

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

**Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	6
Kurzfassung.....	8
1. Einleitung.....	23
2. Ökonomische Besonderheiten von Internetmärkten.....	25
2.1 Dynamische Entwicklung digitaler Güter und Märkte.....	25
2.2 Wettbewerb auf digitalen Märkten.....	29
2.2.1 Plattformen als zentrale Bestandteile digitaler Märkte.....	30
2.2.2 Determinanten für Plattformwettbewerb.....	33
2.2.3 Marktabgrenzung und Marktmacht von Plattformen.....	36
2.2.4 Zusammenfassung.....	40
3. Daten und deren Relevanz für den Wettbewerb.....	41
3.1 Bedeutung von Big Data.....	41
3.2 Datensammlung im Internet.....	43
3.3 Zwecke der Datensammlung.....	45
3.4 Rechtlicher Rahmen der Datensammlung und -verwertung.....	47
3.5 Wettbewerbspolitische Implikationen.....	49
3.5.1 Angleichung und verbesserte Durchsetzung von Datenschutzstandards... ..	49
3.5.2 Stärkung von Verbraucherrechten.....	52
3.5.3 Stärkere Berücksichtigung von Daten bei wettbewerbsrechtlichen Prüfungen.....	54
4. Online-Werbemarkt.....	55
4.1 Arten von Online-Werbung.....	55
4.1.1 Suchgebundene Werbung.....	57
4.1.2 Nicht suchgebundene Werbung.....	58
4.1.3 Mobile Werbung.....	60
4.2 Marktabgrenzung für Online-Werbeflächen.....	62
4.3 Potenzielle Wettbewerbsprobleme im Online-Werbemarkt.....	65
4.3.1 Exklusivverträge.....	65
4.3.2 Bündelung von Werbeflächenangeboten und benachbarten Leistungen... ..	65
4.3.3 Verknappung von Werbeplätzen.....	67
4.3.4 Konzentration werberelevanter Daten.....	68
4.3.5 Unterschiedliche Datenschutzstandards.....	69

4.3.6 Unterschiedliche Werberegulierung von Mediengattungen.....	70
4.3.7 Fehlende Kooperationsmöglichkeiten zur Erzielung von Reichweite?.....	71
5. Suchmaschinen.....	72
5.1 Zur Funktionsweise allgemeiner Suchmaschinen.....	73
5.2 Die ökonomische Bedeutung von Suchmaschinen.....	74
5.3 Konzentrationstendenzen auf Märkten für Suchplattformen.....	75
5.3.1 Marktabgrenzung und Marktanteile.....	75
5.3.2 Faktoren der Marktkonzentration und Marktbeherrschung.....	78
5.4 Potenzielle Wettbewerbsprobleme auf den Märkten für Suchplattformen.....	83
5.4.1 Suchplattformen als „Gatekeeper“ des Internets.....	83
5.4.2 Expansionstendenzen von Suchplattformen.....	87
5.4.2.1 Einbindung von Suchdiensten in andere Software- und Geräteplattformen.....	88
5.4.2.2 Einbindung neuer Dienste und Inhalte zur Steigerung der Plattformattraktivität.....	89
5.4.2.3 Bevorzugung plattformeigener Dienste.....	90
5.5 Zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen.....	92
5.5.1 Keine Notwendigkeit einer rein präventiven Regulierung.....	93
5.5.1.1 Keine Notwendigkeit eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments.....	93
5.5.1.2 Keine Notwendigkeit einer Regulierung des Suchalgorithmus.....	94
5.5.2 Keine Notwendigkeit einer Vergemeinschaftung von Suchmaschineninfrastruktur.....	95
5.5.3 Förderung der Entwicklung von Standards als sinnvolle Maßnahme.....	97
5.5.4 Weiterentwicklung des Urheberrechts an indexierten Inhalten.....	97
6. Soziale Netzwerke.....	99
6.1 Konzentrationstendenzen.....	100
6.1.1 Marktabgrenzung/Marktanteile.....	100
6.1.2 Faktoren der Marktkonzentration und Marktbeherrschung.....	102
6.2 Potenzielle Wettbewerbsprobleme.....	104
6.2.1 Anreize zur übermäßigen Sammlung von Nutzerdaten.....	104
6.2.2 Erweiterung des Angebots.....	106
6.2.3 Weiterentwicklung des Produktportfolios.....	107
6.2.4 Rechtliche Einschätzung des Missbrauchspotenzials.....	109
6.3 Zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen.....	110

6.3.1 Kein Änderungsbedarf im Wettbewerbsrecht.....	110
6.3.2 Notwendige Stärkung des Datenschutzes.....	111
6.3.3 Notwendige Weiterentwicklung des Verbraucherschutzes.....	111
7. Elektronischer Handel (E-Commerce).....	113
7.1 Marktakteure.....	114
7.2 Entwicklung des E-Commerce.....	115
7.3 Konzentrationstendenzen im deutschen E-Commerce.....	118
7.3.1 Marktabgrenzung und Marktanteile von Online-Händlern.....	118
7.3.2 Marktabgrenzung und Marktanteile von Handelsplattformen.....	119
7.3.3 Faktoren der Marktkonzentration und wettbewerbliche Beurteilung.....	122
7.4 Potenzielle Wettbewerbsprobleme im E-Commerce.....	124
7.4.1 Nachfragemacht im E-Commerce.....	125
7.4.2 Vertikale Integration von Handelsplattformen.....	126
7.4.3 Bündelung und Bevorzugung plattformeigener Dienste.....	128
7.4.4 Marktmachtrisiken unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung.....	128
7.4.5 Vertikale Vertriebsbeschränkungen.....	130
7.4.5.1 Preisbezogene Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Preisparitätsklauseln).....	131
7.4.5.2 Nicht-preisbezogene Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Drittplattformverbote).....	135
7.4.6 Handelsbeschränkungen innerhalb der EU.....	142
8. Rechtslage: Schutz des unverfälschten Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie.....	144
8.1 Fusionskontrolle auf Online-Märkten bislang nicht hinreichend effektiv.....	146
8.1.1 Notwendige Überprüfung der Aufgreifkriterien.....	146
8.1.2 Notwendige Weiterentwicklung der materiellen Beurteilungskriterien...149	
8.1.2.1 Berücksichtigung der Plattforminterdependenzen bei der Bestimmung relevanter Märkte.....	150
8.1.2.2 Berücksichtigung plattforminhärenter Konzentrationstendenzen....	151
8.1.2.3 Berücksichtigung der Kombination von Datenbeständen.....	153
8.2 Risiken von Marktmachtmissbräuchen aufgrund von Defiziten bei der Rechtsdurchsetzung.....	154
8.2.1 Notwendigkeit einer Verbesserung des missbrauchsrechtlichen Rechtsrahmens.....	155
8.2.1.1 Weiterentwicklung der Grundsätze zu Marktbeherrschung bzw. relativer Marktmacht.....	155

8.2.1.2 Weiterentwicklung der Grundsätze zur missbräuchlichen Ausnutzung.....	156
8.2.1.3 Behebung teils gravierender Mängel im Verfahrensrecht.....	158
8.2.2 Verbesserung des Schutzes marktrelevanter Individualrechte.....	161
8.2.2.1 Missbrauchspotenzial durch die rechtswidrige Ausbeutung fremder Inhalte und Daten.....	161
8.2.2.2 Weiterentwicklung und Durchsetzung der Individualrechte von Marktteilnehmern.....	165
9. Der Einfluss der Digitalisierung in anderen Wirtschaftsbereichen.....	167
9.1 Notwendige Anpassungen des Regulierungsrahmens.....	168
9.2 Notwendigkeit einer zusätzlichen Regulierung (insbesondere im Medienbereich)?.....	173
9.3 Politische Begleitung von Anpassungen bestehender Geschäftsmodelle und Produkte an die digitale Wirtschaft (sogenannte „Industrie 4.0“)......	176
9.4 Förderung innovativer Geschäftsmodelle bei Versagen des Wettbewerbs.....	178
10. Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen.....	180

Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen

Abbildung 2.1: Die wertvollsten Start-ups der Welt (in USD Mrd.).....	26
Abbildung 4.1: Marktentwicklung von Online-Werbung in Deutschland (in EUR Mio.).....	57
Abbildung 4.2: Marktentwicklung mobiler Werbung in Deutschland (in EUR Mio.)....	62
Abbildung 5.1: Anteil der Suchanfragen von Suchmaschinen in Deutschland (in %)....	78
Abbildung 5.2: Traffic-Quellen der meistbesuchten Webseiten in Deutschland (in %).	85
Abbildung 5.3: Traffic-Quellen von Reise-Webseiten in Deutschland (in %).....	86
Abbildung 6.1: Meistbesuchte soziale Netzwerke in Deutschland (Seitenaufrufe in Mio.).....	102
Abbildung 7.1: B2C-E-Commerce-Umsatz in Deutschland (in EUR Mrd.).....	116
Tabelle 5.1: Verteilung der Suchanfragen in ausgewählten Ländern (in %).....	77

Vorwort

Mit ihrem Sondergutachten „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“ legt die Monopolkommission eine vertiefte wettbewerbsökonomische und wettbewerbsrechtliche Analyse der Strukturen digitaler Märkte vor. Sie knüpft mit diesem aus eigenem Ermessen erstatteten Gutachten an ihr XX. Hauptgutachten aus dem Jahr 2014 an, in dem sie erstmals zu wettbewerbs-, daten- und Verbraucherschutzbezogenen Fragen im Bereich digitaler Märkte Stellung genommen hat. Das vorliegende Sondergutachten soll dazu beitragen, die Rolle der Wettbewerbspolitik auf digitalen Märkten zu charakterisieren und Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob der derzeitige rechtliche und regulatorische Rahmen ausreicht, um den wettbewerblichen Herausforderungen der Digitalisierung begegnen zu können.

Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Analyse der Ökonomie von digitalen Märkten, der Relevanz von Daten für den Wettbewerb sowie von Plattformdiensten. Zudem untersucht die Monopolkommission Auswirkungen, welche die dynamische Entwicklung neuer internetbasierter Geschäftsmodelle auf hergebrachte Märkte und die dort bestehende Marktordnung hat.

Im Rahmen der Vorbereitung ihres Sondergutachtens hat die Monopolkommission den Austausch mit einer Vielzahl von Experten und Marktteilnehmern gesucht. Zu diesem Zweck fand am 14. November 2014 ein Expertengespräch mit Vertretern aus der Wissenschaft und dem Bundeskartellamt statt. Die Monopolkommission bedankt sich bei Frau Prof. Dr. Andrea Lohse, den Herren Professoren Dr. Ralf Dewenter, Dr. Wolfgang Kerber, Dr. Torsten Körber, Dr. Boris Paal sowie Herrn Dr. Gunnar Kallfaß vom Bundeskartellamt für ihre Diskussionsbeiträge.

Am 4. Dezember 2014 hat die Monopolkommission zwei nicht öffentliche mündliche Anhörungen mit den thematischen Schwerpunkten Daten und Online-Werbung sowie Suchdienste durchgeführt. In der Anhörung vertreten waren:

- AdAudience GmbH
- Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) e. V.
- Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e. V.
- Deutsche Telekom AG
- Euro-Cities AG
- Google Inc.
- Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit
- Microsoft Deutschland GmbH
- SUMA-EV
- Verband Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT) e. V.

Des Weiteren führte die Monopolkommission Gespräche mit Vertretern der Axel Springer SE, der Bertelsmann SE & Co. KGaA, der Boston Consulting Group GmbH, der Google Inc. und der Microsoft Corporation.

Einige der angehörten Unternehmen und Verbände haben ihre mündlichen Äußerungen gegenüber der Monopolkommission durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Schriftliche Stellungnahmen sind darüber hinaus von dem Bundesverband Deutsche Startups, dem Bundesverband Onlinehandel (BVOH) e. V., der eBay International AG, der Facebook Inc., der guentiger.de GmbH, dem Händlerbund e. V., der ProSiebenSat.1 Media AG, dem Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) e. V. und der Yelp Deutschland GmbH eingegangen.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte und Gespräche zwischen den zuständigen Mitarbeitern der Monopolkommission und Vertretern verschiedener Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission bedankt sich bei allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Daniel Richter, Herrn Nils-Peter Schepp, Herrn Dr. Alexander Steinmetz und Herrn Dr. Thomas Weck, die das Gutachten federführend betreut haben.

Kurzfassung

K1. Die Digitalisierung hat einen tief gehenden strukturellen Wandel ausgelöst, der nahezu alle Lebensbereiche erfasst. Der digitale Wandel stellt Unternehmen, Verbraucher, Politik und Gesellschaft vor neue Herausforderungen. Auch die Wettbewerbspolitik ist gefordert, sich mit diesen Entwicklungen auseinanderzusetzen und das geltende Wettbewerbsrecht, sofern notwendig, anzupassen (Tz. 1 – Tz. 4).

K2. Die Monopolkommission will mit dem vorliegenden Gutachten einen Beitrag hierzu leisten. Ausgehend von den ökonomischen Besonderheiten digitaler Märkte sowie der Bedeutung von Daten für digitale Geschäftsmodelle zeigt sie für ausgewählte Bereiche der digitalen Ökonomie auf, inwieweit kartellrechtlicher oder regulatorischer Handlungsbedarf besteht (Tz. 5 – Tz. 14).

Ökonomische Besonderheiten digitaler Märkte

K3. Die Digitalisierung hat wirtschaftliches Handeln auf vielfältige Weise verändert. In annähernd jede Transaktion ist heutzutage ein Computer und damit ein digitaler Prozess eingebunden. So können Kosten gesenkt, Daten erhoben und ausgewertet sowie Angebote personalisiert werden. Potenziale des Wirtschaftens wurden erheblich erweitert. Die Reduzierung von Kosten hat in vielen Bereichen den Wettbewerb intensiviert sowie Preise und teilweise Preisunterschiede verringert (Tz. 15).

K4. Während die Digitalisierung vielfach zu einer sehr dynamischen Entwicklung von Märkten und Wettbewerb beigetragen hat, wird gleichzeitig Besorgnis über marktmächtige Stellungen einiger Unternehmen geäußert. Viele dieser Unternehmen bieten Leistungen als Intermediäre auf mehrseitigen Plattformen an. Diese Plattformen verfügen über einige allgemeine Charakteristika, die wichtige Implikationen für das Verhalten von Unternehmen, für den Wettbewerb und somit für die Wettbewerbspolitik haben. Passende ökonomische Analysen sind sehr komplex. Konventionelle Betrachtungen und Zusammenhänge lassen sich nicht ohne Weiteres auf Plattformen übertragen (Tz. 16 – Tz. 33).

K5. Für die Wettbewerbspolitik stellen die besonderen Eigenschaften von mehrseitigen Plattformen eine Herausforderung dar. Die grundlegenden Zusammenhänge und die Komplexität mehrseitiger Plattformen sind von Wettbewerbsbehörden und Gerichten bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung konkreter Fälle zu berücksichtigen. Wichtig ist, alle Seiten einer Plattform in die Analyse mit einzubeziehen und direkte wie indirekte Netzwerkeffekte in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zu erfassen (Tz. 34 – Tz. 44).

K6. Bei der Entwicklung digitaler Geschäftsmodelle und Märkte ist zu beobachten, dass Unternehmen häufig in neue Märkte bzw. Bereiche expandieren. Ein eindrucksvolles Beispiel für eine ausgreifende Expansion bietet das Unternehmen Google, das seine Aktivitäten über seine ursprüngliche Funktion als Suchmaschine hinaus z. B. auf die Bereiche Browser, Betriebssystem, Hardware und Haustechnik erweitert hat. In neuerer Zeit sind Aktivitäten beispielsweise bei der Schaffung von Telekommunikations-Infrastrukturen und der Entwicklung autonomer Mobilitätssysteme hinzugekommen. Eines der Ziele solch ausgreifender Expansionen kann die Akkumulation zusätzlicher, für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit bedeutsamer Datenmengen sein (Tz. 22 – Tz. 23).

K7. Durch die Erweiterung des Angebots gegenüber Nutzern kann den Nutzerpräferenzen in größerem Umfang als bisher Rechnung getragen und die Entwicklung neuer Produkte gefördert werden. Aus wettbewerbspolitischer Sicht kann es allerdings problematisch sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen beispielsweise durch eine Bündelung von Angeboten seine Stellung von einem Markt auf andere Märkte überträgt (sogenannte Hebelung von Marktmacht). Auch können durch solche Entwicklungen langfristig übergreifende Systeme entstehen, die durch einen Konzern kontrolliert werden und in denen die Nutzer in gewissem Grad gefangen (locked-in) sind (Tz. 23 – Tz. 24).

K8. In vielen stark konzentrierten digitalen Märkten zeigt sich ein Wettbewerb nach Schumpeter, in welchem eine temporär dominante Position durch eine andere abgelöst wird oder abgelöst werden könnte. In solchen Fällen sind Innovationsanreize trotz starker Marktkonzentration hoch. Auch im Fall anhaltend hoher Konzentration kann diese Situation aufgrund von Netzwerkeffekten effizient sein (Tz. 45 – Tz. 50).

K9. Zudem können weitere Charakteristika digitaler Märkte eine Marktkonzentration fördern oder dieser entgegen wirken. Insbesondere innovationsfreudige und dynamische Bereiche tendieren weniger zur langfristigen Konzentration. Zwar sollte es aus wettbewerblichen Gründen tendenziell weniger Anlässe für staatliches Eingreifen in diese Märkte geben, jedoch müssen in einem dynamischen Umfeld auch die zuständigen Institutionen, insbesondere die Wettbewerbsbehörden, schnell agieren (Tz. 51 – Tz. 53, Tz. 54 – Tz. 61).

