile. Das gilt sowohl für den Datenschutz als auch den Wettbewerb.

I. Vorteile zielgerichteter Werbung

Der Diskussionsbericht unterschätzt die volkswirtschaftlichen Vorteile der Vermeidung von Streuverlusten durch nicht zielgerichtete Online-Werbung.

Der Bericht hält selbst die ökonomisch und empirisch nur schwer bestreitbare Aussage für *„nicht haltbar“*, dass es für Nutzer besser ist, mit passenden Werbebotschaften konfrontiert zu werden statt mit welchen, die nicht auf sie zugeschnitten sind (Rn. 315).

Zielgerichtete digitale Werbung hilft Verbrauchern, bessere Kaufentscheidungen zu treffen, die ihren persönlichen Präferenzen entsprechen. Zielgerichtete Werbung erhöht daher die Konsumentenwohlfahrt.³⁴

Anzeigen, die von dem Rezipienten ignoriert werden oder gar als Belästigung wahrgenommen werden, weil sie seinen Interessen widersprechen, schaffen hingegen ökonomische Ineffizienzen. Niemandem ist mit Werbung geholfen, die die Zielgruppe nicht erreicht und von den Rezipienten außerhalb der Zielgruppe als unpassend wahrgenommen wird. Eine Identifizierung und Segmentierung von Ziel- und Nutzergruppen ist Bestandteil jeder erfolgreichen Marketingstrategie. Sie führt zu einer effektiveren Vermittlung von Angebot und Nachfrage und schafft damit

³⁴ *Fourberg et. al.*, IMCO-Study 2021, (Fn. 2), S. 27. Vgl. auch *M. Meurer / D. Stahl*, "Informative advertising and product match", *International Journal of Industrial Organizations*, 12(1) 1994, 1-19; *G. Grossmann / C. Shapiro*, "Informative advertising with differentiated products", *The Review of Economic Studies*, 51(1), 63-81.

ökonomische Effizienzen, die das Wettbewerbsrecht fördern muss. Das hat nichts mit einer „unerwünschten Manipulation“ von Nutzern zu tun (Rn. 317). Der Erfolg von Rubrikenplattformen, die Nutzer gezielt wegen Werbung aufrufen, zeigt, dass es auch im Interesse der Verbraucher ist, für sie relevante Werbebotschaften zu erhalten. Dieser Aspekt, ebenso wie die Bedeutung von Werbung für die Wirtschaft insgesamt, kommt im Bericht viel zu kurz.

In Randnummer 319 werden drei Studien zitiert, die zeigen sollen, dass „Nutzer insgesamt ein nicht allzu positives Bild personalisierter Werbung haben und sie mit Belästigung und Verfolgung in Verbindung bringen“. Doch stellten alle drei Studien irrelevante Suggestivfragen.³⁵ Die relevante Frage kann nur sein: würdest Du lieber (a) weniger und relevantere personalisierte Werbung im Gegenzug zur Einwilligung in die Datennutzung erhalten (b) oder lieber insgesamt mehr aber dafür weniger relevante nicht-personalisierte Anzeigen ohne Datentransfer oder aber c) für den Dienst (mehr) zahlen und dafür gänzlich auf den Datentransfer verzichten? Vor diese Frage gestellt, zeigen alle Studien, dass Verbraucher relevante, personalisierte Anzeigen den weniger relevanten, nicht personalisierten Anzeigen vorziehen³⁶ und ein Umfeld mit weniger, aber personalisierten Anzeigen einem Umfeld mit mehr, aber nicht personalisierten Anzeigen vorziehen.³⁷ Der Großteil akzeptiert auch einen Transfer von Daten, wenn dies zu relevanteren Anzeigen und/oder einem geringeren Entgelt beiträgt.³⁸ „Anzeigen sind ein kleiner Preis, um umsonst zu nutzen“ ist eine häufige Antwort.³⁹

Bedeutsam ist auch, dass nach es nach einer anderen Studie 83% der Nutzer stört, wenn sie immer wieder danach gefragt werden, ein neues Nutzer-Konto für den Zugriff auf Inhalte hinter einer Paywall zu errichten.⁴⁰ Das wäre aber nötig, wenn Publisher mangels effektiven Werbemodells auf Bezahlmodelle zurückgreifen müssten.

³⁵ Die zitierte YouGov Studie z. B. erklärte Teilnehmern erst, dass „political advertising seeks to influence your beliefs and behavior“ und fragte sie dann, ob sie wollen würden, dass „personal data is being used to target you with any ads“. Bei dieser Suggestivfrage überraschte es eher, dass 11% sogar sagten, das wäre OK für sie.

³⁶ Ravichandran/Korula, (Fn. 2) „Another observation from the randomized experiment: users expressed greater dissatisfaction with non-personalized ads because they were not interested in what the ads were showing them.“

³⁷ Vgl. AdLucent, <https://www.adlucent.com/resources/blog/71-of-consumers-prefer-personalized-ads/> („75% of consumers said they would prefer a world with fewer, but more personalized ads, with 71% preferring ads that are tailored to their interests and shopping habits“).

³⁸ UID 2.0: Global Consumer Survey (2021), <https://www.thetradedesk.com/us/news/consumers-say-their-internet-experience-is-broken-heres-how-we-can-fix-it> („three in five said that they'd prefer to see ads instead of having to pay for content“); Blockthrough, „The Rise of Content-based Advertising: 2021 PageFair Adblock Report“, S. 4 („Adblock users are twice as likely to accept light, non-intrusive ads rather than engage with adblock walls or pay for content“).

³⁹ See UID 2.0: Global Consumer Survey (2021), a.a.O.

⁴⁰ UID 2.0: Global Consumer Survey (2021), a.a.O.