Daten und deren Relevanz für den Wettbewerb

K10. Eine Besonderheit digitaler Märkte bzw. digitaler Geschäftsmodelle stellt die hohe Bedeutung von (Nutzer-)Daten dar. Die Kontrolle über sowie die Fähigkeit zur Analyse umfangreicher Datenmengen, die sich nicht selten im exklusiven Besitz einzelner Unternehmen befinden, kann ein entscheidender Wettbewerbsvorteil sein. Genutzt werden diese Daten unter anderem zur Personalisierung sowie zur Neu- bzw. Weiterentwicklung von Diensten und Produkten. Darüber hinaus werden sie auf dem Online-Werbemarkt zur Schaltung zielgerichteter Werbeanzeigen eingesetzt. Die relevanten Daten werden den Unternehmen von den Nutzern teilweise bewusst zur Verfügung gestellt, etwa im Rahmen von Registrierungsverfahren, häufig aber auch ohne explizite Zustimmung erhoben. Letzteres erfolgt beispielsweise mittels unterschiedlicher Tracking-Technologien, durch welche das Verhalten der Nutzer im Internet verfolgt werden kann. Aus datenschutzrechtlicher Sicht kann insbesondere die Nutzung personenbezogener Daten problematisch sein (Tz. 64 – Tz. 83).

K11. Die zunehmende Verwendung von Daten und die damit einhergehenden zusätzlichen Informationen können grundsätzlich zu Wohlfahrtsgewinnen führen. Verbraucher profitieren von neuen Produkten sowie einer Personalisierung von Diensten, Unternehmen können beispielsweise ihre Lagerhaltung optimieren oder Werbekampagnen im Internet zielgenauer aussteuern. In anderen Fällen kann die zunehmende Erhebung von Daten aber auch Wohlfahrtsverluste nach sich ziehen. Betroffen hiervon können insbesondere Verbraucher sein, die über die Nutzung und Verwendung ihrer Daten nicht ausreichend informiert sind und sich z. B. der Möglichkeit zur Preisdifferenzierung im Internet anhand beobachteter Charakteristika bzw. Gewohnheiten nicht bewusst sind. Auch die Möglichkeit zur Individualisierung von Versicherungstarifen aufgrund der besseren Verfügbarkeit von Daten kann sich negativ auf die soziale Wohlfahrt auswir-

ken, etwa wenn durch diese Daten Risiken aufgedeckt werden, die nur mit sehr hohen Prämien versicherbar sind (Tz. 69 – Tz. 83).

K12. Die Sammlung und wirtschaftliche Verwertung von Daten unterliegt Schranken, die sich aus dem Datenschutzrecht ergeben. Das Datenschutzrecht hat seinen Ursprung in einem grundrechtlichen Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Es geht darüber allerdings insofern hinaus, als es auch einen Schutz gegenüber der Nutzung von Daten im wirtschaftlichen Kontext vorsieht. Derzeit ist unklar, ob und inwieweit dem Einzelnen über sein grundrechtliches Abwehrrecht und den damit verbundenen Schutzanspruch hinaus auch ein Recht zukommt, über einen eventuellen Vermögenswert personenbezogener Daten und damit über deren wirtschaftliche Nutzung und Verwertung zu entscheiden. Eine Vergabe von eindeutigen, absoluten Rechten, wo immer möglich, wäre wettbewerbspolitisch zu befürworten (Tz. 84 – Tz. 90).

K13. Aus der zunehmenden Bedeutung von Daten ergibt sich ein wettbewerbspolitischer Handlungsbedarf. Zunächst wäre aus wettbewerbspolitischer Sicht eine Angleichung nationaler Datenschutzstandards zu begrüßen, da die Strenge des Datenschutzrechts die Möglichkeiten zur Erhebung und Auswertung großer Datenbestände und damit den Erfolg von Unternehmen im Wettbewerb beeinflussen kann. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und ein wettbewerbles level playing field zu erreichen, empfiehlt die Monopolkommission eine zeitnahe Verabschiedung der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung. In inhaltlicher Sicht sollte ein Absenken von Datenschutzstandards vermieden werden. Für die Durchsetzung ist auf eine Behördenstruktur hinzuwirken, die eine stringente Durchsetzung des Datenschutzrechts gewährleistet, auch um Wettbewerbsnachteile europäischer gegenüber außereuropäischen Anbietern zu verhindern. Das koordinierte Vorgehen von Datenschutzbehörden bei der Verfolgung von Datenschutz-Verstößen europaweit tätiger Anbieter ist insoweit zu begrüßen (Tz. 91 – Tz. 100).

K14. Aufgrund der häufig asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Unternehmen und Verbrauchern bei der Erhebung und Verwertung von Daten erscheint eine Stärkung der Position von Verbrauchern sinnvoll. Um Nutzern eine bessere Kontrolle über ihre Daten zu geben, könnte die Gesetzgebung in bestimmten Fällen eine obligatorische Einwilligung der Nutzer in die Erhebung und Verwertung ihrer Daten fordern (Opt-in). Hierbei sollten jedoch mögliche negative Wettbewerbswirkungen auf einzelne Geschäftsmodelle, etwa im Bereich der Online-Werbung, beachtet werden. Darüber hinaus erscheint die Einführung des in der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Rechts auf Datenportabilität sinnvoll, um aus Wettbewerbssicht unerwünschte Lock-in-Effekte abzuschwächen und Internetnutzern mehr Kontrolle über die Verwendung ihrer Daten zu geben. Die Einführung von Verbraucherverbandsklagen könnte ferner dazu beitragen, das geltende Datenschutzrecht besser durchzusetzen (Tz. 101 – Tz. 107).

K15. Die Bedeutung von Daten für den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen sollte in wettbewerbsrechtlichen Verfahren verstärkt Berücksichtigung finden. Dies gilt auch für die Fusionskontrolle, da hier häufig neu gegründete Internetdienste mit nur geringen Umsätzen, aber möglicherweise besonders wertvollen Datenbeständen, aufgekauft werden. Reine Datenschutzaspekte sollten hingegen außerhalb wettbewerbsrechtlicher Verfahren adressiert werden (Tz. 108 – Tz. 110).

Online-Werbemarkt

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

K17. Der Online-Werbemarkt stellt sich sehr dynamisch dar und ist in den vergangenen Jahren stark gewachsen. Je nach Studie belief sich das deutsche Marktvolumen von Online-Werbung im Jahr 2013 auf ca. EUR 4,7 Mrd. bis EUR 5,1 Mrd. Wettbewerbsbehörden unterteilen den Online-Werbemarkt häufig in suchgebundene und nicht suchgebundene Werbung. Suchgebundene Werbung wird zusätzlich zu den Suchergebnissen bei der Nutzung von Suchmaschinen auf Basis des zuvor eingegebenen Suchbegriffes zumeist in Textform angezeigt. Sie stellt in Deutschland mit einem Umsatzvolumen von ca. EUR 2,5 Mrd. die umsatzstärkste Form der Online-Werbung dar. Unter nicht suchgebundene Werbung können grundsätzlich alle weiteren Formen der Online-Werbung subsumiert werden. Besonders relevant ist die sogenannte Display-Werbung, die etwa Werbebanner und Pop-Ups umfasst, auf beliebigen Webseiten angezeigt werden und z. B. auf den jeweiligen Inhalt dieser Webseiten abgestimmt sein kann. Mit ca. EUR 1,3 Mrd. Umsatzvolumen in 2013 ist sie die zweitwichtigste Art der Online-Werbung (Tz. 112 – Tz. 134).

K18. Die Europäische Kommission grenzt im Rahmen der Bestimmung des relevanten Marktes Offline-Werbung von Online-Werbung ab. Ferner unterscheidet sie grundsätzlich suchgebundene und nicht suchgebundene Online-Werbung, wenngleich sie die Marktabgrenzung in den bisherigen Fällen insoweit offen gelassen hat. Als wesentliche Gründe für getrennte Märkte für suchgebundene und nicht suchgebundene Online-Werbung werden deren unterschiedliche Funktion sowie Zielgenauigkeit (Targeting) angeführt. Inwieweit mobile Werbung von anderer Online-Werbung abzugrenzen ist, hat die Europäische Kommission ebenfalls offen gelassen (Tz. 135 – Tz. 137).

K19. Die zunehmende Erhebung und Verwertung von Daten sowie neue technologische Entwicklungen haben insbesondere im Bereich der Display-Werbung in den letzten Jahren zu Veränderungen geführt und ermöglichen eine immer zielgerichtetere Aussteuerung von Werbeanzeigen. Insofern ist eine gewisse Konvergenz von suchgebundener und nicht suchgebundener Werbung festzustellen. Inwieweit beide Werbeformen als separate Märkte angesehen werden können oder einem relevanten Markt zuzuordnen sind, ist jedoch nur einzelfallabhängig zu beurteilen. Da der sachlich relevante Markt grundsätzlich alle Substitutionsmöglichkeiten umfassen sollte, ist in den betreffenden Fällen außerdem zu prüfen, ob Online-Werbung und einzelne Formen der Offline-Werbung austauschbar sind (Tz. 138 – Tz. 141).

K20. Bei der Beurteilung von Marktstellungen einzelner Unternehmen bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche muss die Mehrseitigkeit des Geschäftsmodells berücksichtigt werden, da die Unternehmen hier als Intermediäre zwischen den Werbetreibenden und den Internetnutzern auftreten. Vermeintlich hohe Anteile bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche sind für sich genommen noch kein Beleg für marktbeherrschende Stellungen, da die wettbewerbliche Bewertung alle relevanten Plattformseiten berücksichtigen muss. Auch wenn einzelne Anbieter von Online-Werbeflächen für Wer-

betreibende von besonderer Bedeutung sind und diese über hohe Anteile bei einzelnen Werbearten verfügen, ist insofern noch keine Aussage zur tatsächlichen wettbewerblichen Stellung dieser Unternehmen möglich (Tz. 142).

K21. Verfügen einzelne Unternehmen im Online-Werbemarkt über herausgehobene Marktstellungen, können Wettbewerbsprobleme auftreten. Denkbar ist etwa, dass marktstarke Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Exklusivverträge aushandeln, die Bereitstellung von Werbeflächen an die Abnahme weiterer Leistungen bündeln oder Werbeplätze über ein wettbewerbliches Maß hinaus verknappen. Solche Wettbewerbsprobleme können zwar teilweise schwierig feststellbar sein, jedoch grundsätzlich mit dem geltenden Kartellrecht adressiert werden (Tz. 143 – Tz. 160).

K22. Wettbewerbsprobleme können darüber hinaus aus der zunehmenden Bedeutung von Daten für die Schaltung zielgerichteter Werbeanzeigen resultieren. Dies gilt vor allem für das sogenannte Real Time Advertising, der Versteigerung von Werbeplätzen in Echtzeit unmittelbar vor dem Platzieren von Werbung. Eine zunehmende Konzentration werberelevanter Daten kann vor allem mit Blick auf den Werbetreibenden und Inhalteanbietern zwischengeschalteten Plattformen für den automatisierten Kauf und Verkauf von Werbeflächen problematisch sein. Die mögliche Konzentration werberelevanter Daten auf einzelnen Wertschöpfungsstufen der Online-Werbung sollte von den Wettbewerbsbehörden beobachtet werden (Tz. 161 – Tz. 163).

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

K24. Wettbewerbsverzerrungen können zudem aus unterschiedlichen Werberegeln für bestimmte Medienformen resultieren. So unterliegen konventionelle Rundfunkmedien derzeit etwa einer Werbezeitregulierung, die ihren Handlungsspielraum bei der Sendung von Werbung einschränkt und sie so gegenüber reinen internetbasierten Medien benachteiligt. Solche Wettbewerbsnachteile konventioneller Rundfunkmedien bei der Schaltung von Werbung sollten abgebaut werden. Hierzu sollte die Werbezeitregulierung für konventionelle Medien gelockert, wenn nicht sogar ganz aufgehoben werden. Eine Ausweitung der Werbezeitregulierung auf reine Internetmedien ist hingegen nicht angezeigt (Tz. 167 – Tz. 170).

K25. Einen zentralen Wettbewerbsfaktor für Anbieter von Online-Werbeflächen stellt schließlich deren Kundenreichweite dar, da Werbetreibende insbesondere in reichweitenstarke Internetportale investieren, über die besonders viele Nutzer angesprochen werden können. Um in Konkurrenz zu großen internationalen Internetunternehmen zu treten, haben in der Vergangenheit einige (deutsche) Inhalteanbieter versucht, durch Kooperationen ihre Reichweite zu bündeln und somit attraktiver für Werbetreibende zu werden. Diese Kooperationsvorhaben wurden von den Wettbewerbsbehörden teilweise untersagt. Soweit vergleichsweise enge Marktabgrenzungen für solche Verbote mitursächlich sein können, erscheint es sinnvoll, vergangene Marktabgrenzungen dahin ge-

hend zu überdenken, dass sie der zunehmenden Verlagerung des Mediengeschehens ins Internet Rechnung tragen. Allgemeingültige Aussagen sind diesbezüglich jedoch nicht möglich, da mögliche Wettbewerbswirkungen und Substitutionsbeziehungen immer einzelfallabhängig geprüft werden müssen (Tz. 171 – Tz. 174).

Suchmaschinen

K26. Einen bedeutsamen Bereich der digitalen Ökonomie stellen Suchmaschinen dar. Seit seinen Anfängen in den 1990er Jahren ist die Online-Suche zu einem der umsatzstärksten Geschäftsfelder im Internet geworden. Im Jahr 2013 lag der weltweite Umsatz mit Suchmaschinenwerbung bei über USD 48 Mrd. In Anbetracht der Informationsfülle im Internet spielen Suchmaschinen eine zentrale Rolle sowohl für Internetnutzer, die nach Informationen suchen, als auch für Webseitenbetreiber, deren Inhalte durch Suchmaschinen leichter auffindbar werden, sowie für Online-Werbetreibende, die zielgerichtete Suchwerbung schalten. Suchmaschinen leisten damit einen wichtigen Beitrag zur Senkung von Transaktionskosten, die etwa in Form von Suchkosten aufseiten der Nutzer und Werbekosten aufseiten der Inhalteanbieter anfallen (Intermediationsleistung) (Tz. 175 – Tz. 181, Tz. 184 – Tz. 187).

K27. Üblicherweise werden horizontale Suchmaschinen für allgemeine Suchanfragen und vertikale Suchmaschinen für spezielle Suchanfragen zu bestimmten Themenbereichen unterschieden. Mit regelmäßig mehr als 90 Prozent wird der Großteil der allgemeinen Suchanfragen in Deutschland von Google beantwortet. Von diesem hohen Nutzeranteil kann jedoch nicht unmittelbar auf eine entsprechende Marktmacht geschlossen werden, da bei der wettbewerblichen Beurteilung alle Plattformseiten und deren Interdependenzen zu berücksichtigen sind. Hinzu kommt, dass Suchleistungen allgemeiner Suchmaschinen teilweise durch die spezialisierter Suchmaschinen substituierbar sind. Während viele Arten von Suchanfragen typischerweise nur bei allgemeinen Suchmaschinen getätigt werden, sind andere, insbesondere kommerziell verwertbare Suchanfragen etwa zu Produkten, Hotels und Restaurants, auch bei spezialisierten Suchmaschinen möglich. Die Marktabgrenzung ist somit eine Frage des Einzelfalls (Tz. 182 – Tz. 183, Tz. 188 – Tz. 197).

K28. Im Wettbewerb der Suchdienste kommt dem Faktor Qualität eine entscheidende Rolle zu, da die erwartete Qualität der Suchergebnisse bestimmt, welche Suchmaschine ein Nutzer verwendet. Je mehr Daten ein Suchanbieter hat, desto besser kann er Suchergebnisse und Suchwerbung auf die Interessen der Nutzer anpassen. Der einhergehende Lerneffekt begünstigt Konzentrationstendenzen, da aufgrund der höheren Qualität der Suchergebnisse mehr Nutzer den Suchdienst verwenden und immer höhere Werbeumsätze erzielt werden können. Gleichwohl ist der Wechsel des Suchanbieters relativ leicht und ohne zusätzliche Kosten möglich, was eine disziplinierende Wirkung auf Suchmaschinenbetreiber hat (Tz. 198 – Tz. 220).

K29. Wettbewerbsprobleme im Bereich der allgemeinen Suche sind in verschiedener Hinsicht denkbar. Da Suchmaschinen die Auffindbarkeit von Webseiten für Nutzer beeinflussen können, kann beispielsweise eine Bevorzugung eigener Suchdienste bei der Anzeige von Suchergebnissen oder die willkürliche Nichtaufnahme einer Webseite in den Webindex ein missbräuchliches Verhalten einer marktbeherrschenden Suchmaschine darstellen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Suchmaschinen ein Ermessensspielraum bei der Erstellung des Webindex einzuräumen ist. Wettbewerbslich problematisch kann es außerdem sein, wenn Inhalte anderer Anbieter ungeachtet von Verwer-

tungsrechten verwendet werden (sogenanntes Scraping). Das gilt umso mehr, wenn ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Suchmaschine und Inhaltenanbieter existiert (Tz. 220 – Tz. 257).

K30. Aus Sicht der Monopolkommission ist allerdings eine Regulierung, die darauf abzielt, Missbräuche präventiv zu verhindern, derzeit nicht erforderlich. Dabei erscheint eine Regulierung des Suchalgorithmus zur Sicherstellung von Suchneutralität aus mehreren Gründen nicht sinnvoll. Eine staatliche Kontrolle des Suchalgorithmus würde, falls sie technisch überhaupt zu realisieren wäre, einen erheblichen Einsatz öffentlicher Mittel erfordern. Der Nachweis einer missbräuchlichen Gestaltung des Algorithmus wäre auch im Fall eines solchen technischen Zugriffs schwer zu führen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass der Betreiber einer Suchmaschine nicht auf eine Beeinflussung des Algorithmus angewiesen ist, um bei der Anzeige eigener Dienste Vorteile zu erzielen: Für den Betreiber reicht die Kenntnis des Algorithmus, um die Webseiten eigener Dienste so zu gestalten, dass sie leichter einen vorderen Platz auf der generischen Trefferliste erreichen (Tz. 258 – Tz. 260, Tz. 267 – Tz. 268).

K31. Auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung des Suchalgorithmus ist nicht zu befürworten. Wäre der Algorithmus öffentlich bekannt, hätten Betreiber von Webseiten die Möglichkeit, ihre Seiten so zu optimieren, dass die Anzeige von Suchergebnissen nach deren Relevanz erheblich beeinträchtigt würde. Schließlich ist auch eine Pflicht zur Offenlegung oder Teilung des Webindex mit konkurrierenden Suchmaschinen nicht zu befürworten, da sie Anreize zur Erstellung und ständigen Aktualisierung des Index beseitigen würde. Vergleichbares gilt für die Teilung von Nutzungsdaten, die mit einem erheblichen technischen und regulatorischen Aufwand verbunden wäre. Hinzukämen datenschutzrechtliche Bedenken, wenn personenbezogene Daten geteilt würden (Tz. 259, Tz. 269 – Tz. 280).

K32. Eine Entflechtung von allgemeiner Suche und spezialisierten Diensten, wie sie teilweise vorgeschlagen wird, hält die Monopolkommission nicht für geeignet, etwaige Marktverzerrungen effektiv zu mindern. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint sie auch unverhältnismäßig. Eine Entflechtung könnte allenfalls dann erwogen werden, wenn eine Suchplattform über eine irreversibel verfestigte Marktmacht verfügt. Solange demgegenüber eine Chance auf eine Belebung von Wettbewerbskräften besteht, ist von einem derart schwerwiegenden Eingriff in existierende Unternehmensstrukturen abzuraten, auch weil Rationalisierungsvorteile zunichtegemacht würden und bestehende Größen- und Verbundvorteile, die Nutzern zugute kommen, verloren gingen (Tz. 261 – Tz. 266).

K33. Die Monopolkommission regt jedoch an, die Durchsetzung der Rechte der anderen Marktteilnehmer zu stärken. In diesem Sinne empfiehlt sie konkret, staatliche Vorgaben zu prüfen, durch die Anbieter von Internetdiensten, einschließlich Suchmaschinen, zu technischen Voreinstellungen verpflichtet werden, um andere Marktteilnehmer bei Verwendung ihrer Inhalte und Daten gegen die Verletzung ihrer Rechte (z. B. Urheber- oder Datenschutzrechte) zu schützen; z. B. durch automatische Anfragen auf Zustimmung des Rechteinhabers. In Bezug auf die Einrichtung von Geräten und Systemen erscheinen außerdem technische Normen oder Standards sinnvoll, die eine aktive Auswahl von Suchmaschinen und speziellen Suchdiensten durch die Nutzer mittels Applikationen für Mobilgeräte oder im Browser vorsehen (Tz. 281 – Tz. 283).

K34. Die urheberrechtlichen Regelungen über die Rechte von Inhabern geistigen Eigentums im Internet sollten weiterentwickelt werden. Die Einführung von Regelungen auf EU-Ebene kann sinnvoll sein, um einerseits den Urhebern geistiger Schöpfungen (z. B. Bücher, Bilder) einen besseren Schutz als bisher gegen die Ausbeutung solcher Schöpfungen durch Dritte zu ermöglichen und andererseits – außerhalb der bei Suchmaschinen bestehenden Wettbewerbsrisiken – klarzustellen, welche Voraussetzungen von Urhebern beim Einsatz von technischen Maßnahmen zu beachten sind, um territoriale Beschränkungen von nationalen Urheberrechten durchzusetzen (sogenanntes Geoblocking) (Tz. 284 – Tz. 287).

Soziale Netzwerke

K35. Neben Suchmaschinen stellen soziale Netzwerke für viele Internetnutzer einen wichtigen digitalen Dienst dar. Soziale Netzwerkdienste wie Facebook, Xing oder Twitter bieten als zentraler Bestandteil des modernen, durch Nutzerinteraktion geprägten Internet (Web 2.0) wichtige Plattformen für die Kommunikation sowie das Erstellen und Teilen von Inhalten im Internet. Auch wenn soziale Netzwerke sich mitunter deutlich in ihren Funktionen und ihrer Verwendung unterscheiden, konzentriert sich ein erheblicher Teil der Nutzerinteraktion auf den Anbieter Facebook, dessen Netzwerk weltweit ca. 1,4 Mrd. aktive Nutzer hat (Tz. 288 – Tz. 292).

K36. Konzentrationstendenzen auf dem Markt für soziale Netzwerkdienste ergeben sich insbesondere durch ausgeprägte Netzwerkeffekte. Je mehr Mitglieder ein soziales Netzwerk hat, desto höher ist die Attraktivität des Netzwerkes für den Einzelnen. Begünstigt werden Konzentrationstendenzen zudem durch eine fehlende Interoperabilität zwischen verschiedenen sozialen Netzwerken. Wenn Nutzer verschiedener Netzwerke nicht über Plattformgrenzen hinweg kommunizieren können, haben sie einen verstärkten Anreiz, sich dem größten Netzwerk anzuschließen. Eine große Nutzerbasis eines etablierten Anbieters stellt für andere Dienste eine Markteintrittshürde dar. Denn anders als z. B. bei Suchmaschinen sind die Wechselkosten für Nutzer verhältnismäßig hoch, sodass es zu einem Lock-in-Effekt kommt, da bei einem Anbieterwechsel Kontakte, persönliche Daten und Inhalte nicht einfach übertragen werden können (Tz. 293 – Tz. 305).

K37. Nutzerdaten spielen eine zentrale Rolle in den Geschäftsmodellen vieler sozialer Netzwerke, wobei es hinsichtlich deren Verwendung z. B. für Werbezwecke zu Interessenkonflikten zwischen Netzwerknutzern und -betreibern kommen kann. Auch wenn es sich hierbei nach Auffassung der Monopolkommission in erster Linie um eine Frage des Daten- und Verbraucherschutzes handelt, kann davon ausgegangen werden, dass marktmächtige Anbieter aufgrund einer Lock-in-Situation der Nutzer weiter reichende Zustimmung zur Erhebung und Verwertung von persönlichen Daten einfordern können, als dies bei funktionierendem Wettbewerb zu erwarten wäre. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die in der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Regelungen zum „Recht auf Vergessenwerden“ und zur Datenportabilität (Tz. 306 – Tz. 325, Tz. 334 – Tz. 335).

K38. Ein kartellrechtlich relevantes Missbrauchspotenzial besteht bei marktbeherrschenden sozialen Netzwerken in zweierlei Hinsicht. Zum einen könnten die Betreiber sozialer Netzwerke Wettbewerber behindern, etwa indem sie andere Dienste daran hindern, eigene Leistungen an Nutzer zu erbringen, oder indem sie ihr Angebot in anti-kompetitiver Weise erweitern (sogenannter Behinderungsmissbrauch). Zum anderen könnte sich ein Missbrauch daraus ergeben, dass die betreffenden Unternehmen in ei-

nem übermäßigen Umfang Daten sammeln und die Möglichkeit der Nutzer, ein solches Datensammeln zu begrenzen, einschränken (sogenannter Ausbeutungsmisbrauch) (Tz. 326 – Tz. 329).

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

K40. Dessen ungeachtet bedarf der bisherige, auf bloße Information ausgerichtete Ansatz des Verbraucherschutzes einer Überprüfung und sollte im Zweifel durch einen differenzierteren Ansatz ersetzt werden. Insbesondere sollte auf eine übersichtlichere Darstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) hingewirkt werden. Angelehnt an die Rechtslage bei entgeltpflichtigen Bestellungen im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312j BGB) sollten Verbrauchern vertragsrelevante Informationen im Internet auch bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen anlassbezogen bereitgestellt werden. Darüber hinausgehend könnte erwogen werden, von Gesetzes wegen umfangreiche Globaleinwilligungen zur Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen der AGB zu beschränken (Tz. 340 – Tz. 341).

Elektronischer Handel (E-Commerce)

K41. Eine ökonomisch wichtige Bedeutung kommt dem Online-Handel mit Waren und Dienstleistungen (E-Commerce) zu. Der Online-Handel zwischen Unternehmen und Endverbrauchern (B2C-E-Commerce) ist in den vergangenen Jahren stark gewachsen. Für das Jahr 2014 werden für Deutschland je nach Quelle ein steuerbereinigtes Marktvolumen des E-Commerce von ca. EUR 39 Mrd. bis EUR 44 Mrd. und ein Anteil am Einzelhandelsumsatz von ca. 9-10 Prozent angegeben. Unabhängig von den genauen Marktdaten ist zukünftig ein weiterer Anstieg des Anteils des E-Commerce am Einzelhandelsumsatz zu erwarten (Tz. 343 – Tz. 346, Tz. 352 – Tz. 358).

K42. Ein großer Teil des deutschen E-Commerce entfällt auf Handelsplattformen bzw. Online-Marktplätze wie Amazon Marketplace oder eBay. Handelsplattformen sind zwei- bzw. mehrseitige Plattformen, die Online-Händler (Verkäufer) und Verbraucher (Käufer) zusammenführen. Eine dritte Plattformseite können gegebenenfalls Werbetreibende darstellen. Für Verbraucher bieten Handelsplattformen zahlreiche Vorteile, wie etwa eine größere Markttransparenz und Produktauswahl, eine Reduzierung von Vertrauensproblemen beim Internetkauf sowie die Möglichkeit zu grenzüberschreitenden Transaktionen. Auf der Händlerseite profitieren insbesondere kleine Händler von geringeren Marktzutrittsschranken, der Erreichbarkeit umfassender Kundengruppen sowie gegebenenfalls weiteren Serviceleistungen wie der Zahlungs- und Versandabwicklung (Tz. 347 – Tz. 351).

K43. Eine wettbewerbliche Würdigung der Marktstellung von Unternehmen im E-Commerce erfordert eine adäquate Marktabgrenzung. Insofern ist zu beachten, dass Online-Händler je nach Produkt im Wettbewerb mit stationären Händlern stehen können. Aus hohen Marktanteilen einzelner Händler im E-Commerce kann somit nicht pauschal auf hohe Marktanteile am gesamten Produktmarkt geschlossen werden. Bei Handelsplattformen muss die Marktabgrenzung das mehrseitige Geschäftsmodell und die Substitutionsmöglichkeiten aller relevanten Plattformseiten erfassen. Häufig dürften Handelsplattformen dabei sowohl auf der Verbraucher- als auch auf der Händlerseite mit Preisvergleichsseiten konkurrieren, die auf Online-Shops einzelner Online-Händler verweisen (Tz. 359 – Tz. 372).

K44. In einigen Bereichen des E-Commerce ist eine erhöhte Marktkonzentration festzustellen. Dies gilt insbesondere für Handelsplattformen. Die Konzentration in diesem Bereich ist vor allem auf starke indirekte Netzwerkeffekte sowie Größenvorteile zurückzuführen, die jeweils die Markteintrittsmöglichkeiten neuer Anbieter begrenzen. Gleichwohl zeigt sich, dass ein Markteintritt insbesondere durch eine hinreichende Differenzierung möglich ist. Wettbewerbliche Verhaltensspielräume werden zudem durch die, wenn auch auf Verkäuferseite aufgrund von Reputationseffekten eingeschränkte, Möglichkeit zum Multihoming, d. h. der gleichzeitigen Nutzung mehrerer Plattformen, bei der Nachfragegruppen reduziert (Tz. 359, Tz. 373 – Tz. 383).

K45. Wettbewerbsprobleme im E-Commerce können entstehen, soweit einzelne Händler nachfragemächtig sind. Außerdem können Wettbewerbsprobleme aus der vertikalen Integration von Handelsplattformen bzw. Online-Händlern, der Bündelung und Bevorzugung eigener Dienste, vertikalen Vertriebsbeschränkungen sowie grenzüberschreitenden Handelsbeschränkungen folgen. Darüber hinaus kann ein Marktmachtrisiko unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung bestehen. Grundsätzlich sieht die Monopolkommission keinen Gesetzgebungsbedarf im E-Commerce. Mögliche Wettbewerbsprobleme können mit dem geltenden Wettbewerbsrecht angegangen werden (Tz. 384).

K46. Die Problematik der Nachfragemacht kann im E-Commerce ebenso wie im stationären Handel auftreten. Nachfragemacht liegt vor, wenn Händler gegenüber Herstellern bessere Preise und Konditionen durchsetzen können, als dies unter wettbewerblichen Bedingungen der Fall wäre bzw. ohne ersichtlichen Grund bessere Preise und Konditionen als vergleichbare Wettbewerber gewährt bekommen. Sofern Nachfragemacht in einzelnen Bereichen des E-Commerce besteht, können Wettbewerbsverstöße mit dem geltenden Wettbewerbsrecht adressiert werden. So sind etwa missbräuchliche Einkaufspraktiken gemäß GWB unzulässig (Tz. 385 – Tz. 390).

K47. Zu Wettbewerbsproblemen durch vertikale Integration kann es im E-Commerce kommen, wenn der Betreiber einer Plattform zugleich Verkäufer auf dieser Plattform ist und damit in Konkurrenz zu anderen Verkäufern auf seiner Plattform tritt. In einem solchen Fall können Anreize für den Plattformbetreiber bestehen, die eigenen Produkte prominenter darzustellen. Ferner hat dieser die Möglichkeit, Transaktionen von Dritthändlern zu beobachten, besonders nachgefragte Produkte in den eigenen Handelsbestand aufzunehmen und betroffene Händler möglicherweise vom Markt zu verdrängen. Zudem kann der Plattformbetreiber zusätzliche Daten akkumulieren, um beispielsweise bessere Produktempfehlungen zu geben und hierdurch die Qualität der eigenen Plattform und damit die eigene Wettbewerbsposition gegenüber konkurrierenden Plattformen zu verbessern. Die Wohlfahrtswirkungen eines solchen Verhaltens sind nicht ein-

deutig, da zumindest kurzfristig der Wettbewerb zwischen Handelsplattformen gesteigert wird und bei bestehendem Wettbewerb auf Händlerebene mögliche niedrigere Beschaffungspreise in der Regel an die Konsumenten weitergereicht werden. Gleichwohl sollte dieses Verhalten durch die Wettbewerbsbehörden beobachtet werden, um längerfristige Ausschließungswirkungen zu verhindern (Tz. 391 – Tz. 395).

K48. Handelsunternehmen bzw. -plattformen haben ferner wie alle Unternehmen einen Anreiz, eigene Dienste oder Produkte zu bevorzugen oder zu bündeln. So kann eine Handelsplattform beispielsweise Dritthändlern auferlegen, zusätzliche Leistungen der Plattform, wie etwa deren Zahlungssystem, zu nutzen. Eine solche Bündelung dürfte nur dann mit Wettbewerbsrisiken einhergehen, wenn das sie nutzende Unternehmen marktmächtig ist. Inwieweit eine Bündelung von Produkten oder eine Bevorzugung eigener Dienste wettbewerbswidrig ist, muss im Einzelfall durch die Wettbewerbsbehörden entschieden werden (Tz. 396 – Tz. 398).

K49. Im E-Commerce sind teilweise aggressive Wachstumsstrategien zu beobachten. So versuchen einige Unternehmen, ihren Umsatz in kurzer Zeit zu steigern und nehmen dafür Verluste in Kauf, möglicherweise mit dem Ziel, Standardanbieter für bestimmte Dienstleistungen zu werden und Kunden an sich zu binden. Nach nationalem Recht können die Missbrauchsregeln auf solche Wachstumsstrategien auch unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung angewendet werden (§ 20 GWB). Derzeit liegen der Monopolkommission allerdings keine belastbaren Anhaltspunkte für etwaige wettbewerbschädliche Verhaltensweisen vor (Tz. 399 – Tz. 403).

K50. Von hoher Relevanz für den Wettbewerb im E-Commerce sind vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb, insbesondere Preisparitätsklauseln sowie Drittplattformverbote. Preisparitätsklauseln werden insbesondere von Plattformbetreibern ausgesprochen und beschränken Händler darin, ihre Produkte außerhalb der jeweiligen Plattform zu einem günstigeren Preis bzw. zu besseren Konditionen anzubieten. Allerdings können die Händler bzw. Verkäufer das Preisniveau weiterhin frei festlegen. Die Wirkung von Preisparitätsklauseln ist ökonomisch noch nicht hinreichend erforscht. Grundsätzlich können sie zu höheren Verkaufsprovisionen und Endkundenpreisen führen sowie unter bestimmten Bedingungen den Markteintritt neuer Plattformanbieter behindern. Zugleich können Preisparitätsklauseln aber vertragsspezifische Investitionen schützen und eine opportunistische Preissetzung verhindern und insoweit effizienzsteigernd wirken. Angesichts ihres ambivalenten Charakters ist unter Berücksichtigung des derzeitigen Erkenntnisstands von einem Per-se-Verbot solcher Klauseln abzuraten. Stattdessen sollten die Bedingungen, unter denen die Klauseln anwendbar sind, sowie die Marktcharakteristika im konkreten Einzelfall analysiert werden. Um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, sollten die Wettbewerbsbehörden außerdem ähnlich gelagerte Fälle parallel aufgreifen. Ein konsistentes Vorgehen innerhalb der EU wäre zu begrüßen (Tz. 404 – Tz. 417).

K51. Drittplattformverbote werden vor allem von Markenherstellern innerhalb und außerhalb eines selektiven Vertriebssystems ausgesprochen und beschränken Händler darin, Produkte über Handelsplattformen zu verkaufen. Wesentliches Ziel der Hersteller ist, Einfluss auf den Vertrieb und die Präsentation ihrer Produkte zu nehmen. Allgemeingültige Aussagen zur Zulässigkeit von Drittplattformverboten sind nicht möglich, sodass auch hier eine einzelfallabhängige Beurteilung angezeigt ist. Dabei sollten sowohl das Ausmaß des bestehenden Markenwettbewerbs zwischen Herstellern als auch Effizi-

enzeinwände, die auf dem Schutz des Markenimages beruhen, berücksichtigt werden. Insbesondere die markenrechtliche Rechtsprechung der europäischen Gerichte wird von den Wettbewerbsbehörden bei der Würdigung von Drittplattformverboten bisher zu wenig berücksichtigt (Tz. 418 – Tz. 437).

K52. Ein weiterer wettbewerbspolitisch relevanter Aspekt sind grenzüberschreitende Handelsbeschränkungen. Insbesondere Sprachbarrieren, nationale Konsumentenpräferenzen, höhere Kosten für den internationalen Versand sowie möglicherweise unterschiedliche nationale Regelungen bei Datenschutz und anderen Aspekten können den grenzüberschreitenden Handel, auch innerhalb der EU, behindern. Die Monopolkommission begrüßt insofern die Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission zum E-Commerce mit dem Ziel, identifizierte Wettbewerbsbeschränkungen zur Verwirklichung eines digitalen europäischen Binnenmarktes abzubauen (Tz. 438 – Tz. 443).