Quintessenz ist, dass es viele Nutzer gibt, die in Ausübung ihrer informationellen Selbstbestimmung lieber Daten transferieren, um kostenlos hochwertige Inhalte zu nutzen, als auf einen vollen Datenschutz zu bestehen und auf Inhalte verzichten oder für sie (mehr) zahlen zu müssen. Andere Nutzer bevorzugen es, überhaupt keine Daten über sich bereitzustellen. Wieder andere sind zumindest bereit, Daten für relevantere Werbung zu überlassen, z.B. um (mangels *Frequency Capping*) sich ständig wiederholende Anzeigen zu vermeiden. Wettbewerbsbehörden, und erst recht digitale Gatekeeper, müssen diese Präferenzen und Optionen berücksichtigen und erhalten.⁴¹

II. Wechselwirkungen zwischen such- und nicht-suchbasierter Werbung

Das Internet schafft mehr Möglichkeiten für die Identifizierung und Segmentierung von Nutzergruppen als klassische Medien. Darauf basiert letztlich der Erfolg der Online-Werbung, den der Diskussionsbericht in Rn. 1 ff. beobachtet hat. Doch auch im Online-Bereich sind die Optionen für ein zielgerichtetes Matching von den tatsächlichen Interessen eines Verbrauchers mit den dazu passenden Werbebotschaften begrenzt. Im Wesentlichen stehen hierfür vier Optionen zur Verfügung: der Nutzer kann seine individuellen Präferenzen (i) im Vorfeld hinterlegen, (ii) durch die Eingabe eines Suchbegriffs in Echtzeit eingeben, (iii) durch sein aktuelles Verhalten (z.B. das Rezipieren eines bestimmten Inhalts) offenbaren oder (iv) durch sein früheres Nutzungsverhalten nahelegen (z.B. die vorausgehende Nutzung bestimmter Dienste).⁴² Mehr Anknüpfungspunkte gibt es nicht.

Diese Anknüpfungspunkte determinieren die heute vorherrschenden Online-Werbeformate. Vernachlässigt werden kann Option (i), dass Verbraucher ihre Präferenzen vorab mitteilen. Weil Verbraucher u.a. auf Googles Suchdienste angewiesen sind, gelingt es dem Unternehmen z.B. über „Mein Anzeigen-Center“, solche Zero-Party-Daten zu erhalten (s. oben). Für den Großteil der Publisher ist das hingegen utopisch. Verbraucher besuchen Publisher wegen Inhalten, nicht wegen Werbung.

Sehr erfolgreich ist hingegen die Option (ii), Werbung an Suchwörter (Keywords) zu knüpfen. Darauf basiert die suchbasierte Werbung auf Google (Google Ads und App Store Search Ads), Amazon (Retail Media) und Apple (App Store Search Ads). Diese drei Unternehmen beherrschen jeweils für sich getrennte Märkte für generelle und spezialisierte Suchwerbung. Mit Marktanteilen von über 90% sind jedenfalls Google und Apple ultra-dominant. Amazons Marktanteil für suchbasierte

⁴¹ So auch CMA, „Notice of intention to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals“ Case number 50972, 11 June 2021, Rn. 5.80.

⁴² Näher *Höppner/Piepenbrock*, Digitale Werbung und das Google Ökosystem, 2023, S. 74-82.

Produktwerbung dürfte jedenfalls über 50% liegen (der Rest entfällt primär auf Googles Shopping Ads). Im Bereich der suchbasierten Werbung ist der Wettbewerb faktisch zum Erliegen gekommen.

Allen übrigen Publishern bleibt nur Option (iii) – die Werbung an den Kontext des vom Nutzer aktuell besuchten Inhaltes zu knüpfen (kontextbasierte Werbung) oder Option (iv) – die Werbung an das bisherige Verhalten zu knüpfen (verhaltensbasierte Werbung). Die beiden Optionen der nicht-suchbasierten Werbung sind nicht substituierbar. Wenn der Inhalt einer Webseite oder App keinen Anknüpfungspunkt für eine Segmentierung von Nutzergruppen liefert (wie z.B. generelle Nachrichten über aktuelle Ereignisse), kann nur auf Daten über den Nutzer zurückgegriffen werden. Überdies ist zu bedenken, wie die Wettbewerbssituation aussähe, wären sämtliche Publisher auf reichweitenbasierte kontextuelle Refinanzierungsmodelle verwiesen. Gatekeeper-Plattformen wären in einen solchen Werbeträgermarkt aufgrund ihrer fulminanten Reichweitevorteile und der nahezu unbegrenzten Breite und Tiefe (algorithmisch aufbereiteter) Werbeumfelder unanfechtbar: mit kontextueller Suchwerbung (für Webseiten und Apps: Google/Apple), kontextuellem Handels-Marketing (Amazon/Google) und im Bereich Social-Media/Video (Google/Facebook). Dabei müssten die oftmals kritisierten Praktiken auf der inhaltlichen Ebene der Werbeumfelder nicht einmal angepasst werden. In einem solchen Wettbewerbsumfeld würden andere Publisher nicht mehr, sondern weitaus weniger Erlöse erzielen können.

Nur die kontext- und die verhaltensbasierte Werbung werden programmatisch vertrieben. Und auch wenn kontextbasierte Werbung im Prinzip ohne weitere Informationen über den Nutzer auskommt, profitieren auch hier Anbieter von solchen Informationen (z. B. über Geschlecht, Standort, Alter).

Anders als im Bereich der suchbasierten Werbung besteht im Bereich der nicht-suchbasierten Werbung aktuell noch Wettbewerb. Am intensivsten konkurrieren Publisher über programmatisch vertriebene Werbung im *Open Display-Markt*. Wie unter B.II. geschildert, ist programmatische Werbung damit unter Wettbewerbsgesichtspunkten besonders schutzwürdig. Dies gilt vor allem für verhaltensbasierte, programmatische Werbung, da nur deren Targeting-Optionen in die Nähe derjenigen von suchbasierter Werbung kommen.

Ist aber die programmatische, verhaltens- und damit datenbasierte Werbung besonders zu schützen, so bedarf jede Einschränkung der Targeting-Fähigkeiten dieser Werbeform im Vergleich zu suchbasierter Werbung wettbewerbspolitisch einer besonders starken Rechtfertigung.

Die im Diskussionsbericht dafür gelieferten Erwägungen liefern keine solche Rechtfertigung. Der Bericht überschätzt die Risiken programmatischer Werbung und unterschätzt die Auswirkungen eines geringeren Datenzugriffs für die Wettbewerbsfähigkeit des Werbemodells.

III. Risiken einer Nutzung von Daten für programmatische Werbung

Abschnitt D Abschnitt zu II. zum „*veränderten Bewusstsein über die eingesetzten Methoden der Datenerhebung*“ steigt mit der Aussage ein, dass die Tracking- und Targeting-Methoden „*auch außerhalb ihres ursprünglichen Anwendungsbereichs in der Werbung und erhebliches Schadenspotenzial für die Nutzer haben können.*“ (Rn. 255). Auf Basis dieser Grundprämisse erörtert und befürwortet der Bericht dann Einschränkungen beim Datenzugang auch für die programmatische Werbung. Bei näherem Blick bleibt der Diskussionsbericht jedoch des Nachweises schuldig, dass die aktuelle Datennutzung für programmatische Werbung ein Schadenspotenzial für Verbraucher begründet.