Rechtslage: Schutz des unverfälschten Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie

K53. Das Wettbewerbsrecht ist darauf ausgerichtet, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen und soll in diesem Sinne auch die digitale Ökonomie als ein System unverfälschten Wettbewerbs schützen. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob das bestehende rechtliche Instrumentarium ausreicht, um den Wettbewerb und die Rechte der Marktteilnehmer zu schützen. Die Monopolkommission sieht keinen Anlass, den bestehenden Rechtsrahmen grundsätzlich in Frage zu stellen. Dennoch bedarf es einer Weiterentwicklung und vielfach einer Effektivierung des Rechts, um einen unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen (Tz. 444 – Tz. 450).

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

K55. Missbräuche von Marktmacht in der digitalen Ökonomie sind Gegenstand einer lebhaften öffentlichen Diskussion. Diese beruht unter anderem darauf, dass dem Zugang zu Daten mittlerweile in den Bereichen der Produktentwicklung und -innovation zentrale Bedeutung zukommt und dass die Datensammlung und -nutzung viele sich überschneidende Fragen hinsichtlich des Wettbewerbsschutzes und des individuellen Rechtsschutzes (Urheberrechte, Daten- und Verbraucherschutz) aufwirft (Tz. 480 – Tz. 483).

K56. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist in zweierlei Form möglich. Zum einen können Wettbewerber behindert werden (Behinderungsmisbrauch), zum anderen die Leistungen anderer Marktteilnehmer ausgebeutet werden (Ausbeutungsmisbrauch). Daneben sind Mischformen möglich, bei denen Verhalten sowohl behindernde als auch ausbeutende Elemente aufweist (Tz. 496).

K57. Das Potenzial von Behinderungsmisbräuchen in der digitalen Ökonomie wird, soweit erkennbar, bisher in zweierlei Hinsicht diskutiert, nämlich hinsichtlich:

- Formen der Zugangsverweigerung im Internet und
- Hebelungen von Marktmacht, z. B. durch die Bevorzugung eigener Dienste, die Ausbeutung fremder Inhalte und Daten zum Nachteil von Konkurrenten oder die Behinderung eines Anbieterwechsels seitens der Kunden (Werbekunden/Nutzer) (Tz. 497).

K58. Bei derartigen Marktmachtmissbräuchen ist es denkbar, dass sie zusätzlich ausbeutende Elemente aufweisen, wie etwa im Fall einer Ausbeutung fremder Inhalte und Daten (wenn sie zum Nachteil der Inhalteanbieter und Dateninhaber erfolgt) oder bei bestimmten Behinderungen des Kundenwechsels (z. B. übermäßige Bindung von Kunden durch Einschränkung der Datenportabilität). Ansonsten wird ein Potenzial von Ausbeutungsmisbräuchen durch künstliche Kapazitätsverknappungen in Bezug auf Werbeplätze oder schlicht durch einen exzessiven Datenzugriff gesehen. Der Grad, in dem diese rechtlichen Missbrauchspotenziale bestehen, wird auf Plattformmärkten wesentlich von der Dynamik der Marktentwicklung und von den Eigenschaften der Plattform beeinflusst (z. B. dem Umfang des Datenzugriffs, der Art der Netzwerkeffekte) (Tz. 498 – Tz. 502).

K59. Nach Auffassung der Monopolkommission besteht kein Gesetzgebungsbedarf im Hinblick auf das materielle Kartellmissbrauchsrecht. Die Rechtsgrundsätze zur missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sollten durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Einzelfall weiter entwickelt werden. Die Dynamik der digitalen Ökonomie erfordert aus Sicht der Monopolkommission grundsätzlich aber keinen von den herkömmlichen Grundsätzen abweichenden Prüfungsmaßstab (Tz. 484, Tz. 487 – Tz. 495).

K60. Dagegen hält die Monopolkommission es für erforderlich, dass die Instrumente zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gestärkt werden. Die Ausgestaltung der Missbrauchsverfahren gerade auf EU-Ebene begegnet wettbewerbspolitischen und rechtsstaatlichen Bedenken (Tz. 486, Tz. 503 – Tz. 508).

K61. Die Monopolkommission regt an, dass die Europäische Kommission das Instrument der Anordnung einstweiliger Maßnahmen in Missbrauchsfällen in der digitalen Ökonomie stärker einsetzt. Sie schlägt vor, als Test für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen darauf abzustellen, ob im Markt wesentliche Veränderungen (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a VO 1/2003) schon innerhalb von zwei Jahren, einem häufig gewählten Beurteilungszeitraum für absehbare Wettbewerbsentwicklungen, zu erwarten sind. Sie regt weiter an, das Zusagenverfahren nach Ablauf angemessener Fristen automatisch oder auf begründeten Antrag Dritter in ein Abstellungs- und Bußgeldverfahren nach Art. 7, 23 VO 1/2003 überzuleiten (Tz. 509 – Tz. 513).

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

Der Einfluss der Digitalisierung in anderen Wirtschaftsbereichen

K63. Die Digitalisierung der Wirtschaft umfasst nicht nur die Entwicklung der in diesem Gutachten vorrangig behandelten Plattformdienste. Es kommt durch die Digitalisierung auch zu vielfältigen Formen der Vernetzung zwischen der digitalen Ökonomie und der sonstigen Wirtschaft. Neben einer Erweiterung der Märkte für Waren und Kundendienstleistungen erweitern sich – allerdings noch in geringerem Umfang – auch die Arbeitsmärkte (Tz. 534 – Tz. 535).

K64. Die Monopolkommission konzentriert sich in diesem Gutachten auf die wettbewerbspolitischen Implikationen der Marktstätigkeit von Internetplattformen und nimmt keine vertiefte Untersuchung darüber hinausreichender Fragen vor. Dennoch arbeitet sie allgemeine Grundsätze heraus, die aus ihrer Sicht bei der politischen Begleitung der Digitalisierung der Wirtschaft zu beachten sind (Tz. 536 – Tz. 537).

K65. Als erstes weist die Monopolkommission darauf hin, dass Anpassungen des Regulierungsrahmens notwendig werden können, wann immer neuartige Anbieter mit innovativen Geschäftsmodellen (z. B. in der sharing economy) oder Produkten in regulierte Märkte drängen. Deshalb spricht sich die Monopolkommission für eine – fortlaufende – Überprüfung des Ordnungsrahmens in den durch die digitale Ökonomie geprägten Wirtschaftsbereichen aus. Soweit Anpassungen erforderlich sind, sollten die betreffenden Regeln über den sachlich und räumlich relevanten Markt hinweg grundsätzlich einheitlich sein, um eine künstliche Fragmentierung von Märkten zu vermeiden. Eine solche Fragmentierung kann zwar aufgrund von unterschiedlichen ordnungs- und kulturpolitischen Zielen der jeweiligen nationalen Gesetzgebung zu rechtfertigen sein, jedoch nur in dem zur Zielerreichung jeweils erforderlichen und angemessenen Umfang (Tz. 538 – Tz. 549).

K66. Die Monopolkommission weist weiter darauf hin, dass gegenwärtig auf EU-Ebene ins Auge gefasste Maßnahmen aus Marktgründen in Kompetenzbereichen erfolgen, die bislang grundsätzlich den Mitgliedstaaten vorbehalten sind (Telekommunikations- und Medienregulierung, Zivilrecht/Verbraucherschutz, Daten- und Immaterialgüterschutz, Steuerrecht). Diesbezüglich erscheint eine Debatte über die konkreten ordnungspolitischen Ziele erforderlich, die einen dauerhaften Vorrang nationaler Regelungen gegenüber einer Harmonisierung auf europäischer Ebene rechtfertigen können. Davon abgesehen ist die Monopolkommission der Auffassung, dass die in Bund und Ländern bestehende Regulierung in verschiedenen Bereichen über das erforderliche Maß hinausgehen dürfte; die Medienregulierung ist aus ihrer Sicht grundlegend zu überarbeiten (Tz. 550 – Tz. 551).

K67. In einem zweiten Schritt wendet sich die Monopolkommission der Frage einer zusätzlichen Regulierung von Anbietern in der digitalen Ökonomie zu. Eine solche Regulierung wird derzeit insbesondere in Bezug auf Internetdienste diskutiert, die Internetnutzern Nachrichteninformationen bereitstellen. In Bezug auf Internetdienste, die Informationen digital übermitteln bzw. anzeigen (sogenannte „neue“ Medien), wird ein Risiko gesehen, dass die Meinungsbildung der Nutzer verfälscht werden kann, soweit die von den Diensten bereitgestellten Informationen zur Meinungsbildung beitragen. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass eine zusätzliche Regulierung von Internetdiensten zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen nur zu rechtfertigen ist, soweit eine vergleichbare Gefahr für die Verfälschung der Meinungsbildung bei den Internetdiensten und den nicht-internetbasierten Anbietern, mit denen sie in Konkurrenz stehen, vorhanden ist. Insbesondere bei Internetdiensten, deren Angebot sich an den Nutzerpräferenzen orientiert, bedarf es einer genauen Prüfung, inwieweit dies der Fall ist (Tz. 552 – Tz. 568).

K68. Als drittes hebt die Monopolkommission in Bezug auf die politische Begleitung von Anpassungen bestehender Geschäftsmodelle und Produkte an die digitale Wirtschaft (sogenannte „Industrie 4.0“) hervor, dass in Bereichen, deren Entwicklung aus industriepolitischer Sicht Priorität genießt, wettbewerbliche Risikopotenziale bestehen können. Diese sind bei der Ausgestaltung politischer Maßnahmen zu beachten, um das Risiko, dass politische Maßnahmen wettbewerbsverfälschende Nebenwirkungen zeitigen, von vornherein gering zu halten (Tz. 569 – Tz. 573).

K69. Zuletzt nimmt die Monopolkommission zur Frage einer staatlichen Förderung innovativer Geschäftsmodelle bei Versagen des Wettbewerbs Stellung. Eine gezielte Förderung von Unternehmen durch finanzielle Maßnahmen kann aus wettbewerbspolitischer Sicht zu begrüßen sein, z. B. weil sie die Marktdynamik in wettbewerbslosen Strukturen belebt oder Märkte überhaupt erst erschließen kann. Der letztgenannte Fall ist dort gegeben, wo der Wettbewerb versagt und dieses Marktversagen ohne staatliche Eingriffe nicht beseitigt werden kann. Derartiges Marktversagen wird in den Bereichen der digitalen Wirtschaft gerade in der Finanzierung innovativer Gründerunternehmen gesehen (Start-up-Finanzierung). Die Bundesregierung hat sich in ihrer Digitalen Agenda dahin gehend festgelegt, ihre Förderpolitik auf den Abbau von Marktzutrittsschranken unter Beachtung des Prinzips des unverfälschten Wettbewerbs auszurichten. Die Monopolkommission hält die ins Auge gefassten Maßnahmen zur Finanzierung innovativer Gründerunternehmen unter dieser Voraussetzung für wettbewerbspolitisch unbedenklich (Tz. 574 – Tz. 577).

Handlungsempfehlungen

K70. Abschließend fasst die Monopolkommission ihre Handlungsempfehlungen zusammen (Tz. 578 – Tz. 602).

1. Einleitung

1. Die Digitalisierung hat einen tief gehenden strukturellen Wandel ausgelöst, der nahezu alle Lebensbereiche erfasst. Insofern wird mitunter sogar von einer digitalen Revolution gesprochen. Dieser Wandel stellt Unternehmen, Verbraucher sowie Politik und Gesellschaft vor neue Herausforderungen.

2. Wettbewerb ist der zentrale Treiber des digitalen Wandels. Gleichzeitig sorgt die Digitalisierung ihrerseits in vielen Bereichen für eine Intensivierung des Wettbewerbs. Das wirtschaftliche Handeln verändert sich auf vielfältige Weise. Verbraucher profitieren von innovativen Produkten und Dienstleistungen. Diese werden zunehmend online und damit unabhängig von Tageszeit und Aufenthaltsort der Beteiligten erbracht. Ein wichtiges Merkmal vieler Leistungen ist ihre Unentgeltlichkeit.

3. Zu den wichtigsten Aufgaben der Politik gehört es, den Strukturwandel durch das Setzen geeigneter Rahmenbedingungen zu begleiten. Diese Herausforderung geht die Bundesregierung derzeit unter anderem im Rahmen ihrer Digitalen Agenda an. Hierbei geht es insbesondere um den Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandinfrastrukturen als Voraussetzung für eine flächendeckende Verfügbarkeit von digitalen Diensten, die Gewährleistung von Sicherheit und Schutz für Gesellschaft und Unternehmen (Daten- und Verbraucherschutz) sowie die Förderung der digitalen Wirtschaft, z. B. durch Ermöglichung einer Vernetzung der Produktion („Industrie 4.0“).

4. Im Zentrum der öffentlichen Diskussion stehen seit einiger Zeit insbesondere Unternehmen wie Google, Facebook oder Amazon, die als Gewinner der Digitalisierung wahrgenommen werden und den Strukturwandel besonders deutlich symbolisieren. Datenschützer und Verbraucherschutzbehörden kritisieren den Umgang dieser und vieler weiterer Unternehmen mit personenbezogenen Daten der Nutzer. Wettbewerber beklagen unfaire Geschäftspraktiken und eine Bildung von Monopolen. Vielfach wird ein stärkeres Eingreifen der wettbewerblichen Institutionen gefordert. Gegenstand der Diskussion ist insbesondere auch, ob das vorliegende wettbewerbliche Instrumentarium für eine wirksame Kontrolle überhaupt ausreicht.

5. Die Monopolkommission hat sich zu den wettbewerbs- und damit verbundenen daten- und verbraucherschutzbezogenen Fragen im Bereich der Internetökonomie in einer ersten vorläufigen Untersuchung im XX. Hauptgutachten geäußert.¹ In dem vorliegenden Sondergutachten soll zu diesen und anderen Aspekten der digitalen Wirtschaft vertieft Stellung genommen werden. Die Monopolkommission möchte einen Beitrag dazu leisten, die Rolle der Wettbewerbspolitik auf digitalen Märkten zu charakterisieren und Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

6. Viele Anbieter digitaler Dienstleistungen setzen auf ein Geschäftsmodell, das auf der Zusammenführung verschiedener Nutzergruppen auf einer Plattform basiert. Als Grundlage der wettbewerbspolitischen Analysen konkreter Plattformen werden zunächst die allgemeinen Eigenschaften von Plattformen dargestellt (Kapitel 2). Diese haben wichtige Implikationen für das Verhalten von Unternehmen und den Wettbewerb und damit für die wettbewerbspolitische Analyse.

7. Eine weitere Besonderheit der Internetwirtschaft stellt die für viele digitale Geschäftsmodelle große Bedeutung der Erhebung und Verarbeitung von Daten dar (Kapitel 3).

¹ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 65.

Begünstigt durch die Entwicklung neuer Technologien zur Speicherung und Verarbeitung großer Datenmengen („Big Data“) sind zahlreiche neue Produkte und Dienste entstanden. Der Rolle, die Daten im digitalen Wettbewerb einnehmen, wird daher nachgegangen.

8. Die zweite Seite vieler Plattformdienste ist die Online-Werbung (Kapitel 4). Die zugehörigen Märkte unterliegen einem starken Wandel, der im Gutachten nachgezeichnet wird. Neben der Frage der Marktabgrenzung, die für die Würdigung der Wettbewerbsstellung von Unternehmen von erheblicher Bedeutung ist, wird auf potenzielle Wettbewerbsprobleme und -verzerrungen eingegangen, die aus dem Verhalten der Marktteilnehmer selbst oder aus der Regulierung folgen können.

9. Untersucht werden weiterhin die wichtigsten Arten von Plattformdiensten, beginnend mit den Suchmaschinen, deren Funktionsweise und ökonomische Bedeutung ebenso erläutert werden wie die feststellbaren Konzentrationstendenzen auf den Suchmärkten (Kapitel 5). Darauf aufbauend werden Potenziale für Wettbewerbsbeschränkungen bei Suchmaschinen dargestellt und die in Betracht kommenden regulatorischen Maßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs diskutiert.

10. Nachfolgend werden die Entwicklungen bei sozialen Netzwerken nachgezeichnet (Kapitel 6). Auch in diesem Kapitel werden feststellbare Konzentrationstendenzen erläutert, die nach dem gegenwärtigen Stand der Marktentwicklung erkennbaren Potenziale für Wettbewerbsbeschränkungen aufgezeigt und regulatorische Maßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs diskutiert. Daneben wird das Verhältnis von Wettbewerbschutz und Medienregulierung beleuchtet, das insbesondere im Bereich von sozialen Netzwerken Fragen aufwirft.

11. Als dritter wichtiger Bereich von Plattformdiensten wird der E-Commerce untersucht (Kapitel 7). Es werden Konzentrationstendenzen, insbesondere bei Handelsplattformen, nachvollzogen und wesentliche Ursachen für diese aufgezeigt. Auf dieser Basis werden einige der sich im E-Commerce potenziell stellenden Wettbewerbsprobleme dargestellt. Insbesondere wird auf Vertriebsbeschränkungen eingegangen, die Hersteller und unterschiedliche Plattformen Händlern und anderen Marktteilnehmern auferlegen.

12. Im Anschluss werden Probleme des Wettbewerbsrechts erörtert, die sich in der digitalen Ökonomie im Allgemeinen stellen (Kapitel 8). Ausgehend vom Grundprinzip des Schutzes des unverfälschten Wettbewerbs werden Unzulänglichkeiten des bestehenden Fusionskontrollrechts aufgezeigt und Handlungsvorschläge für eine Behebung dieser Mängel entwickelt. Zudem werden Vorschläge für eine effizientere Ausgestaltung der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Stellungen erarbeitet.