- Der Bericht suggeriert, dass für programmatische Werbung individuelle Nutzerprofile mit problematischer Datentiefe erstellt würden (Rn. 245). „*Diese Risiken sind erheblich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass derzeit überaus detaillierte Persönlichkeitsprofile – einschließlich höchst sensibler Merkmale und dies allein zum Zwecke der Förderung von Werbung – angelegt werden*“ (Rn. 452). Es wird das Bild eines „gläsernen Verbrauchers“ und von „Corporate Surveillance“ geprägt. Nur gibt das nicht die Realität der programmatischen Werbung wieder. Der Bericht ist hier ersichtlich von den tiefen Datenprofilen von Meta und Google geprägt. Nur sind das gerade Profile, die nicht auf der Nutzung von Third-Party-Cookies basieren, sondern auf Logins. Die Walled Gardens mit tiefen Nutzerprofilen nehmen gerade nicht an der programmatischen Werbung teil. Die viel größere Datentiefe durch First-Party-Daten in Walled Gardens erklärt auch, warum die Beschränkung des Zugriffs auf Third-Party-Daten z.B. durch ATT(IDFA) oder *Privacy Sandbox* (Cookies) bei allen Nachteilen für den Wettbewerb nichts zum Datenschutz beiträgt, sondern eine Sogwirkung zu den datenintensivsten Targeting-Formaten erzeugt.
- Für normale programmatische Werbung werden heute wenige Third-Party-Cookies mit wenigen Segmentdaten zusammengeführt. Diese Segmentdaten erlauben nur eine grobe Segmentierung eines (anonym bleibenden) Nutzers in Nutzergruppen (Alter, Geschlecht, Hobby). Über solche in Echtzeit zusammengeführten Cookie-Daten können gerade keine vertieften Datenprofile errichtet werden, schon gar nicht welche, die individuelle Nutzer zu „gläsernen Verbrauchern“ machen.
- Third-Party-Cookies haben über 20 Jahre die Grundlage für effektive Werbung begründet. Es ist kein Datenskandal, Hackerangriff oder Datenleak ersichtlich, das aus programmatischer Werbung resultieren würde.

- Anders als es der Diskussionsbericht formuliert (Rn. 21, 305, 315 ff.), können die für programmatische Werbung verwendeten Third-Party-Cookies auch nicht für eine „Manipulation“ von Nutzern eingesetzt werden, schon gar nicht für politische. Die Argumentation läuft auf die (nicht haltbare) Behauptung hinaus, dass jede Werbung „manipuliert“ und darum ein Schädigungspotenzial birgt.
- Entgegen Rn. 252⁴³, ermöglichen Third-Party-Cookies auch keine Identifizierung der hinter einem Gerät stehenden Person. Beim Einsatz von Third-Party-Cookies für Werbezwecke werden immer nur Daten über „Herrn und Frau Unbekannt“ zusammengeführt, um Nutzergruppen zu segmentieren. Diese Anonymisierung stellt gerade einen zentralen Vorteil des Modells gegenüber z.B. Login-Verfahren dar, die der Diskussionsbericht an anderer Stelle als Alternative präsentiert.
- Allein der Umstand, dass bei der programmatischen Werbung die Rohdatenerfassung auf viele Marktteilnehmer verteilt ist (Rn. 388) begründet keine besondere Gefahrenlage. Es spricht viel dafür, dass zentrierte Datenbestände viel eher Hacker anlocken als kleine, dezentrierte Datenpools.⁴⁴ Jedenfalls sprechen die vom Bericht beobachteten *„regelmäßig wiederkehrenden Berichte über ‚Datenleaks‘ auch bei größeren Unternehmen in Folge von Angriffen von außen“* (Rn. 334) nicht dafür, dass eine Zentrierung Risiken reduziert. Käme es nur auf die Anzahl der Involvierten an, müsste auch jede Postzustellung und Telekommunikation wegen einer erheblichen Gefahr unterbunden werden, weil viele Marktteilnehmer Briefe öffnen oder Gespräche mitverfolgen könnten. Die angemessene Reaktion auf abstrakte Gefahren, die mit neuen Technologien einhergehen, war aber noch nie, die Technologie zu verbieten, sondern die Gefahren durch klare Vorgaben und Haftungsregelungen zu adressieren. Das wurde für den Umgang mit Cookies und Identifiern durch das Datenschutzrecht umgesetzt. Defizite bei der Durchsetzung des Datenschutzrechts in der Praxis rechtfertigen es nicht, kartellrechtliche Standards im Umgang mit marktbeherrschenden Unternehmen zu senken.
- Aus denselben Erwägungen rechtfertigt auch eine (primär durch Gatekeeper geschaffene) Intransparenz der programmatischen Werbung keinen Generalverdacht. Der Bericht meint, dass *„die Verwendung und der Verbleib der Daten und der Profile angesichts von*

⁴³ *„Dies ermöglicht es dem Webseitenbetreiber, einen Rechner- und indirekt mit einer recht hohen Wahrscheinlichkeit auch den dahinter stehenden Nutzer – über verschiedene Webseitenaufrufe hinweg eindeutig widerzuerkennen“.*

⁴⁴ *Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne: Die Datentreuhand, MMR-Beil. 2021, 25, 30 (s. Bericht Fn. 260).*

hochkomplexen und von außen nicht prüfbaren Informationssystemen und in Anbetracht hunderter von Teilnehmern im programmatischen System bei realistischer Betrachtung nicht ernsthaft kontrollierbar“ sei (Rn. 452). Doch wie die Beispiele der ebenso datensensiblen Postzustellung und Telekommunikation zeigen, sind Intransparenzen und viele Marktteilnehmer noch lange kein Beleg für eine reale Gefährdungslage. Im Gegenteil, bei einer Zentrierung von Daten auf einen oder wenige Vermittler wäre die Gefährdungslage deutlich größer. Darum widerspricht die Einbeziehung vieler Datenverwerter, wie etwa beim RTB, auch nicht dem datenschutzrechtlichen Gebot der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO. Internationale Defizite bei der Überwachung und Durchsetzung des geltenden Datenschutzes liefern keine Rechtfertigung dafür, über das Kartellrecht korrigierend einzugreifen. Ebenso wenig legitimieren es solche Durchsetzungsdefizite, kartellrechtlich weniger intensiv gegen Datenasymmetrien und Maßnahmen marktbeherrschender Unternehmen vorzugehen, die solche Asymmetrien noch verschärfen.