13. Schließlich geht das Gutachten auf Folgen der Digitalisierung für solche Märkte ein, auf denen herkömmliche Leistungen und Güter offeriert werden (Kapitel 9). Neue digitale Geschäftsmodelle verändern diese Märkte und stellen bestehende Regulierungen infrage. Es wird aufgezeigt, wo Anpassungen des Regulierungsrahmens notwendig werden können.

14. Die Monopolkommission gibt im jeweiligen Zusammenhang Handlungsempfehlungen ab, soweit der bestehende Ordnungsrahmen den Belangen der digitalen Ökonomie aus wettbewerbspolitischer Perspektive nicht hinreichend Rechnung trägt. Ihre Ergebnisse und Empfehlungen sind in einem abschließenden Kapitel zusammengefasst (Kapitel 10).

2. Ökonomische Besonderheiten von Internetmärkten

15. Die Digitalisierung hat wirtschaftliches Handeln auf vielfältige Weise verändert. In annähernd jede Transaktion ist heutzutage ein Computer und damit ein digitaler Prozess eingebunden. Dies kann durch eine einfache Registrierkasse oder ein hochkomplexes Rechenzentrum geschehen. Während diese Prozesse ursprünglich aus buchhalterischen Gründen eingeführt wurden, eröffnen sie heute eine Vielzahl an Möglichkeiten über die Rechnungslegung hinaus. So können Kosten gesenkt, Daten erhoben und ausgewertet und Angebote personalisiert werden. Durch die Entwicklung des Internets wurden bestehende Potenziale des Wirtschaftens erheblich erweitert. In diesem Kapitel werden die ökonomischen Besonderheiten von digitalen Märkten dargestellt und untersucht, welche Auswirkungen sich für die Wettbewerbspolitik im Allgemeinen ergeben.

2.1 Dynamische Entwicklung digitaler Güter und Märkte

16. Für viele Beobachter zeichnet sich die digitale Wirtschaft zu allererst durch ihre Schnelllebigkeit und hohe Dynamik aus. Betrachtet man die Marktwerte der größten börsennotierten Unternehmen der Welt, sieht man, dass es besonders Unternehmen aus dem Bereich der Digitalwirtschaft sind, denen es gelungen ist, hohe Unternehmenswerte in relativ kurzer Zeit zu schaffen. Apple alleine wird derzeit mit über USD 500 Mrd. bewertet und hat damit eine höhere Börsenkapitalisierung als Volkswagen, Siemens und Bayer zusammen. Google, Amazon, Facebook und eBay sind noch keine fünfundzwanzig Jahre alt, aber haben jetzt schon Marktkapitalisierungen, die mit denen von deutschen DAX-Unternehmen vergleichbar sind.

17. Neben den jungen etablierten Unternehmen zeigt sich die Dynamik insbesondere im Gründungsbereich. Die weltweit derzeit wertvollsten Start-ups sind fast alle im Bereich der digitalen Wirtschaft tätig (vgl. Abbildung 2.1). In Deutschland sind die Investitionen in Form von Unternehmensbeteiligungen seit 2009 um durchschnittlich fast 20 Prozent pro Jahr gestiegen und die digitale Wirtschaft spielt hier eine wichtige Rolle.² Aus deutscher Sicht ist hier insbesondere die sehr positive Entwicklung in Berlin hervorzuheben, das sich hinter London als führender Ort in Europa für Investitionen in Neugründungen etablieren konnte.³

18. Die Dynamik dieser Branche zeigt sich auch an vielen anderen Stellen. Ständig kommt eine Vielzahl neuer Produkte und Dienste auf den Markt. Produktlebenszyklen, die Spanne zwischen der Einführung eines neuen Produktes bis zu dessen Herausnahme aus dem Markt, verkürzen sich zunehmend. Entsprechendes gilt für Forschungs- und Entwicklungszyklen, die immer schneller ablaufen.

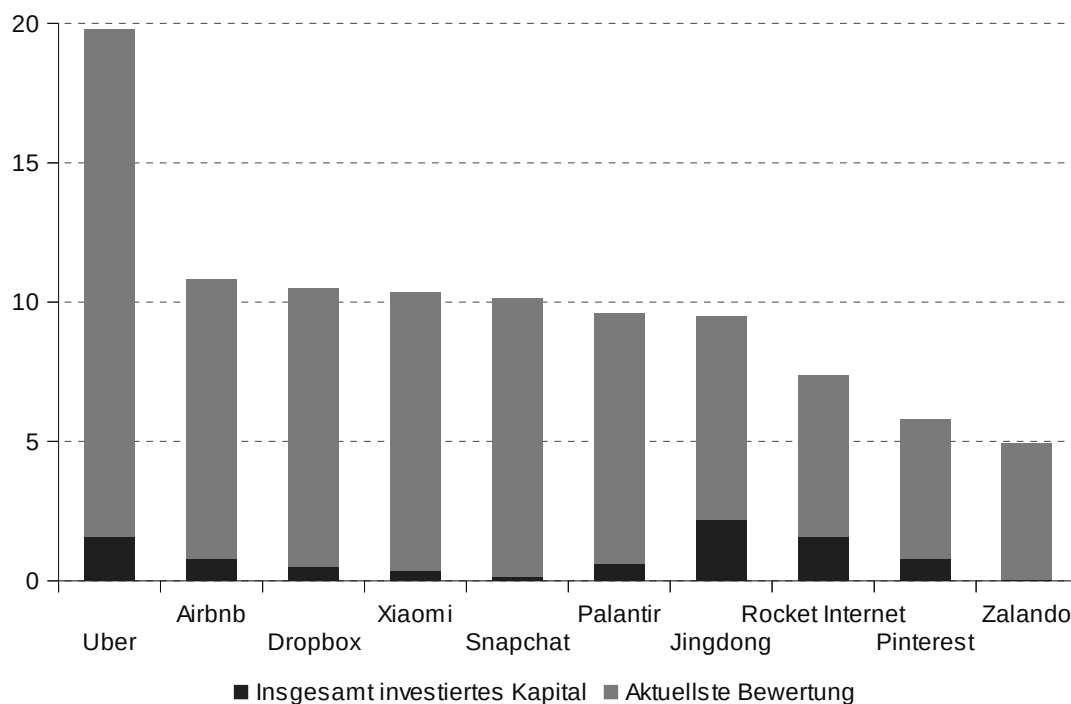
19. Die hohe Innovationstätigkeit auf digitalen Märkten wird durch niedrige Markteintrittsschranken begünstigt. Die Digitalisierung und speziell das Internet haben eine breite Spanne an ökonomischen Kosten teilweise ganz erheblich reduziert: Kosten der Gestaltung und Distribution von Produkten und Diensten, Kosten für den Erwerb und das Angebot an Informationen, Kosten zur Sammlung und Nutzung von Daten zu Konsumentenpräferenzen und Konsumentenverhalten. Diese Kostenreduktion ermöglicht Un-

2 Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK), Der deutsche Beteiligungskapitalmarkt 2014 und Ausblick auf 2015, Berlin, 23. Februar 2015.

3 Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. und BVK, Pressemitteilung vom 6. März 2014: Venture-Capital-Investitionen in IT-Start-ups legen leicht zu.

ternehmen, eine Tätigkeit sehr schnell zu initiieren und auszuweiten.⁴ In jüngster Zeit kommt hinzu, dass hohe Investitionskosten, die oftmals einen Markteintritt erschweren können, in bestimmten Bereichen der digitalen Wirtschaft zunehmend zu variablen Kosten werden. Dies ist der Fall, wenn Rechenleistung oder Speicherplatz bedarfsorientiert von Unternehmen angemietet werden kann, beispielsweise aufgrund neuer Technologien (z. B. Cloud Computing) oder Open Source Software. Das senkt mögliche Investitionsrisiken und erleichtert so den Markteintritt.

Abbildung 2.1: Die wertvollsten Start-ups der Welt (in USD Mrd.)



Anm.: Nicht börsennotierte Unternehmen, in die in den letzten 3 Jahren Fremdkapital investiert wurde und die von Venture-Kapital-Firmen mit 1 Mrd. USD oder mehr bewertet wurden

Quellen: Eigene Darstellung basierend auf DowJones VentureSource, The Wall Street Journal, The Billion-Dollar Startup Club, 2015, <http://graphics.wsj.com/billion-dollar-club/>, Statista 2015

20. Zudem ermöglicht das Internet eine sehr weitgehende Anpassung des Angebots an kundenspezifische Anforderungen (Customization). Dies wurde in zahlreichen neuen Geschäftsmodellen im Bereich der Werbung, der Suchdienste oder von Handelsplattformen etabliert, indem Nutzern beispielsweise individuelle Vorschläge unterbreitet werden.

21. Diese Veränderungen haben einen erheblichen Beitrag zu einer sehr dynamischen und innovationsfreudigen Entwicklung von internetbasierten Branchen und Unternehmen geleistet. Diese Branchen zeigen immense Innovationsprozesse, durch die neue Produkte und Ideen entstehen und bestehende Produkte kontinuierlich weiterentwickelt werden.⁵ So sind digitale Geschäftsmodelle entstanden, die sich teilweise deutlich von denen konventioneller Branchen unterscheiden. Und diese Geschäftsmodelle entwickeln sich rasant weiter.

4 Beispielsweise wuchs Facebook auf über 500 Mio. Nutzer, zu einem Zeitpunkt, bei dem im Unternehmen weniger als 500 Ingenieure arbeiteten.

5 Levin, J., The Economics of Internet Markets, NBER Working Paper Series 16852, 2011.

22. Im Rahmen der Entwicklung digitaler Geschäftsmodelle und Märkte ist zudem zu beobachten, dass Unternehmen häufig in neue Märkte bzw. Bereiche expandieren. Meist erweitern in diesen Fällen Unternehmen, die in einem Bereich sehr erfolgreich agieren, ihre Tätigkeiten rasch auf benachbarte Bereiche. Diese Expansion kann dazu dienen, das Angebot des Unternehmens für die Nutzer zu erweitern oder auch Leistungen weiterer Stufen der Wertschöpfungskette in das Unternehmen zu integrieren. Durch die Erweiterung des Angebots gegenüber Nutzern kann den Nutzerpräferenzen in größerem Umfang als bisher Rechnung getragen werden. Die Erweiterung der Unternehmenstätigkeit kann ferner die Entwicklung neuer Produkte fördern oder auf bestehenden Märkten mit Synergien einhergehen. Eine solche Expansion kann dabei sowohl in direkt benachbarte digitale Märkte als auch in vermeintlich fernliegende, nicht internetbasierte Märkte erfolgen, die nicht dem eigentlichen Kernbereich des Unternehmens zuzuordnen sind.

23. Ein eindrucksvolles Beispiel für eine ausgreifende Expansion bietet das Unternehmen Google, das seine Aktivitäten über seine ursprüngliche Funktion als Suchmaschine hinaus z. B. auf die Bereiche Browser (Chrome), Betriebssystem (Android), Hardware (Nexus) und Haustechnik (Nest) erweitert hat. In neuerer Zeit sind Aktivitäten beispielsweise bei der Schaffung von TK-Infrastrukturen (Fiber) und der Entwicklung autonomer Mobilitätssysteme (Google Car) hinzugekommen. Aber auch andere große Unternehmen der Digitalwirtschaft haben durch eigene Entwicklungen oder Zukäufe ihre digitalen Geschäftsfelder stark ausgedehnt. So hat das soziale Netzwerk Facebook seine Aktivitäten durch insgesamt vierzig Akquisitionen, darunter diejenigen des Messengerdienstes WhatsApp und des Fotodienstes Instagram, erweitert. Der Hard- und Softwarehersteller Apple hat nicht nur in den Bereichen der Vermarktung von Musik (iTunes) und Büchern (iBooks), sondern z. B. auch in Cloud Computing (iCloud), bei Kartendiensten (BroadMap) und bei Datenanalysen (Topsy) investiert. Eines der Ziele solch ausgreifender Expansionen kann die Akkumulation zusätzlicher, für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit bedeutsamer Datenmengen sein.

24. Aus wettbewerbspolitischer Sicht kann es problematisch sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen beispielsweise durch eine Bündelung von Angeboten seine Stellung von einem Markt auf andere Märkte überträgt (sogenannte Hebelung von Marktmacht). Auch können durch solche Entwicklungen langfristig übergreifende Systeme entstehen, die durch einen Konzern kontrolliert werden und in denen die Nutzer in gewissem Grad gefangen (locked-in) sind. Ein Wettbewerb findet aus Nutzersicht dann nicht mehr zwischen einzelnen Internetdiensten statt, sondern nur noch in Bezug auf die vorgelagerte und schwer revidierbare Entscheidung für ein bestimmtes System.

25. Eine entscheidende Folge der Digitalisierung sind die Veränderungen von Transaktionen. Dieser Wandel zeigt sich in einem drastischen Rückgang der Transaktionskosten. So wurden beispielsweise Suchkosten für Kunden durch innovative Anbieter wie Amazon, Suchmaschinen wie Google oder Preisvergleichs- und Vermittlungsportale wie idealo, HRS oder eBay erheblich reduziert. Die Digitalisierung hat damit neue Möglichkeiten geschaffen, Kunden und Produkte zusammenzuführen und ihnen weitergehende Informationen zugänglich zu machen. Nachfrager und Anbieter können Marktinformationen einfacher und schneller erhalten als je zuvor. Informationsbedingte Transaktionskosten sowie der Aufwand zur Überwindung räumlicher Distanzen werden erheblich gesenkt. Dienste können verhältnismäßig leicht weltweit angeboten werden. Damit einhergehend kam es zu einer Welle der Entwicklung innovativer Geschäftsmodelle und Märkte, die Vorteile neuer Technologien nutzen. Diese Entwicklung beinhaltet neue

Märkte für Werbung und Finanzhandel, Marktplätze für Dienste und gebrauchte Produkte, Möglichkeiten zur Bereitstellung von Erfahrungsberichten und Empfehlungen und andere Kundeninformationen.⁶

26. Die Reduzierung der Such- bzw. allgemeiner Transaktionskosten durch Digitalisierung hat in vielen Bereichen den Wettbewerb intensiviert und Preise und teilweise Preisunterschiede verringert.⁷ So wurden Eintrittsbarrieren abgebaut und dominante Akteure unter Druck gesetzt. Beispielsweise wurden 2005 noch etwa 80 Prozent der öffentlich gehandelten und an der New York Stock Exchange gelisteten Beteiligungen in den USA auf dem Parkett der New York Stock Exchange gehandelt. Dieser Anteil war mit der zunehmenden Einführung elektronischer Handelsplätze bereits 2009 auf noch 25 Prozent gesunken, wobei ein Großteil des Handels auch an der New York Stock Exchange zu diesem Zeitpunkt bereits elektronisch abgewickelt wurde. Daneben hatte kein Handelsplatz einen Marktanteil von mehr als 20 Prozent.⁸ Insgesamt wirken die Kräfte des Marktes schneller. Ineffiziente Unternehmen haben es schwerer sich am Markt durchzusetzen und müssen diesen schneller verlassen. Gleichzeitig ist zu erwarten, dass es - wo immer möglich - zu schnellen Markteintritten kommt, wenn hohe Renditen erwirtschaftet werden können.

27. Online-Märkte ermöglichen zudem flexiblere und dynamische Verkaufsmechanismen wie Auktionen.⁹ Zwar tendieren Auktionen dazu, höhere Transaktionskosten zu verursachen als Festpreise, da der Verkäufer konkurrierende Käufer zusammenbringen muss, jedoch ist diese Erhöhung im Internet eher gering. Hier können Gebote örtlich unabhängig abgegeben werden. Daneben bieten Auktionen den erheblichen Vorteil, dass sie einen effizienten Preisfindungsmechanismus darstellen und Käuferwettbewerb im Fall eines begrenzten Angebots ermöglichen.¹⁰ Dies betrifft neben Handelsplattformen auch die Vermarktung von Werbeflächen im Internet.

28. In Anbetracht der Dynamik vieler internetbasierter Geschäftsmodelle ergeben sich jedoch auch besondere Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik. Tendenziell sollte es vor dem dargestellten Hintergrund weniger Anlässe für staatliches Eingreifen in diese Märkte geben. Jedoch müssen in einem dynamischen Umfeld auch die Institutionen schnell agieren. Die Dynamik in den Märkten bringt es mit sich, dass sich Marktgrenzen verschieben. Der relevante Markt muss somit immer wieder neu bestimmt werden. In vielen Fällen wird ein Vergleich mit einer Situation in der Vergangenheit weniger hilfreich sein, sondern zur Bestimmung des relevanten Marktes muss eine Abschätzung erfolgen, wie sich das Umfeld in der Zukunft entwickeln könnte. Als Beispiel sei der Online-Werbemarkt erwähnt, bei dem durch den zunehmenden Einsatz von Daten auch Werbeflächen für eine gezielte Kundenansprache genutzt werden können, die dafür zuvor weniger geeignet waren. Dem autointeressierten Nutzer kann nicht länger nur auf einschlägigen Webseiten Werbung für Autos angezeigt werden, sondern auch auf anderen Webseiten, nachdem er mithilfe von Cookies, die seine besuchten Webseiten regis-

6 Dellarocas, C., Reputation Mechanisms, in: Hendershott, T. (Hrsg.), Economics and Information Systems, Handbooks in Information Systems, vol. 1. Amsterdam und Boston 2006, S. 629-660

7 Ellison, G./Ellison, S. F., Lessons about Markets from the Internet, Journal of Economic Perspectives, 2005, S. 139-158.

8 Securities and Exchange Commission, Concept Release on Equity Market Structure, 17 CFR Part 242, 2010.

9 Bajari, P./Hortacsu, A., The winner's curse, reserve prices, and endogenous entry: empirical insights from eBay auctions, RAND Journal of Economics, 2003, S. 329-355.

10 Einav, L./Farronato, C./Levin, J. D./Sundareshan, N., Sales Mechanisms in Online Markets: What Happened to Internet Auctions? (No. w19021), National Bureau of Economic Research, 2013.

trieren, als autointeressiert erkannt wurde. Digitale Werbeflächen werden austauschbarer.

29. Während die Digitalisierung Markteintritte vielfach erleichtert und Wettbewerb intensiviert hat, hat die Weiterentwicklung des Rechts mit der Entwicklung innovativer Produkte und Geschäftsmodelle nicht immer Schritt gehalten. Auf allen Märkten der Internetökonomie kann der Wettbewerb dadurch verfälscht werden, dass die fehlende Anpassung der bestehenden Rechtslage an die Entwicklungen der digitalen Wirtschaft innovative Geschäftsmodelle be- oder gar verhindert (vgl. Kapitel 9).

2.2 Wettbewerb auf digitalen Märkten

30. Während die Digitalisierung vielfach zu einer sehr dynamischen Entwicklung von Märkten und Wettbewerb beigetragen hat, wird gleichzeitig Besorgnis über marktmächtige Stellungen einiger Unternehmen geäußert. So haben Wettbewerbsbehörden wie die Europäische Kommission und die US Federal Trade Commission entsprechende Verfahren beispielsweise zur Untersuchung von Geschäftspraktiken von Google und anderen bekannten Internetunternehmen eingeleitet (vgl. Kapitel 5). Und auch Nutzer von Diensten sind skeptisch in Bezug auf die Marktmacht von Unternehmen wie Facebook. Einige Internetdienste wie Google, Facebook, Youtube, eBay, Skype oder Amazon verfügen über herausgehobene Stellungen in ihren Geschäftsbereichen. Teilweise verbleibt wenig Raum für Wettbewerb.

31. Die Position einiger Unternehmen und die gleichzeitig sehr dynamische Entwicklung digitaler Märkte wirft die Frage auf, inwiefern auf diesen Märkten (besondere) Wettbewerbsprobleme auftreten und ob das bestehende Wettbewerbsrecht geeignet ist, zunehmende Bedenken zu adressieren. Vor diesem Hintergrund sind die Determinanten eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf digitalen Märkten zu analysieren.

32. Die zentrale Frage aus der Perspektive der Wettbewerbspolitik ist weniger, ob Unternehmen in einzelnen Fällen über eine besonders herausgehobene Stellung im Wettbewerb verfügen, sondern vielmehr, warum dies der Fall ist.¹¹ Entscheidend ist zudem, ob diese Stellung vorübergehender oder permanenter Natur ist. Dementsprechend ist zu untersuchen, inwieweit Unternehmen durch Markteintrittsbarrieren oder andere Marktcharakteristika vor Wettbewerb geschützt sind oder sich vielmehr durch ein überlegenes Angebot und erfolgreiche Innovationen (kontinuierlich) im Wettbewerb durchsetzen. Ökonomisch entspricht letztere Situation einem Wettbewerb nach Schumpeter, in welchem ein temporäres Monopol auf ein anderes folgt und Innovationsleistungen der Antrieb dieses Prozesses sind. Im Gegensatz dazu stände ein Monopolunternehmen, welches seinen Markt durch wettbewerbswidriges bzw. -schädigendes Verhalten zu verschließen sucht. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist zu untersuchen, welche Märkte zu welchen Situationen tendieren.

33. Um beurteilen zu können, inwiefern wettbewerbliche Herausforderungen auf digitalen Märkten bestehen, ist zunächst zu analysieren, wie sich diese Märkte von konventionellen, „analogen“ Märkten unterscheiden. Dazu werden in diesem Abschnitt zunächst die wichtigsten Charakteristika digitaler Märkte im Allgemeinen diskutiert. Diese Dar-

¹¹ Haucap, J./Wenzel, T., Wettbewerb im Internet: Was ist online anders als offline? DICE Ordnungspolitische Perspektiven No. 16, 2011; Haucap, J./Heimeshoff, U., Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization? International Economics and Economic Policy 11(1-2), 2014, S. 49-61.

stellung bildet das Fundament zur Erklärung der oftmals hohen Marktkonzentrationen. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der Theorie mehrseitiger Plattformen.¹² Üblicherweise ist eine Plattform ein Intermediär, der verschiedene Nutzergruppen zusammenbringt, sodass diese wirtschaftlich oder sozial interagieren können.¹³ Durch diese Dienstleistung kann ein erheblicher volkswirtschaftlicher Nutzen generiert werden. Derartige Plattformen spielen im Bereich digitaler Märkte eine ganz entscheidende Rolle. So haben Geschäftsmodelle wie Suchdienste, soziale Netzwerke, Handels- und Vermittlungsplattformen oder Betriebssysteme den Charakter einer Plattform. Häufig bildet Werbung eine Seite dieser Plattformen. Aber auch außerhalb der Online-Bereiche, beispielsweise im Zahlungsverkehr, Mobilfunk, Finanzhandel oder im Bereich werbefinanzierter Medien finden sich Plattformen.

2.2.1 Plattformen als zentrale Bestandteile digitaler Märkte

34. Plattformen verfügen über einige allgemeine Eigenschaften, die wichtige Implikationen für das Verhalten von Unternehmen und den Wettbewerb und damit für wettbewerbspolitische Analysen haben.¹⁴ Für die Wettbewerbspolitik hat das Vorliegen mehrseitiger Plattformen somit entscheidende Auswirkungen, die von den entsprechenden Institutionen berücksichtigt werden (müssen).¹⁵ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass trotz dieser generellen Eigenschaften digitaler Märkte zwischen den einzelnen digitalen Branchen und Geschäftsmodellen ganz erhebliche Unterschiede existieren und somit kaum allgemeingültige wettbewerbspolitische Aussagen getroffen werden können.

35. Viele wichtige Charakteristika konventioneller, d. h. einseitiger Geschäftsmodelle lassen sich nicht auf mehrseitige Plattformen übertragen. Ein aus wettbewerbspolitischer Sicht wichtiger Unterschied zu konventionellen Märkten ist, dass sich auf einer Plattform auch bei unvollständigem Wettbewerb Preise in Höhe oder sogar unterhalb der Grenzkosten einstellen können (s. Tz. 39). Vor diesem Hintergrund sind viele etablierte Methoden der Wettbewerbspolitik für Plattformen nicht ohne Weiteres anwendbar.

36. Im Unterschied zu konventionellen Märkten wird die Wettbewerbsintensität auf digitalen Märkten oft (wenn auch nicht immer) durch direkte und indirekte Netzwerkeffekte determiniert. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte auf Märkten mit Plattforman-

12 Mehrseitige Plattformen werden oft auch als zwei- oder mehrseitige Märkte bezeichnet. Da die Mehrseitigkeit jedoch eher eine Eigenschaft eines Geschäftsmodells als eines Marktes ist, wird im Folgenden der erstgenannte Terminus verwendet. Klassische Beiträge zur Theorie zweiseitiger Plattformen liefern Rochet, J. C./Tirole, J., Platform competition in two-sided markets, *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 2003, S. 990-1029; Rochet, J. C./Tirole, J., Two-sided markets: A progress report, *The RAND Journal of Economics*, 37(3), 2006, S. 645-667; Armstrong, M., Competition in two-sided markets, *The RAND Journal of Economics*, 37(3), 2006, S. 668-691; Rysman, M., The economics of two-sided markets, *The Journal of Economic Perspectives*, 2009, S. 125-143. Der Plattformbegriff in der Medienregulierung (§§ 2 Abs. 2 Nr. 13, 52 ff. RStV) weicht von diesem Plattformverständnis ab.

13 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 14.

14 Evans, D. S./Schmalensee, R., *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, *Competition Policy International* 3 (1), 2007, S. 151-179; Evans, D. S./Schmalensee, R., *Markets with two-sided platforms*, *Issues in competition law and policy (aba section of antitrust law)*, 2008; Evans, D. S./Schmalensee, R., *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*, in: Blair, R./Sokol, D. (Hrsg.), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press 2013.

15 OECD Competition Committee, *Two-Sided Markets*, DAF/COMP(2009)20, 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>, Abruf am 29. April 2015.

bietern (Plattformmärkte) begünstigen die Konzentration auf diesen Märkten und sind daher ein zentraler Aspekt wettbewerbspolitischer Analysen.

37. Direkte Netzwerkeffekte beziehen sich auf die Größe des Netzwerks und liegen vor, wenn der Nutzen eines Kunden aus der Bereitstellung eines Dienstes direkt mit der Anzahl der Kunden des Dienstes steigt. Klassische Beispiele für Bereiche mit starken direkten Netzwerkeffekten sind Telekommunikationsnetzwerke, wie klassische Telefonie oder Skype. Diese Dienste sind attraktiver, je größer die Anzahl der Nutzer ist, d. h. je mehr Haushalte über ein Telefon bzw. einen Skypezugang verfügen, da die Kommunikationsmöglichkeiten mit der Nutzerzahl steigen. Entsprechend ziehen Netzwerke, die bereits über eine große Nutzerbasis verfügen, weitere Kunden an. Im Bereich der digitalen Märkte sind direkte Netzwerkeffekte insbesondere für soziale Netzwerke oder Communities wie Facebook, Instagram, Pinterest, Xing oder Flickr oder Kommunikationsplattformen wie eben Skype oder Whatsapp von erheblicher Bedeutung.

38. Im Unterschied zu direkten treten indirekte Netzwerkeffekte auf, wenn eine steigende Anzahl Nutzer einer Plattformseite die Nutzung der Plattform für eine andere Plattformseite attraktiver macht.¹⁶ Entsprechend wird eine Plattform bzw. ein Markt üblicherweise als zweiseitig bzw. mehrseitig bezeichnet, wenn indirekte Netzwerkeffekte eine entscheidende Rolle spielen.¹⁷ Hier profitieren die Nutzer einer Plattformseite indirekt von einer steigenden Nutzerzahl dieser Seite, da dadurch weitere Nutzer der Marktgegenseite angezogen werden, was wiederum die eigene Nutzung der Plattform attraktiver macht. Eine Handelsplattform wie eBay ist für Verkäufer umso attraktiver, je mehr potenzielle Käufer die Plattform nutzen: Da sich mit einer steigenden Nutzerzahl die Wahrscheinlichkeit erhöht, das Produkt verkaufen zu können und der Wettbewerb der Käufer um das Produkt im Rahmen der durchgeführten Auktion den erwarteten Verkaufspreis steigert, steigt der zu erwartende Verkaufserlös. Auf der anderen Seite ist eine solche Plattform für potenzielle Käufer umso attraktiver je mehr Verkäufer aktiv sind und je größer die Auswahl der zu erwerbenden Produkte ist.

39. Indirekte Netzwerkeffekte führen zu einer Preisgestaltung der Plattformen, die sich erheblich von der einseitigen Geschäftsmodelle unterscheidet.¹⁸ Plattformbetreiber gestalten die Preise für die Nutzergruppen oft asymmetrisch. Insofern ist ein auf zweiseitigen Plattformen praktiziertes Geschäftsmodell die Subventionierung einer Plattformseite durch die andere.¹⁹ Die Kosten trägt dann üblicherweise die Plattformseite, die weniger preissensibel ist, sodass Plattformbetreiber den Großteil ihrer Umsätze auf der Seite des Markts mit der niedrigsten Preiselastizität generieren.²⁰ Daher können sich erhebliche

16 Katz, M. L./Shapiro, C., Network externalities, competition, and compatibility. *The American economic review*, 1985, S. 424-440. Im Detail sind zwei Arten von indirekten Netzwerkeffekten bzw. Externalitäten zu unterscheiden: Externalitäten der Nutzung und Externalitäten der Mitgliedschaft. Von dieser Detailbetrachtung wird im vorliegenden Gutachten abstrahiert.

17 Peitz, M., Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 7, 2006, S. 317-333.

18 Weyl, E.G., A price theory of multi-sided platforms, *The American Economic Review*, 2010, S. 1642-1672.

19 Entsprechend werden zweiseitige Plattformen bzw. Märkte teilweise über diese asymmetrische Preisgestaltung definiert: „A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board.“; Rochet, J. C./Tirole, J., 2006, a. a. O.

20 Durch die asymmetrische Struktur der Preise begegnet der Plattformbetreiber dem Koordinierungsproblem, dem er sich gegenübersteht. Aufgrund der Wechselbeziehung der Nutzergruppen der beiden Plattformseiten ist für die Funktionsfähigkeit einer Plattform der gleichzeitige Aufbau von Nutzerba-

che Asymmetrien in den Preisen der Plattformseiten ergeben, sodass eine Nutzergruppe Preise unterhalb der Grenzkosten zahlt. Die Preisasymmetrien können zudem dafür sorgen, dass die Bündelung von Produkten durch Plattformbetreiber wohlfahrtssteigernd wirkt, wenn Netzwerke dadurch einen größeren Handlungsspielraum gewinnen und Preise ausbalancieren können.²¹

40. Im Bereich digitaler Plattformen sind Preisasymmetrien besonders deutlich. Hier ist es sogar üblich, dass eine Seite gar keine Kosten trägt. Dienste wie E-Mail, Cloud-Speicher, Suche, die Bereitstellung von Kommunikationsmöglichkeiten oder Softwareprodukte wie Browser, Videoplayer und Dokumentenbetrachter werden dem Nutzer typischerweise kostenfrei zur Verfügung gestellt. Vielfach trägt dann die Seite der Werbetreibenden einen Großteil der Plattformkosten. Insofern werden Online-Plattformen meist primär oder sogar ausschließlich über Werbung finanziert.

41. Für Plattformen kann es neben dem Marktversagen im herkömmlichen Sinn²² als Abweichung von einem vollkommenen Markt zusätzlich zu einer weiteren Art des Marktversagens kommen. Das traditionelle Marktversagen (durch asymmetrische Information, Externalitäten, Subadditivität etc.) führt auch bei Plattformen dazu, dass insgesamt zu hohe Preise verlangt werden. Im Fall von Plattformen kann zudem dann das Marktergebnis nicht Pareto-optimal sein und damit Marktversagen vorliegen, wenn Plattformen nicht die wohlfahrtsoptimale Preisstruktur wählen.²³ Die Untersuchung derartiger Verzerrungen ist sehr komplex und die Wettbewerbspolitik hat sich mit dieser Art des Marktversagens bisher kaum auseinandergesetzt.²⁴

42. In Bezug auf die Probleme der Marktmacht und damit des traditionellen Marktversagens folgt aus den indirekten Netzwerkeffekten, wie dargestellt, dass Plattformmärkte oft zur Konzentration neigen. Jedoch ist nicht jeder Plattformmarkt hoch konzentriert. So besteht im Bereich der Online-Reiseportale, Hotelbuchungsplattformen, Immobilien-, Fahrzeug- und Stellenbörsen, bei Datingportalen, Kreditkarten, Zeitungen und Zeitschriften, Einkaufszentren und Finanzhandelsplätzen – teilweise intensiver – Wettbewerb zwischen Plattformen. Dies zeigt, dass indirekte Netzwerkeffekte allein nicht

sen auf beiden Seiten notwendig. Dadurch, dass jeweils eine Plattformseite eine große Teilnehmerzahl auf der anderen Seite wertschätzt, sieht sich der Betreiber beim Aufbau einer Plattform einem „Henne-Ei-Problem“ gegenüber, da er für die Gewinnung von Kunden auf einer Seite zunächst auf der jeweils anderen Seite eine möglichst breite Nutzerbasis aufgebaut haben muss; vgl. Caillaud, B./Jullien, B., *Chickens & eggs: Competition among intermediation service providers*, *RAND Journal of Economics*, 2003, S. 309-328. Durch die asymmetrische Preisgestaltung ist die Nutzung der Plattform für die Nutzergruppe, die einen sehr niedrigen Preis bezahlt, sehr attraktiv, sodass so Kunden gewonnen werden können, was wiederum die Nutzung der Plattform für Nutzer anderer Seiten attraktiv macht.

21 Rochet, J. C./Tirole, J., *Tying in two-sided markets and the honor all cards rule*, *International Journal of Industrial Organization*, 26(6), 2008, S. 1333-1347. Ein vergleichbares Ergebnis kann auch durch die Möglichkeiten zum Multihoming determiniert werden: Choi, J. P., *Tying in Two-Sided Markets with Multi-Homing*, *Journal of Industrial Economics*, 58(3), 2010, S. 607-626.

22 Vgl. Fritsch, F., *Marktversagen und Wirtschaftspolitik: Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*, *Vahlers Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, Ausgabe 9, Vahlen, 2014.

23 Vgl. Evans, D. S./Schmalensee, R., 2013, a. a. O. S. 11 f. Eine Verzerrung der Preise gegenüber der optimalen Struktur ergibt sich, da sich der Plattformbetreiber am Grenznutzer orientiert, während für die wohlfahrtsoptimale Preissetzung der durchschnittliche Nutzer relevant ist. Diese Art der Verzerrung ist vergleichbar mit der nicht-optimalen Qualitätswahl eines marktmächtigen Unternehmens (vgl. Weyl, E. G., 2010, a. a. O.).

24 Eine Ausnahme bilden die Untersuchungen zu Kreditkarten, vgl. EU-Kommission, Fälle 34.579 und 40.049 – MasterCard; 39.798 – Visa.

hinreichend für eine hohe Marktkonzentration oder gar Monopolbildung sind und weitere Aspekte eine wichtige Rolle spielen (vgl. Abschnitt 2.2.2)

43. Aus ökonomischer Sicht ist nicht klar, ob Wettbewerb zwischen Plattformen tatsächlich wohlfahrtssteigernd wirkt, während dies für einseitige Geschäftsmodelle fast immer der Fall ist, solange kein natürliches Monopol vorliegt. Auch wenn die Existenz mehrerer Plattformen nicht mit der Duplizierung von Fixkosten verbunden ist, können indirekte Netzwerkeffekte dazu führen, dass die Parallelität von Plattformen ineffizient ist.²⁵ Dementsprechend werden durch eine monopolistische Plattform die Netzwerkeffekte und damit die Effizienz maximiert, da sich alle Marktteilnehmer über eine Plattform koordinieren können. Auch ist es für den Betreiber aufgrund der Netzwerkeffekte häufig unumgänglich, eine sehr große Plattform zu etablieren, damit diese für Nutzer attraktiv ist. Daher können hohe Marktkonzentrationen bei Plattformen – insbesondere, wenn diese nur auf einer Plattformseite vorliegen – nicht in derselben Art und Weise interpretiert werden wie auf konventionellen Märkten ohne Netzwerkeffekte.