- Eine Gefährdungslage lässt sich auch nicht aus der Login-Lösung von Meta (Facebook-ID) oder den Google Analytics Dienst zur Datenverkehrsanalyse auf Webseiten ableiten. Beides hat mit der Nutzung von Third-Party-Cookies für programmatische Werbung nichts zu tun. Datensammelexzesse einzelner § 19a-Unternehmen dürfen nicht zum Anlass genommen werden, eine ganze Branche unter Generalverdacht zu stellen, um Maßnahmen zu rechtfertigen, die nicht die § 19a-Unternehmen treffen, sondern allein deren Wettbewerber.
- Ebenso wenig implizieren „Dark Patterns“, um Einwilligungen in das Tracking zu erlangen, dass das Tracking für den Nutzer negativ sein muss (Rn. 253). Tracking kann Voraussetzung dafür sein, Nutzern ein Angebot überhaupt erst unentgeltlich anbieten zu können. Ist aber eine Einwilligung bei objektiver Betrachtung im wirtschaftlichen Interesse des Nutzers, lässt sich aus einer darauf hinwirkenden Gestaltung der Einwilligungserklärung nicht das Gegenteil ableiten. Selbst datenschutzrechtlich unzulässige Einwilligungserklärungen belegen kein *„erhebliches Schädigungspotenzial“* der datenbasierten Online-Werbung, auf die sie sich beziehen. Sie machen diese Werbung nur im Einzelfall rechtswidrig. Das Risiko, dass Vermarkter keine datenschutzrechtskonforme Einwilligung einholen, liefert kein wettbewerbsrechtliches Argument für oder gegen eine Beschränkung des Zugangs zu Daten. Es begründet allenfalls Handlungsbedarf bei der Durchsetzung des Datenschutzrechts. Das ist aber nicht Aufgabe des Bundeskartellamts und erst recht nicht privater Torwächter.
- Es überzeugt auch nicht, allein aus dem Umstand, dass Nutzer bei einem Vertrauen ins System freiwillig insgesamt mehr Daten von sich preisgeben, eine „deutliche“ Erhöhung von

Risiken zu sehen (Rn. 334). Die Nutzung von Daten für das Angebot besserer Produkte stellt für sich kein Risiko dar, sondern einen klaren Vorteil für alle Beteiligten.⁴⁵

- Auch laufende Gesetzgebungsverfahren zur Verschärfung des Datenschutzrechts liefern keinen Beleg für ein „*erhebliches Schädigungspotenzial*“ datenbasierter Werbung (entgegen Rn. 253). Im Gegenteil. Bringt der legitimierte Gesetzgeber die verschiedenen Interessen bei der programmatischen Werbung in Einklang, besteht weder Grund noch Rechtfertigung für das Bundeskartellamt – über diese Vorgaben hinaus – die Anwendung des Kartellrechts ausgerechnet gegen §19a GWB-Unternehmen aus Rücksicht auf vermeintliche Datenschutzinteressen von Nutzern einzuschränken. Die Debatten über neue horizontal für alle Unternehmen geltende Vorgaben verdeutlichen lediglich, dass das allein auf Wettbewerb fokussierte Kartellrecht diese Aspekte außer Acht lassen kann, weil dem Datenschutz über Spezialgesetze Genüge getan wird. Eine überschiebende Datenschutzkorrektur durch das Bundeskartellamt, etwa durch die Versagung des Schutzes datenbasierter Werbemodelle kleiner und mittlerer Unternehmen, ist kontraproduktiv, weil und sofern dadurch zugleich die Anwendung des Kartellrechts gegen § 19a-GWB-Unternehmen verkürzt wird.

Was von der Gefahrenthese bleibt, ist die Feststellung, dass sich Verbraucher mehr Gedanken über ihre Daten machen. Doch rechtfertigt dieser Umstand für sich keine kartellrechtliche Zurückhaltung.

- Die nachvollziehbare Ablehnung einer „Corporate Surveillance“ ist hier fehl am Platze, da programmatische Werbung nichts mit Überwachung zu tun hat. Ein Retargeting darf nicht mit der Überwachung oder „Verfolgung“ (Rn. 260) einer individuellen Person gleichgesetzt werden. Der kommerzielle Erfolg von Retargeting zeigt vielmehr, dass durch die Nutzung von Daten relevantere Anzeigen möglich sind als ohne. Ohne Zugriff auf Third-Party-Daten wäre das „Verfolgungs“-Gefühl im Übrigen um ein Vielfaches stärker: Erst dieser Zugriff ermöglicht ein *Frequency Capping*, also die Begrenzung, wie oft eine bestimmte Anzeige einem Nutzer innerhalb eines bestimmten Zeitraums eingeblendet wird.
- Der Bericht vermutet den Grund dafür, dass sich Verbraucher aktuell nicht über die Datennutzung beklagen in „*einem wenig ausgeprägten Bewusstsein für den Umfang des Tracking und dessen möglichen Folger*“ (Rn. 252). Gerade im historisch vergleichsweise sehr

⁴⁵ Der alleinige Fokus des Abschnitt D auf Risiken zeigt sich auch in der Kritik (selbst) an Datentreuhand-Lösungen in Fn. 261. Diese Modelle erhöhen das Vertrauen der Nutzer, was zu einer größeren Bereitschaft führen kann, Daten zu teilen. Statt darin einen Vorteil zu sehen, sieht der Bericht hierin nur Nachteile.

datensensiblen Deutschland gibt es aber mindestens ebenso viele aufgeklärte Nutzer, die bewusst in eine partielle Nutzung ihrer Daten im Gegenzug zu günstigeren Angeboten einwilligen. Denen sollte man keine Ahnungslosigkeit unterstellen.

- Der Bericht stützt seine Bedenken im Ergebnis darauf, dass *„das allgemeine Bewusstsein wie auch die Skepsis über den Einsatz dieser Methoden deutlich zugenommen“* habe. Es sollte aber auch geprüft werden, ob diese Skepsis mit Blick auf die programmatische Werbung tatsächlich gerechtfertigt ist – oder nicht eher durch das interessengerichtete Lobbying von Anbietern, die keine Third-Party-Daten benötigen, allen voran Apple, Google und Amazon, künstlich erzeugt oder zumindest instrumentalisiert wird.
- Es verdreht auch Ursache und Wirkung, wenn der Bericht (ausgerechnet) aus (Zwangs-) Angeboten wie ATT und der Privacy Sandbox für die technische Deaktivierung des Zugriffs auf Drittdaten ein zu Grunde liegendes Interesse der Nutzer an solchen Optionen ableiten will (Rn. 252, 257). Eine solche Kausalität gibt es nicht. Die Umkehr der Einwilligungsrates nach Apple ATT (s. oben) beruht auf Apples Umstellung von einem Opt-Out- in ein Opt-In-Modell. Eine solche Umstellung führt verhaltensökonomisch immer zu einer geringeren Einwilligungsrates, ohne etwas über die zugrundeliegenden Beweggründe zu sagen.
- Ebenso wenig kann aus dem Angebot von technischen Optionen zur Deaktivierung von Third-Party-Cookies durch andere Web-Browser auf eine tatsächliche Gefährdungslage geschlossen werden (Rn. 254). Einige Suchdienste und Browser nutzen die Angst in der Bevölkerung vor einer staatlichen Überwachung als Marketinginstrument, um sich einen Nischenmarkt zu erschließen. Diese interessengeleiteten Geschäftsmodelle belegen aber nicht, dass Verbraucher bei objektiver Betrachtung durch programmatische Werbung irgendeinen Nachteil erfahren oder einer relevanten Gefahr ausgesetzt wären. Übersehen wir in diesem Zusammenhang auch, dass alle Browser, die entsprechende Maßnahmen zur Beschränkung des Zugriffs auf Third-Party-Cookies umgesetzt haben, mit Google Revenue Share Agreements (RSA) abgeschlossen haben. Über die RSAs profitieren auch sie finanziell, wenn infolge ihrer Schwächung nicht-suchbasierter Werbung Werbebudgets zu Googles Suchwerbung verlagert werden (s. oben).
- Auch der Einsatz von Werbeblockern und deren Verhinderung von Tracking belegt keine Gefahrenlage durch datenbasierte Werbung (Rn. 256). Werbeblocker sind umso populärer, desto irrelevanter die nicht-suchbasierte Werbung ist. Neben Suchwerbediensten haben Werbeblocker daher das größte Interesse daran, die Qualität von Online-Werbung dadurch zu reduzieren, dass der Zugriff auf werberelevante Daten erschwert oder verhindert wird.

Nach einer jahrelangen Zunahme der Nutzung von Werbeblockern, stagnierte ihr Einsatz im Jahr 2018. Das kann als Beleg gesehen werden, dass Dank Datenzugangs die Qualität programmatischer Werbung mittlerweile so hoch ist, dass es immer weniger Nutzer als notwendig erachten, Werbeblocker einzusetzen. Der Zugriff auf Daten erhöht die Relevanz von Anzeigen. Das erlaubt es, Verbrauchern weniger, aber informativere Anzeigen zu zeigen.

Nach alledem liefert der Bericht kein einziges Argument, warum der aktuelle datenschutzrechtskonforme Zugriff auf Nutzerdaten für die programmatische Online-Werbung irgendeine für die Anwendung des Wettbewerbsrechts relevante Gefahr begründen sollte.

IV. Vorteile einer Nutzung von Daten für programmatische Werbung

Während der Bericht die Risiken der Datennutzung überschätzt, unterschätzt er deren Vorteile.

„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 [diverser Marktteilnehmer] nahelegen“ (Rn. 449). Das sehen wir anders.

18 Monate nach der Umsetzung von Apple ATT braucht man nicht mehr über *„mögliche negative Auswirkungen“* einer Einschränkung der Datenverarbeitung für Werbezwecke philosophieren. Sie liegen empirisch auf der Hand (s. oben unter B.II). Umsatzeinbrüche von durchschnittlich 20% und Entlassungen von Tausenden Mitarbeitern allein durch Apple ATT können nicht als „geringe“ Auswirkungen abgetan werden. Spiegelbildlich zur Schwächung aller Anbieter nicht-suchbasierter Online-Werbung hat Apples Maßnahme die Suchwerbemonopole auf den jeweiligen Spezialmärkten von Google, Amazon und Apple gestärkt. Die Nachteile der Anbieter nicht-suchbasierter Werbung waren die Vorteile der Monopolisten der Suchwerbung. Die Macht der §19a-Unternehmen wurde so noch weiter verstärkt, alle Wettbewerber geschwächt.

Das sind aktuelle, handfeste und unbestreitbare Nachteile einer Einschränkung des Datenzugangs für Werbezwecke. Diesen stehen rein potentielle, hypothetische und unbelegte Risiken der Datennutzung für Werbezwecke gegenüber.

Die Abwägung in Abschnitt D muss daher grundlegend überholt und gedreht werden.

D. Zu den Kapiteln im Einzelnen

I. „Hintergrund“ (Abschnitt A.)

Die Schilderung der Hintergründe ist im Wesentlichen gelungen. Es würde sich eine nähere Auseinandersetzung mit den Unterschieden, aber auch Wechselwirkungen, zwischen such- und nicht-suchbasierter Werbung anbieten. Auch könnte die volkswirtschaftliche Bedeutung von Werbung im Allgemeinen und von Online-Werbung im Speziellen stärker herausgearbeitet werden. In diesem Zusammenhang sollten auch die grundlegenden Interessenkonflikte von Gatekeepern stärker zur Sprache kommen. Google ist das einzige Unternehmen, das gleichzeitig alle relevanten Werbemärkte besetzt und beherrscht. Das Monopol bei der Suchwerbung schafft indessen einen unlösbaren Interessenkonflikt bei der Vermittlung von nicht-suchbasierter Werbung. Google hat ein Interesse über die Vermittlung nicht-suchbasierter Werbung deren Targeting-Fähigkeiten möglichst gering zu halten, um Substitutionswettbewerb durch dieses Werbeformat zu reduzieren.

In Randnummer 22 sollte klargestellt werden, dass eine Bild- und Gesichtserkennung für individualisierte Werbung nichts mit der heutigen Realität zu tun hat.

II. „Überlegungen zur Marktabgrenzung bei AdTech“ (Abschnitt B.)

Die Definition und Abgrenzung der relevanten Märkte ist im Wesentlichen gelungen.