44. Dabei sind hohe Marktkonzentrationen, die sich aufgrund von Netzwerkeffekten ergeben, kein neues und auf das Internet beschränktes Phänomen. Die Konzentration des Handels auf einen Handelsplatz ist häufig zu beobachten und aus ökonomischer Perspektive oft effizient, da Suchkosten verringert werden können. Starke Netzwerkeffekte können also zu konzentrierten Märkten führen, aber gleichzeitig dafür sorgen, dass diese hohe Marktkonzentration effizient ist.

2.2.2 Determinanten für Plattformwettbewerb

45. Insgesamt ist festzustellen, dass der Zusammenhang zwischen Marktkonzentration und Wohlfahrtseffekten für Plattformmärkte unklar ist. Die für andere Märkte typische Steigerung der Wohlfahrt mit zunehmendem Wettbewerb ist für Plattformen teilweise nicht gegeben. Auch tendieren nicht alle Plattformmärkte in die Richtung einer starken Konzentration. Die mittlerweile klassische Analyse von Evans und Schmalensee (2007) legt dar, dass insbesondere fünf Effekte den Prozess und das Niveau der Marktkonzentration auf Plattformen und damit den Wettbewerb zwischen Plattformen bestimmen:²⁶

- Netzwerkeffekte,
- Skaleneffekte,
- Beschränkung der Nutzung,
- Differenzierungsmöglichkeiten der Plattformen (insbesondere aufgrund heterogener Präferenzen der Nutzer),
- Möglichkeiten zum Multihoming²⁷ und/oder Anbieterwechsel bzw. Wechselkosten.

46. Indirekte Netzwerkeffekte und Skalenvorteile (Mengen- bzw. Größenvorteile) führen unter sonst gleichen Umständen zu einer erhöhten Marktkonzentration (vgl. Abschnitt 2.2.1). Die Relevanz dieser Effekte variiert von Plattform zu Plattform. Skalenvorteile sind eine im Bereich digitaler Märkte verbreitete Eigenschaft, da die Kostenstruktur häufig durch relativ hohe Fixkosten und geringe variable Kosten charakterisiert

²⁵ Vgl. Caillaud, B./Jullien, B., 2003, a. a. O.

²⁶ Vgl. Evans, D. S./Schmalensee, R., 2007, a. a. O., Tabelle 2.

²⁷ Als Multihoming wird die Möglichkeit der Nutzer bezeichnet, mehrere Plattformen parallel zu nutzen.

ist.²⁸ Beispielsweise entsteht für viele Handels- und Vermittlungsplattformen ein Großteil der Kosten durch das Management einer Datenbank, während zusätzliche Transaktionen kaum zusätzliche Kosten verursachen. Skalenvorteile und indirekte Netzwerkeffekte sind somit übliche Eigenschaften digitaler Märkte und begrenzen den Spielraum für Wettbewerb zwischen Plattformen.

47. Daneben existieren aber drei zentrale Eigenschaften, die einer Plattformkonzentration entgegen wirken. Ein wichtiger Aspekt ist hier die mögliche Beschränkung der Nutzung für eine Plattformseite. Dies kann durch beschränkte Kapazitäten im herkömmlichen Sinn verursacht werden aber auch durch eine vom Plattformbetreiber selbst gewählte Beschränkung der Nutzerzahl, beispielsweise aufgrund von negativen externen Effekten. Derartige Beschränkungen sind nicht nur auf der Seite der Konsumenten eines Dienstes, sondern auf einer anderen Plattformseite zu finden. Häufig ist beispielsweise der Platz für Werbeanzeigen beschränkt, auch da zu viel Werbung den Nutzer stören und so den Wert der Plattform für den Nutzer reduzieren kann.²⁹ Auch können negative externe Effekte durch zusätzliche Nutzer dazu führen, dass der Plattformbetreiber die Kapazität der Plattform beschränkt. Beispielsweise können heterogene Nutzergruppen auf Vermittlungsportalen (Datingportale³⁰, Auktionsplattformen) die Suchkosten erheblich erhöhen. So wird für Datingportale explizit mit der Beschränkung auf eine bestimmte Nutzergruppe – beispielsweise Akademiker – geworben, da dies die Suche nach einem geeigneten Partner erleichtert. Auch die Nutzung von Auktionsplattformen kann für die Nutzer einfacher sein, wenn nur Nutzer mit vergleichbaren Interessen und Kenntnissen aktiv sind. Dementsprechend kann eine selbst gewählte Beschränkung auf eine Nutzergruppe eine Plattform aufgrund der daraus resultierenden hohen Homogenität der Nutzer besonders attraktiv machen. Dies trifft beispielsweise auch für die Werbewirtschaft im Rahmen von Targeted Advertising zu. Bietet eine Plattform nur Kapazitäten für eine beschränkte Nutzerzahl, verbleibt Raum für Wettbewerber.

48. Eine zweite und mit den Kapazitätsbeschränkungen eng verbundene Eigenschaft, die einen Wettbewerb zwischen Plattformen begünstigt, ist die mögliche Heterogenität der Plattformen in ihrem Angebot auf einer Seite selber, d. h. der Grad der möglichen Produktdifferenzierung zwischen Plattformen. Diese Differenzierungsmöglichkeiten können sich - ähnlich wie die selbst gewählten Kapazitätsbeschränkungen - aus der Heterogenität der Nutzergruppen ergeben. Für Nachrichtenseiten oder andere Informationsportale ist fast immer offensichtlich, dass Nutzerpräferenzen heterogen sind und sich so differenzierte Anbieter herausbilden. Diese Differenzierung kann horizontal (unterschiedliche Angebote vergleichbarer Qualität) oder vertikal (qualitativ unterschiedliche Angebote) sein. Je größer also die Heterogenität der Nutzer ist und je leichter Plattformen ihr Angebot differenzieren können, desto vielfältiger wird das Angebot sein und desto geringer der Grad der Konzentration. Hier ermöglicht die Digitalisierung Leistungen kostengünstig auf Kundenbedürfnisse zuzuschneiden und globale Nachfragen zu bedienen, sodass Produktdifferenzierung auf internetbasierten Märkten mit verhältnismäßig geringem Mitteleinsatz möglich ist. Vor dem Hintergrund der Differenzierung als wettbewerbsfördernder Aspekt können auch Exklusivverträge hilfreich sein, da diese einer re-

28 Allerdings können neue Technologien wie Cloud-Computing auch dafür sorgen, dass hohe Investitionskosten, die typischerweise beim Markteintritt anfallen, teilweise zu variablen Kosten werden – zumindest für die frühe Phase einer Unternehmensentwicklung.

29 Bagwell, K., The economic analysis of advertising. Handbook of industrial organization, 3, 2007, S. 1701-1844.

30 Für Datingportale wird explizit mit der Beschränkung auf eine bestimmte Nutzergruppe – meist Akademiker – geworben.

lativ kleinen Plattform erlauben, Nutzer anzuziehen, denen die entsprechende exklusive Leistung besonders wichtig ist.³¹

Heterogenität der Nutzer kann dementsprechend dazu beitragen, Netzwerkeffekten entgegen zu wirken und Wettbewerb zwischen Plattformen zu ermöglichen. Jedoch führt eine starke Heterogenität andererseits dazu, dass dieser Plattformwettbewerb weniger intensiv ist. Im Extremfall sind die Plattformen auf einer Seite so stark differenziert, dass kein Wettbewerbsdruck von einer auf die andere Plattform ausgeht.

49. Der dritte zentrale Faktor, der Plattformwettbewerb stärkt, ist das Bestehen einer Möglichkeit zur Nutzung mehrerer Plattformen nebeneinander (Multihoming). Wenn Nutzer einer Plattformseite keine Möglichkeit zum Multihoming haben, bildet diese Seite den „wettbewerblichen Flaschenhals“.³² Die Möglichkeiten zum Multihoming hängen unter anderem von den Wechselkosten ab und davon, ob für die Nutzung einer Plattform Fixkosten anfallen. Die Kosten können in Form einer tatsächlichen monetären Zahlung im Rahmen einer Flatrate vorliegen oder als nicht-monetärer Aufwand, der dem Nutzer beispielsweise dadurch entsteht, dass er sich zunächst mit der Funktionsweise der Plattform befassen muss. Bei der Nutzung von Online-Reisebüros etwa fallen für die Plattformnutzer durch den Wechsel des Plattformanbieters kaum Kosten an. Multihoming ist für Reisende einfach und weit verbreitet. Auch die Anbieter von Flügen und Hotels stellen ihre Angebote üblicherweise auf mehr als einer Plattform bereit. Dagegen sind Wechselkosten bei Kommunikationsdiensten und sozialen Netzwerken meist hoch, da Kontakte nicht über verschiedene Plattformen identisch sind. Wechselkosten können beispielsweise bei E-Mail-Diensten durch das Erfordernis einer Übertragung der Kontakt- und Kommunikationsdaten entstehen. Eine weitere Art von Wechselkosten entsteht auf manchen Plattformen durch den Erwerb von Reputation durch die Nutzer (z. B. bei eBay). Diese Reputation wird durch die Nutzung der Plattform schrittweise aufgebaut und kann nicht auf andere Plattformen übertragen werden. Auf der Verkäuferseite können Nutzer einer Plattform wie eBay auch dann praktisch keine Möglichkeit zum Multihoming haben, wenn sie Einzelstücke verkaufen. Hohe Wechselkosten können letztlich dazu führen, dass Nutzer auf einer Plattform, für deren Nutzung sie sich ansonsten nicht entscheiden würden, verbleiben (Lock-in-Effekt). Innovative Wettbewerber haben dann keine Möglichkeit Marktanteile zu generieren, auch wenn ihre Technologie und ihr Angebot überlegen sind.³³ Dadurch entstehen dynamische Marktineffizienzen.

50. Der Wettbewerb zwischen Plattformen wird durch die genannten Faktoren maßgeblich beeinflusst. Während sich das Ausmaß der damit verbundenen Effekte zwischen Branchen und Plattformen erheblich unterscheiden kann, spielen diese Aspekte auf digitalen Märkten prinzipiell eine wichtigere Rolle als auf anderen Märkten.

51. Zu diesen Charakteristika kommen weitere Faktoren, die eine Marktkonzentration fördern oder dieser entgegen wirken können. Dazu zählen unter anderem die Rolle von Innovationen und die generelle Dynamik der Märkte. Innovationsfreudige und dynamische Bereiche tendieren weniger zur langfristigen Konzentration. Der intensive Wettbewerb um Märkte und die hohe Markttransparenz zwingen Unternehmen zu einer hohen

31 Lee, R. S., Vertical integration and exclusivity in platform and two-sided markets, *The American Economic Review*, 103(7), 2013, S. 2960-3000.

32 Armstrong, M., 2006, a. a. O.

33 Farrell, J./Klemperer, P., Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects, *Handbook of industrial organization*, 3, 2007, S. 967-2072.

Innovationstätigkeit, was zu kurzen Produktlebenszyklen führt und zur Schnelllebigkeit von Märkten beiträgt. Der Innovationsfähigkeit von Internetplattformen kommt damit eine wichtige Rolle im Wettbewerb zu. So wird im Hinblick auf die starke Marktposition von Google davon ausgegangen, dass diese weniger ein Ergebnis von indirekten Netzwerkeffekten als die Folge von Größen- und Verbundvorteilen sowie eines – nicht zuletzt aus diesen Vorteilen resultierenden – attraktiven Angebots für Kunden ist (vgl. Kapitel 5).³⁴ Zusätzlich spielen weitere Effekte, wie die Interoperabilität und Kompatibilität von Gütern oder das Design der rechtlichen Institutionen eine wichtige Rolle für die Marktkonzentration.

52. Auf vielen digitalen Märkten geht starker Wettbewerbsdruck nicht von tatsächlichen Konkurrenten aus, sondern wird auch von potenziellen Wettbewerbern ausgeübt. Dies ist dann der Fall, wenn trotz Netzwerkeffekten nur geringe Markteintrittshürden bestehen. Die dynamische Wettbewerbsentwicklung wird dann typischerweise von einem Prozess der kreativen Zerstörung nach Schumpeter geprägt. Hierbei sieht sich ein dominantes Unternehmen kontinuierlich einem erheblichen Wettbewerbsdruck durch kleinere oder potenzielle Marktteilnehmer ausgesetzt. Grundlage eines solchen Prozesses sind Innovationen, die von den Unternehmern mit dem Ziel vorangetrieben werden, sich auf dem Markt durchzusetzen. So kann ein Prozess entstehen, in welchem eine temporär dominante Position regelmäßig durch eine andere abgelöst wird. Und wenn in einem solchen Szenario keine Ablösung zu beobachten wäre, wäre dies die Folge davon, dass der dominante Akteur regelmäßig mit neuen Produkten und Prozessen seine Stellung behauptet. Unabhängig davon, welches Unternehmen sich durchsetzt, sind Innovationsanreize für alle beteiligten Unternehmen hoch, sodass der Prozess effizient sein kann und kein Wettbewerbsproblem vorliegen muss.

53. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass Wettbewerb, dem sich eine Plattform ausgesetzt sieht, nicht nur von einer Plattform ausgehen kann, die auf jeweils denselben Plattformseiten aktiv ist. Vielmehr übt jedes Unternehmen, das auf mindestens einer Seite der betrachteten Plattform tätig ist, Wettbewerbsdruck auf die Plattform aus. Wie bereits dargestellt ist beispielsweise eine Seite vieler digitaler Plattformen die der Werbetreibenden. Auf dieser Seite bieten teilweise sehr viele Unternehmen Werbeflächen an (vgl. Kapitel 4).

2.2.3 *Marktabgrenzung und Marktmacht von Plattformen*

54. Der grundlegende Dienst, den eine mehrseitige Plattform erbringt, ist die Fähigkeit, eine nutzenstiftende Interaktion zwischen wirtschaftlichen Akteuren unterschiedlicher Gruppen zu ermöglichen. Die Verbindungen der Nutzergruppen und die Produkte und Dienste, die den einzelnen Gruppen angeboten werden, müssen untersucht werden, wenn ein kartellrechtlich relevanter Markt abgegrenzt werden bzw. die Marktmacht der Plattform ermittelt werden soll.

55. Zur Analyse möglicher Wettbewerbsbeschränkungen sind drei wichtige Folgen indirekter Netzwerkeffekte explizit zu beachten:

- Zum Einen müssen die positiven Rückkopplungen zwischen den Seiten einer Plattform, die durch die Externalitäten entstehen, berücksichtigt werden. Wenn

³⁴ Manne, G. A./Wright, J. D., If search neutrality is the answer, what's the question, *Columbia Business Law Review*, 2012, S. 151-239; Argenton, C./Prüfer, J., Search engine competition with network externalities, *Journal of Competition Law and Economics*, 8(1), 2012, S. 73-105.

sich auf einer Seite Preise oder Qualitäten des Angebots verändern, hat dies direkte Auswirkungen auf die Nutzung dieser Seite und damit indirekt auf die Nutzung der anderen Seiten, was wiederum die Nutzer auf der ursprünglich von der Änderung betroffenen Seite beeinflusst. Die Nutzerreaktion auf der betroffenen Seite ist (bei positiven indirekten Netzwerkeffekten) insgesamt also stärker als die unmittelbare Reaktion auf die Angebotsveränderung.

- Zum Zweiten kann Wettbewerb, dem sich eine Plattform auf einer Plattformseite ausgesetzt sieht, den Handlungsspielraum bzw. die Marktmacht auf allen Seiten der Plattform einschränken. Eine Plattform, die auf einer Seite eine strategische Entscheidung im Wettbewerb trifft, die sich direkt nur auf Kunden dieser Seite auswirkt, muss dabei auch die Reaktionen der Wettbewerber auf den anderen Plattformseiten berücksichtigen. Wenn eine Plattform beispielsweise Preise einer Seite erhöht und dadurch Nutzerverluste in Kauf nimmt, muss auch berücksichtigt werden, dass diese Nutzer zu einer konkurrierenden Plattform wechseln und diese für Kunden anderer Plattformseiten attraktiver machen. So entstehen auch für Nutzer anderer als der unmittelbar von der Preiserhöhung betroffenen Seite Anreize zur konkurrierenden Plattform zu wechseln.
- Drittens können indirekte Netzwerkeffekte die Substituierbarkeit des Angebots für Nutzer beschränken und so Markteintrittshürden für Plattformen erheblich erhöhen. Eine erfolgreiche Plattform aber hat bereits eine kritische Masse Nutzer auf allen Plattformseiten erreicht und profitiert von den positiven Rückkopplungen der Nutzergruppen. Ein Marktneuling muss diese kritischen Massen erst erreichen und dazu gegebenenfalls Nutzer überzeugen, die Plattform zu wechseln. Dies ist schwierig, da eine Plattform mit geringen Nutzerzahlen weniger positive Externalitäten bietet und damit für Nutzer unattraktiver ist. Für die Substituierbarkeit des Angebots spielen Möglichkeiten zur Differenzierung und zum Multihoming eine entscheidende Rolle.

56. Die Eigenschaften von Plattformen beeinflussen die Ansätze zur Feststellung von Marktmacht erheblich. Marktmacht wird üblicherweise als die Möglichkeit eines Unternehmens definiert, sich anderen Marktteilnehmern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.³⁵ Hieraus wird meist abgeleitet, dass ein Unternehmen marktmächtig ist, wenn es in der Lage ist, Preise erheblich über ein wettbewerbliches Niveau anzuheben. Die asymmetrischen Preisstrukturen von Plattformmärkten führen jedoch dazu, dass Preise oder Margen bzw. Markups auf einer Plattformseite nicht unmittelbar Rückschlüsse auf die Marktmacht der Plattform auf dieser Seite noch auf Marktmacht insgesamt zulassen.

Dagegen bietet die Profitabilität bzw. Rendite einer Plattform einen besser geeigneten Maßstab zur Messung der Marktmacht, da diese misst, inwieweit es der Plattform insgesamt unter Berücksichtigung aller Effekte möglich ist, Preise auf allen Seiten in der Gesamtbetrachtung so zu setzen, dass eine Rendite erzielt werden kann, die höher ist als bei funktionsfähigem Wettbewerb. In der Praxis ist die Bestimmung und Beurteilung der Rendite eine komplexe Herausforderung.