Innerhalb der suchbasierten Werbung ist weiter zwischen genereller und spezialisierter Suchwerbung zu unterscheiden.⁴⁶

Innerhalb der nicht suchbasierten Werbung sollte zwischen kontextbasierter und verhaltensbasierter Werbung unterschieden werden. Wegen der unterschiedlichen Targeting-Fähigkeiten und Mechanismen sind die beiden Werbeformen nur eingeschränkt substituierbar. Diese Trennung verdeutlicht zugleich, warum eine Einschränkung des Zugriffs auf Daten für verhaltensbasiertes Targeting nicht mit einem Verweis darauf gerechtfertigt werden kann, der Publisher könne auf ein kontextbasiertes Targeting ausweichen. Das ist für viele Publisher gerade nicht möglich.

Ob es einen eigenständigen Markt für Social Media Werbung gibt, erscheint hingegen zweifelhaft. Die von Social Media eingesetzten Werbeformen und Methoden unterscheiden sich nicht wesentlich von denen anderer Publisher. Die Werbung beruht im Wesentlichen auf verhaltensbasiertem

⁴⁶ Näher *Höppner/Piepenbrock*, Digitale Werbung und das Google Ökosystem, 2023, S. 29-35.

Targeting. Der Unterschied besteht darin, dass Social Media Anbieter über Logins Zugriff auf mehr und persönlichere Daten haben als die meisten anderen Publisher. Zudem vertreiben u.a. Meta, Twitter und Snap ihr Inventar nicht programmatisch, sondern direkt (als Walled Garden). Das zwingt aber noch nicht zur Annahme eines separaten Marktes. Jedenfalls erscheint die Grafik in Rn. 35 unpräzise, da Social Media von nicht-suchgebundener Werbung unterschieden wird.

Entsprechendes gilt für Retail Media. Ebenso wie Social Media handelt es sich hier nicht um einen eigenständigen Werbemarkt. Im Wesentlichen ist Retail Media eine Form der spezialisierten, suchgebundenen Werbung. Die Spezialisierung liegt in der Produktsuche.

III. „Anbieterstruktur und Marktpositionen“ (Abschnitt C.)

Auch die Analyse in Abschnitt C. erscheint weitgehend zutreffend. Zu beachten ist allerdings, dass die Antworten auf die Fragen zur Marktstruktur und den Interessenkonflikten aus 2020 und damit einer Zeit vor ATT und Privacy Sandbox stammen (s. oben). Seitdem hat sich auch die Marktmacht von Google, Amazon und Apple und deren Gefälle zum Rest der Werbewirtschaft deutlich verstärkt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Kritik an den einseitigen Wettbewerbsmaßnahmen dieser Unternehmen heute noch erheblich deutlicher ausfallen würde.

Im Rahmen der Schilderung der Interessenkonflikte von Google sollte auch auf die Konflikte aus dem gleichzeitigen Angebot von Suchwerbung, nicht-suchbasierter Werbung und deren Vermittlung eingegangen werden.

Im Rahmen der Schilderung der weiteren Entwicklung der programmatischen Werbung könnte bereits auf die Bedeutung von Daten und die beobachteten Wechselwirkungen zwischen ATT / Privacy Sandbox und Retail Media eingegangen werden.

IV. „Veränderungen beim Zugang zu (personenbezogenen) Daten“ (Abschnitt D.)

Mit Ausnahme seines Unterabschnitts 4. zu asymmetrischen Maßnahmen (Rn. 372-388) ist Abschnitt D der aus unserer Sicht mit großem Abstand schwächste Teil des Diskussionsberichts.

Bis auf die genannten Randnummern sollte Abschnitt D entweder gestrichen oder grundlegend überarbeitet werden. Der Abschnitt gibt die Funktionsweise und Bedeutung werbefinanzierter Medien im Allgemeinen und der programmatischen Online-Werbung im Besonderen unterkomplex wieder und steht im Widerspruch zu den übrigen Feststellungen des Berichts (s. oben unter A.-B.).

Das Datenschutzrecht wird kontinuierlich angepasst und feinjustiert, um unter Abwägung aller Interessen die Vor- und Nachteile datenbasierter Geschäftsmodelle in Einklang zu bringen. Angesichts des Vorrangs dieser Spezialmaterie sehen wir nicht, warum „*auch aus wettbewerblicher Sicht erwogen [werden kann], ob in der Summe nicht eine Abstandnahme von einem derartigen System der datengetriebenen Werbung angezeigt erscheint*“ (Rn. 452). Es widerspräche dem Gebot der Wettbewerbsneutralität, eine bestimmte Art der datenschutzrechtskonformen Datenverarbeitung im Kartellrecht zu kriminalisieren und als nicht schutzwürdig zu erachten.

Es ist aus wettbewerblicher Sicht kontraproduktiv, die vor allem durch Logins gewonnene Datentiefe von Google, Meta, Amazon und Apple „in der Spitze“ zum Anlass zu nehmen, um die über Third-Party-Cookies deutlich geringere Datentiefe aller Wettbewerber „in der Breite“ noch weiter einzuschränken. Denn das ändert an der First-Party-Datentiefe der Tech-Riesen nichts. Es schließt nur den einzig verbleibenden Restwettbewerb durch mittlere und kleinere Publisher aus, deren Werbeangebote geschwächt werden. Infolge des schwächeren Wettbewerbs sinken dann auch die Anreize für die führenden Tech-Unternehmen, datenschonendere Dienste anzubieten. Das geltende Datenschutzrecht überschießende Erwägungen des Datenschutzes dürfen nicht zu einem Big Tech-Schutzprogramm zu Lasten der Medien, Werbetreibenden und letztlich der Verbraucher mutieren. Die datenbasierten Targeting-Möglichkeiten zur Reduzierung von Streuverlusten bei der programmatischen Werbung sind wettbewerblich zu fördern, nicht zu beschränken, schon weil sie bedeutsamen Substitutionswettbewerb auf Suchmonopole ausüben. Im Übrigen entspricht es dem Gebot der Technologieneutralität der Wettbewerbsregulierung nicht regulatorisch allen Marktteilnehmern vorzuschreiben, welche von mehreren technischen Lösungen einer rechtskonformen Nutzung von Daten genutzt werden sollten. Etwas anderes gilt nur im Rahmen der Missbrauchskontrolle, bei Vorgaben für Marktbeherrscher. Im Übrigen ist auf den Wettbewerb der Systeme zu vertrauen.

Die Fehlannahmen in diesem Abschnitt schwächen den gesamten Bericht und gefährden den Erfolg der Sektoruntersuchung insgesamt.

Der ausgeglichene Unterabschnitt 4. könnte aktualisiert werden. Insbesondere hat sich zwischenzeitlich noch stärker gezeigt, dass weder Apples ATT noch Googles *Topics* den Datenschutz fördern, sondern lediglich die Datenverarbeitung im *Open Display Market* beschränken, um sie in den Walled Gardens von Apple und Google zu erhöhen (s. oben). Selbst wenn es Vorteile für den Datenschutz geben würde, könnten diese nicht die schwerwiegenden Nachteile überwiegen, die sich aus der Verlagerung der Datenverarbeitung auf § 19a-Unternehmen für den Wettbewerb in den

ohnehin bereits durch diese dominierten Märkten ergeben, insbesondere für die suchgebundene Werbung.

Wir sehen in diesem Zusammenhang auch keinen janusköpfigen Charakter der Anti-Tracking-Maßnahmen. Nicht alles „*was für die Tracking-Möglichkeiten zum Nachteil gereicht, ist für den Datenschutz der Nutzer von Vorteil*“ (Rn. 381). Denn nicht jedes Tracking verstößt oder beeinträchtigt den Datenschutz. Vor allem aber rechtfertigt nicht alles, was für den Datenschutz der Nutzer von Vorteil erscheint, die Beschränkung von Wettbewerb durch § 19a-Unternehmen in einem Umfang, dass sich die vermeintlichen Vorteile als handfeste Nachteile andernorts entpuppen.

Diese Wechselwirkungen sind auch im Rahmen der Bewertung in Rn. 384 ff. zu beachten. Wettbewerbsfremde Ziele des Datenschutzes dürfen nicht die wettbewerblichen Ziele der Missbrauchskontrolle konterkarieren. Insbesondere dürfen Verstöße kleiner Publisher gegen das geltende Datenschutzrecht nicht als Rechtfertigung für Verstöße von § 19a-Unternehmen gegen das geltende Kartellrecht herangezogen werden. Ebenso wenig darf es eine Beschränkung von Wettbewerb rechtfertigen, „*ein datenschutzfreundlicheres Dienstangebot zu machen und sich so in diesem Teil des Wettbewerbs ein Argument für den Absatz der eigenen Leistung zu schaffen*“ (Rn. 385), wenn sich tatsächlich keine erheblichen Vorteile für den Datenschutz realisieren, weil das Unternehmen einfach über andere Wege (z.B. Logins) dieselben Daten in gleicher Tiefe verwertet.

V. „Lösungsansätze für wettbewerbliche Probleme“ (Abschnitt E)

Die Lösungsansätze in Abschnitt E. begrüßen wir im Wesentlichen. Vor allem stimmen wir uneingeschränkt der Notwendigkeit struktureller Maßnahmen zu. Google hat zu starke wirtschaftliche Anreize und technische Optionen, um über zahlreiche Stellschrauben im Ökosystem den Wettbewerb zu beschränken. Angesichts der Fülle an Optionen zur Selbstbegünstigung erscheinen reine Verhaltensvorgaben unzureichend. Die Entwicklungen in den letzten zwei Jahren haben weitere Argumente für solche Maßnahmen geliefert. Es ist nicht ersichtlich, dass der DMA und § 19a GWB in der Lage sind, das aktuelle Marktversagen zu adressieren (s. Rn. 396-397).

1. Zur Entflechtung des Google Ad Tech Stack

Für die Trennlinie der strukturellen Maßnahmen kann sich das Bundeskartellamt an der Akquisehistorie von Google und der etablierten Abgrenzung von Werbemärkten orientieren.⁴⁷

⁴⁷ Die folgenden Ausführungen beruhen auf *Höppner/Piepenbrock*, Digitale Werbung und das Google Ökosystem, 2023, S. 347 ff.

Google hatte bereits 2004 die Vorherrschaft auf den Märkten für die generelle Suche und Suchwerbung erlangt. Erst 2007 stieg Google mit dem Erwerb von DoubleClick in die Vermittlung nicht-suchbasierter Werbung ein. Diese Tätigkeit wurde in kurzer Zeit durch die Käufe des Werbenetzwerks AdMob (2009), des DSPs Invite Media (2010) und des SSP AdMeld (2011) komplettiert.

Diese Akquisitionen hätten nie genehmigt werden dürfen, jedenfalls nicht in ihrer Kombination. Zum Zeitpunkt der Fusionen bestand noch eine so erhebliche Informationsasymmetrie zwischen den Kartellbehörden und Google, dass Googles Gesamtstrategie und die Wechselwirkung zwischen den Märkten für such- und nicht suchbasierte Werbung noch nicht hinreichend erkannt wurde. Mittlerweile lässt sich Googles Dominanz entlang der gesamten Wertschöpfungskette für Digitale Werbung indessen nicht mehr ignorieren. Es ist nun an der Zeit, die damaligen fusionsrechtlichen Fehlprognosen im Lichte der tatsächlichen Entwicklungen zu korrigieren. Googles Einstieg in die Märkte für die Vermittlung nicht suchbasierter Online-Werbung war der „Anfang vom Ende“ eines fairen Wettbewerbs im Online-Werbebereich. Die Besetzung der Vermittlungsebene schaffte unbegrenzt viele Anreize und Optionen zugleich, Substitutionswettbewerb zu begrenzen und Verbraucher, Publisher und Werbekunden in einer Art zu „matchen“, dass alle drei Nutzergruppen für Google maximal gewinnbringend gegeneinander ausgespielt und so zusammen ausgebeutet werden.

Die einfachste, verhältnismäßige und angemessene Lösung wäre daher eine Revidierung der kartellrechtlichen Freigaben von Googles Akquisen im Bereich der Werbevermittlung. Google sollte zeitnah verpflichtet werden, sich eigentumsrechtlich von allen Einheiten für die Vermittlung nicht-suchbasierter Werbung zu trennen. Für die Trennlinie kann man sich nicht scharf an Googles aktueller Unternehmensstruktur und den Marken orientieren, unter denen Google Dienste erbringt. Google Ads z.B. führt eigentlich völlig unterschiedliche Vermittlungsfunktionen (missbräuchlich) unter einem Dach zusammen. Die Trennlinie sollte sich vielmehr an der im Kartellrecht und im Marketing anerkannten Unterscheidung zwischen suchgebundener und nicht-suchgebundener Werbung orientieren. Abzutrennen wären damit jedenfalls die Dienste: Google Ad Manager, DoubleClick for Publishers (als Ad Server für Publishers), Google Adx, AdMob und AdSense (als SSPs), Google DV360 (als DSP) und der Google Campaign Manager (Ad Server für Werbetreibende). Google Ads müsste sich von den Unternehmensteilen trennen, die sich nicht auf das Schalten von Anzeigen in der Google Suche beziehen, sondern auf Anzeigen im Displaynetzwerk.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung stellt die „einfachste“ geeignete Lösung dar. Mit der Trennung würden sich einige der gravierendsten Wettbewerbsprobleme auflösen. Vermittelt Google keine Display-Werbung mehr im Open Web, entfallen auch die Anreize und Möglichkeiten, darüber

Werbetreibende primär dem eigenen Inventar zuzuführen. Werden die Dienste in getrennte wirtschaftliche Einheiten entflochten, entfielen auch die wechselseitigen Begünstigungen innerhalb des Ad Tech Stacks. Zugleich würden wirtschaftliche Anreize für YouTube entstehen, sein Inventar auch Dritt-Vermittlern zu öffnen. Vor allem aber würde das Herauslösen der Display-Werbevermittlung Googles Anreize und Möglichkeiten reduzieren, künstlich nicht-suchbasierte Werbung im Open Display Market ineffektiv zu halten, etwa indem der Zugriff auf Identifier oder Header Bidding erschwert werden.

Die Entflechtung ist verhältnismäßig, weil kein milderer gleich effektives Mittel in Sicht ist. Angesichts der Fülle von Googles Stellschrauben und Interessenkonflikten innerhalb der Werbevermittlungskette, der Intransparenz und mangelnden Überprüfbarkeit, versprechen reine Verhaltensaufgaben keinen Erfolg. Das gilt auch dann, wenn man sie durch strukturelle Trennungsvorgaben unterhalb der eigentumsrechtlichen Entflechtung flankieren wollte (buchhalterische, funktionelle, gesellschaftsrechtliche Separierung etc.).

Der Eingriff wäre auch angemessen. Googles Umsätze aus der Vermittlung nicht-suchgebundener Werbung machten selbst im Jahr 2021 lediglich 11% der Gesamtumsätze für Alphabet aus. Sie sind daher wirtschaftlich von untergeordneter Bedeutung. Anders als etwa bei Browsern, spezialisierten Suchdiensten oder DSPs für Suchwerbung (wie Google Ads), ist die gleichzeitige Vermittlung nicht-suchgebundener Werbung schon im Ansatz nicht geeignet, die Effizienz der generellen Suche oder Suchwerbung zu erhöhen. Googles Suche war auch schon vor dem Erwerb von DoubleClick führend. Es gibt schlicht keine ökonomische Notwendigkeit, Suchwerbung und Display-Vermittlung gleichzeitig anzubieten, es sei denn man will darüber Substitutionswettbewerb reduzieren. Schließlich würde die Entflechtung lediglich die Fehlentscheidungen zurücknehmen, mit denen Googles Erwerb der verschiedenen Vermittlungsdienste in Unkenntnis der vollen Sachlage freigegeben worden war. Es würde kein „organisches“ Wachstum sanktioniert, sondern das Ergebnis von durch Suchmonopolen quersubventionierten Akquisen und einer langen Kette missbräuchlicher Selbstbegünstigungspraktiken.

2. Offene Vermittlung von Inventar auf der Google Suche und YouTube

Über die Entflechtung des Ad Tech Stack für nicht-suchgebundene Werbung hinaus, sollte das „Must-have“ Inventar auf der Google Suche und YouTube für Dritt-Anbieter geöffnet werden. Fairer Wettbewerb bei der Werbevermittlung bedingt den diskriminierungsfreien Zugang aller Vermittler zu den bedeutsamsten Werbeflächen. Andernfalls entsteht zur Vermeidung von Transaktionskosten eine Sogwirkung hin zu den Anbietern dieser Werbeflächen. Unter Wettbewerbsbedingungen

würden Publisher nur davon profitieren, dass mehr Vermittler Zugang zu noch mehr Werbetreibenden eröffnen. Jedenfalls wenn die eigentumsrechtliche Entflechtung der Vermittlung nicht-suchbasierter Werbung nicht umgesetzt wird, wäre das Öffnen von YouTube und Google Suche das absolute Minimum.

VI. „Zusammenfassung“ (Abschnitt F)

In der Zusammenfassung sind die Rn. 447 bis 452 zum Abschnitt D zu löschen oder grundlegend zu überarbeiten, da sie inhaltlich unzutreffend sind (s. oben). Wenn es in Rn. 450 etwa heißt, dass der *„richtige Vergleichsmaßstab“* *„eine Situation [sei], in der alle oder fast alle Marktteilnehmer das gegenwärtige `datenintensive` Geschäftsmodell so nicht mehr verfolgen können“*, so bleibt die Antwort auf die Frage schuldig, wie das ausgerechnet durch eine Beschränkung der Kooperation der kleinen und mittelgroßen Vermarkter über den Zugriff auf Third-Party-Daten je zu erreichen sein soll. Solche Kooperationen sind gerade das Gegenstück zu der First-Party-Datensammlung „in der Tiefe“ durch die großen Gatekeeper, die die größten Datenschutzbedenken auslösen. Es ist keine gute Basis für Wettbewerbspolitik, als Vergleichsmaßstab eine aktuell utopische Situation zu unterstellen, in der die Beschränkung einer Maßnahme der Datenverarbeitung sich für alle gleich auswirken würde. ATT und Privacy Sandbox haben gerade gezeigt, dass derartige scheinbar „allgemeine“ Einschränkungen gezielt die Datenmacht der First-Party-Daten-reichen Plattformen und damit der marktmächtigsten Unternehmen weiter verstärken. Zwar schränkt Rn. 451 ein, dass man „in der Spitze“ durch gezielte Maßnahmen gegensteuern könnte, nur bleiben die Vorschläge dazu viel zu vage, um damit auch weit höhere Beschränkungen in der Breite zu rechtfertigen.

Mit den übrigen Schlüssen in der Zusammenfassung stimmen wir im Wesentlichen überein.