³⁵ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 10; im deutschen Recht auch § 18 Abs. 1, 3, 20 Abs. 1 GWB.

Die in der Kartellrechtspraxis übliche Berechnung von Marktanteilen als Hinweis auf Marktmacht ist für Plattformen nicht geeignet. Zwar lassen sich gegebenenfalls Marktanteile einer Plattform für jede Seite berechnen, jedoch können diese Anteile für die unterschiedlichen Plattformseiten sehr unterschiedlich sein. Ohne detaillierte Berücksichtigung der indirekten Netzwerkeffekte ist aus diesen Anteilen dann kein Rückschluss auf die tatsächliche Marktmacht einer Plattform möglich. Zudem bieten Plattformen, insbesondere auf digitalen Märkten, ihre Güter auf einer Seite häufig kostenfrei an, sodass die oftmals gewünschte Berechnung von wertorientierten Marktanteilen nicht möglich ist.³⁶

57. Insgesamt gilt für Plattformen noch mehr als für einseitige Geschäftsmodelle, dass zur Bestimmung der Marktmacht nicht auf nur eine Methode zurückgegriffen werden sollte. Keinesfalls sollten mechanische Herangehensweisen und die Überschreitung eines Schwellenwerts einer quantitativen Kennzahl als alleiniges oder primäres Verfahren zur Bestimmung von Marktmacht herangezogen werden. Vielmehr ist es notwendig, vielfältige Methoden zu verfolgen, um zu einem robusten Ergebnis zu gelangen. Dabei ist eine intensive Betrachtung von Wettbewerbsbeschränkungen unter Berücksichtigung der indirekten Netzwerkeffekte erforderlich.

58. Die Charakteristika von Plattformen machen deutlich, dass für die Beurteilung wettbewerblicher Effekte und der Marktmacht einer Plattform die isolierte Betrachtung einer einzelnen Seite der Plattform nicht zulässig ist. Entsprechend darf im Rahmen der Marktabgrenzung aus ökonomischer Perspektive eine Plattformseite nicht als eigener Markt definiert werden.³⁷ Vielmehr ist für die Bewertung der Marktmacht einer Plattform immer auch entscheidend, wie die Teilnehmer der anderen Seiten auf eine Veränderung auf einer bestimmten Seite reagieren. Wettbewerbsdruck auf einer Seite kann den Spielraum auf der anderen Seite begrenzen. Da jedoch die Wettbewerbssituation auf den jeweiligen Plattformseiten sehr unterschiedlich sein kann, müssen die einzelnen Seiten trotzdem zunächst separat beurteilt werden, um daraus die Marktmacht der Plattform abzuleiten. Dazu sind dann auch die Rückkopplungen der Plattformseiten zu berücksichtigen. Wie dargestellt, ist es ferner nicht ungewöhnlich, dass eine Plattform in dem Sinne keine direkten Konkurrenten hat, als dass keine zweite Plattform auf identischen Plattformseiten aktiv ist. Dennoch kann diese Plattform unter erheblichem Wettbewerbsdruck stehen, beispielsweise durch Plattformen, die nur auf einzelnen Seiten aktiv sind oder durch konventionelle Unternehmen.

59. Prinzipiell können zur Marktabgrenzung mehrseitiger Plattformen ökonometrische Modelle herangezogen werden, die explizit die Interdependenzen der Nachfragen der verschiedenen Plattformseiten berücksichtigen.³⁸ Jedoch sind diese in der Anwendung

36 Dieses Problem tritt, wenn auch weniger stark, auf Plattformen stets auf, soweit Nutzergruppen quer-subsventionieren und der Preis entsprechend nicht den Wert des Gutes reflektiert.

37 Vgl. Argentesi, E./Filistrucchi, L., Estimating Market Power in a Two-Sided Market: The Case of Newspapers, *Journal of Applied Econometrics*, 22(7), 2007, S. 1247-1266; Evans, D. S., The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, *Yale Journal on Regulation*, 20(2), 2003, S. 325-381; Wright, J., One-Sided Logic in Two-Sided Markets, *Review of Network Economics*, 3(1), 2004, S. 44-64; Weyl, E. G., 2010, a. a. O.; Dewenter R./Rösch, J./Terschüren, A., Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen. *Neue Zeitung für Kartellrecht NZKart*, 2014, S. 387-394.

38 Vgl. beispielsweise Filistrucchi, L./Klein, T.J./Michielsen, T., Assessing Unilateral Effects in a Two-Sided Market: An Application to the Dutch Daily Newspaper Market, *Journal of Competition Law and Economics*, 8(2), 2012, S. 297-329; Fan, Y., Ownership consolidation and product characteristics: A study of the US daily newspaper market, *The American Economic Review*, 103(5), 2013, S. 598-1628.

wegen des hohen Bedarfs an Daten und der Aufwändigkeit der Modellierung nur eingeschränkt praktikabel. Am ehesten für die Praxis der Wettbewerbsbehörden – zumindest in ausgewählten Fällen – geeignet scheinen insbesondere Erweiterungen etablierter Verfahren zur Marktabgrenzung auf mehrseitige Plattformen. So bieten verschiedene Vorschläge zur Erweiterung des Konzepts des SSNIP-Tests³⁹ Möglichkeiten, Veränderungen der gesamten Gewinne einer Plattform unter Berücksichtigung der Nachfrageelastizitäten und der indirekten Netzwerkeffekte abzubilden.⁴⁰ Aber auch diese Erweiterungen erfordern deutlich mehr Informationen und sind erheblich komplizierter in der Anwendung als die Variante für einseitige Märkte. Zudem kann eine hypothetische Preiserhöhung nicht betrachtet werden, wenn – wie beispielsweise bei Suchdiensten – kein pekuniärer Preis erhoben wird. Für solche Fälle wird vorgeschlagen, eine Qualitätsreduktion statt einer Preiserhöhung zu betrachten. Ein derartiges Vorgehen setzt allerdings wiederum die Existenz eines messbaren Qualitätsmaßes voraus, welches nicht immer definiert werden kann. Zudem ist der SSNIP-Test wenig geeignet, dynamische Märkte abzugrenzen, in denen weniger der Preis und eher die Qualität und Produktinnovationen wichtige Wettbewerbsdeterminanten darstellen. Insgesamt besteht bei der Entwicklung ökonomischer Verfahren, die in der Praxis der Wettbewerbsbehörden umfassend angewendet werden können und sollten, noch erheblicher Forschungsbedarf. Insoweit ist für die praktische Anwendung, wie dargestellt, essenziell, in jede Analyse immer alle Plattformseiten mit einzubeziehen.

60. Auch speziell im Rahmen der Fusionskontrolle ist die Berücksichtigung der Interdependenzen der Plattformseiten wesentlich.⁴¹ Hier bietet die Erweiterung des Konzepts des Upward Pricing Pressure (UPP)⁴² eine Möglichkeit, unilaterale Effekte empirisch abzuschätzen.⁴³ Jedoch werden auch für die Berechnung dieses Maßes für mehrseitige Plattformen sehr umfangreiche Daten benötigt. Neben der Abschätzung der Reaktion der Nachfrage nach dem betrachteten Produkt auf eine Veränderung des Preises müssen

39 Der SSNIP-Test (Small but significant and nontransitory increase in price) untersucht, die Reaktion der Nachfrager auf eine angenommene kleine, aber nicht unbedeutende, dauerhafte Erhöhung der Preise der betreffenden Produkte.

40 Filistrucchi, L./Geradin, D./Van Damme, E., & Affeldt, P., Market definition in two-sided markets: theory and practice, *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), 2014, S. 293-339.

41 Song, M., Estimating Platform Market Power in Two-Sided Markets with an Application to Magazine Advertising, mimeo, 2013, frühere Version: The Bradley Policy Research Center Financial Research and Policy Working Paper No. FR 11-22, 2011. Für einen Überblick siehe Evans, D. S./Schmalensee, R., 2013, a. a. O. S. 23 ff.

42 Der Upward Pricing Pressure (UPP) Test bietet eine Alternative zur traditionellen konzentrationsbasierten Analyse der Effekte im Rahmen der Fusionskontrolle. Das Konzept wurde von Joseph Farrell und Carl Shapiro entwickelt, Farrell, J./Shapiro, C., Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 10(1), 2010, ISSN (Online) 1935-1704, DOI: 10.2202/1935-1704.1563. Mittels des UPP-Tests wird geprüft, ob eine Fusion tendenziell mit einer Preiserhöhung oder Preissenkung für ein betrachtetes Produkt einhergehen wird. Hierbei werden zwei entgegengesetzte Effekte gegeneinander abgewogen. Einerseits der Anreiz zur unilateralen Preisanhebung, der auf der teilweisen Internalisierung von Mengenabflüssen durch den anderen Fusionspartner beruht, und andererseits der Anreiz zur Preissenkung, der durch fusionsbedingte Effizienzzuwächse begründet sein kann. Berechnungsgrundlage des UPP sind die sogenannten Diversion Ratios, die absolute Marge je Absatzeinheit des jeweils anderen Fusionspartners sowie die Senkung der Kosten je Absatzeinheit, die mit fusionsbedingten Effizienzgewinnen (z. B. positiven Skalenerträgen) einhergehen kann. Durch die Verwendung des UPP können Probleme in der Praxis, wie die Definition des relevanten Marktes in Märkten mit differenzierten Produkten, vermieden werden, da keine Marktabgrenzung erforderlich ist. Zudem wird die Wettbewerbsintensität zwischen fusionierenden Unternehmen berücksichtigt.

43 Affeldt, P./Filistrucchi, L./Klein, T. J., Upward Pricing Pressure in Two-sided Markets, *The Economic Journal*, 123(572), 2013, S. 505-523.

Nachfragecharakteristika aller Plattformseiten abgebildet werden und dies nicht nur bezüglich der Preise, sondern auch in Bezug auf die indirekten Netzwerkeffekte. Es müssen also auch die Nachfragereaktionen auf eine Veränderung der Nutzung der anderen Plattformseiten abgeschätzt werden. Insofern ist die Anwendung der Erweiterung des UPP durch Wettbewerbsbehörden sehr aufwändig. Dennoch ist die Berücksichtigung der Mehrseitigkeit der Plattformen auch für die Fusionskontrolle essenziell. So ist es aufgrund der Netzwerkeffekte sogar nicht ausgeschlossen, dass ein Zusammenschluss von Plattformen ohne Effizienzgewinne die Preise auf allen Plattformseiten sinken lässt.⁴⁴ Auch wenn dieser Effekt in der Praxis eher unwahrscheinlich sein mag, verdeutlicht er sehr klar, wie wichtig die Beachtung der Plattformeigenschaften in der Wettbewerbspolitik ist und dass sich konventionelle Betrachtungen und Zusammenhänge nicht ohne Weiteres auf Plattformen übertragen lassen.

61. Insgesamt ist die Beurteilung der Marktmacht mehrseitiger Plattformen eine große Herausforderung für Wettbewerbsbehörden und Entscheidungsträger. Viele der konventionellen Methoden sind nicht ohne Weiteres anwendbar und neue Methoden sind weniger weit entwickelt und erfordern komplexe Analysen.

2.2.4 Zusammenfassung

62. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist die wachsende praktische Relevanz mehrseitiger Plattformen eine wichtige Herausforderung. Passende ökonomische Analysen des Wettbewerbs sind deutlich komplexer als die einseitiger Märkte. Die grundlegenden Zusammenhänge und Komplexität zu vernachlässigen kann jedoch zu schwerwiegenden Fehlern in der Beurteilung führen. Wichtig ist, alle Seiten einer Plattform in die Analyse mit einzubeziehen und die indirekten Netzwerkeffekte, welche die Plattformseiten verbinden, umfänglich zu erfassen.

63. Es ist nicht möglich, im Rahmen der dargestellten Wettbewerbsanalyse digitaler Märkte im Allgemeinen konkrete, pauschalierende wettbewerbspolitische Aussagen zu treffen oder gar detaillierte Handlungsempfehlungen für die kartellbehördliche Analyse zu geben. Die dargestellten Aspekte sind bei der Untersuchung von Suchmaschinen, sozialen Netzwerken, Handelsplattformen und anderen Geschäftsmodellen jeweils separat und im Detail zu betrachten. Und auch wenn in einigen Bereichen wenig Wettbewerb zu beobachten ist, ist unklar, ob dies eine vorübergehende oder eine anhaltende Situation darstellt. In vielen digitalen Märkten zeigt sich ein Wettbewerb nach Schumpeter, in welchem eine temporär dominante Position durch eine andere abgelöst wird oder vergleichsweise einfach abgelöst werden könnte. In solchen Fällen sind Innovationsanreize trotz starker Marktkonzentration sehr hoch. Auch im Fall anhaltend hoher Konzentration kann diese Situation aufgrund von Netzwerkeffekten durchaus effizient sein.

44 Chandra, A./Collard-Wexler, A., Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry, *Journal of Economics & Management Strategy*, 18, 2009, S. 1045-1070.

3. Daten und deren Relevanz für den Wettbewerb

64. Ein für viele Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft typisches Charakteristikum ist die Erhebung und Verwertung von Daten. Die zunehmende Generierung und Erfassung von Daten im Rahmen der Digitalisierung ist in der Tat beeindruckend. Eine Studie aus dem Jahr 2013 stellte etwa fest, dass zu diesem Zeitpunkt täglich rund 2,5 Trillionen Bytes weltweit erzeugt wurden und 90 Prozent der weltweit vorhandenen Datenmenge in den zwei Jahren zuvor entstanden war. Zudem wurde prognostiziert, dass die weltweit erzeugte Datenmenge sich zukünftig alle zwei Jahre mindestens verdoppeln wird.⁴⁵

65. Aufgrund ihres hohen Stellenwerts werden Daten vereinzelt bereits als neue Währung des digitalen Zeitalters angesehen. Etwas nüchterner betrachtet sind sie vor allem ein wichtiger Inputfaktor, der für die Erbringung vieler Onlinedienste notwendig oder zumindest vorteilhaft ist, da diese ansonsten nur in minderer Qualität angeboten werden könnten. Anders als viele andere Rohstoffe können Daten prinzipiell immer wieder verwendet werden, ohne abzunutzen, d. h. sie sind grundsätzlich nicht-rivalisierend in ihrer Nutzung. Allerdings befinden sie sich nicht selten im exklusiven Besitz einzelner Unternehmen, die über ihre Verwendung entscheiden und andere Unternehmen von der Nutzung ausschließen können. Die Kontrolle über sowie die Fähigkeit zur Analyse umfangreicher Datenmengen kann so zu einem entscheidenden Wettbewerbsvorteil werden.

66. Die folgenden Ausführungen sollen einen kurzen Überblick über die Art und den Umfang der Erhebung und Verwertung von Daten und deren Bedeutung für digitale Geschäftsmodelle geben. Zudem werden die wettbewerbspolitische Bedeutung solcher Datenbestände und mögliche Konsequenzen für die Wettbewerbspolitik aufgezeigt.

3.1 Bedeutung von Big Data

67. Ein in der Öffentlichkeit besonders diskutiertes Thema ist die umfangreiche Erhebung, Speicherung und Verknüpfung von Daten im Zuge der zunehmenden Digitalisierung. Die Diskussion dreht sich dabei zumeist um das Phänomen „Big Data“. Der Begriff ist nicht abschließend definiert, bezeichnet jedoch grundsätzlich Datensätze von solcher Größe, die durch klassische Datenbank-Softwaretools nicht mehr erfasst, gespeichert, verarbeitet und analysiert werden können.⁴⁶ Zur Charakterisierung des Phänomens Big Data wird in der Regel auf die sogenannten 3V – Volume, Variety und Velocity – verwiesen. Diese beschreiben die erst durch die Digitalisierung mögliche algorithmische Analyse besonders großer Datenmengen (Volume) aus unterschiedlichsten Quellen und Formaten (Variety) in möglichst hoher Geschwindigkeit (Velocity).⁴⁷ Daneben wird Big Data häufig als Schlagwort verwendet, unter dem neben den Technologien zur Erhebung, Auswertung und Verknüpfung großer und komplexer Datenmengen auch die damit einhergehenden Geschäftsmodelle subsumiert werden.

68. Von früheren Analysemethoden unterscheidet sich Big Data nicht nur durch die umfangreicheren Datenmengen. Vielmehr wandelt sich auch die Form der Datenanalyse. Klassische Datenanalysen verfolgen insoweit das Ziel, mittels möglichst standardisierter und präziser Daten konkrete Fragestellungen zu beantworten. Im Vergleich hierzu kön-

45 Vgl. PwC, Big Data – Bedeutung. Nutzen. Mehrwert, Juni 2013, S. 7.

46 Vgl. ebenda, S. 9.

47 Vgl. Kraus, H., Big Data – Einsatzfelder und Herausforderungen, Arbeitspapiere der FOM, Nr. 41, Essen, Oktober 2013, S. 3 f.

nen im Rahmen von Big Data auch unterschiedliche, nicht standardisierte Daten mittels Vorhersagemodellen und Algorithmen analysiert werden. So können beispielsweise Text, Audio- oder Videodaten miteinander kombiniert werden, um mögliche Muster, Trends oder Verhaltensweisen zu untersuchen und zu erkennen. Für Big-Data-Analysen ist neben der Datenmenge die Intelligenz der Datenverarbeitung ein erfolgskritischer Faktor.⁴⁸ Letztere beruht insbesondere auf unterschiedlichen Techniken des maschinellen Lernens.⁴⁹ Die besondere Bedeutung großer Datenmengen kann erklären, warum einige Unternehmen Presseberichten zufolge Daten auch auf Verdacht ohne einen zuvor definierten Zweck speichern, nur um diese möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt zu analysieren.⁵⁰ Erhoben, gespeichert und miteinander verknüpft werden dabei unterschiedlichste, auch personenbezogene Daten aus unterschiedlichsten Quellen. Diese umfassen z. B. Multimedia- und Textdaten ebenso wie Finanzmarktdaten und stammen unter anderem von mobilen Geräten, Desktop-PCs oder Sensoren in Haushaltsgeräten.

69. Die Erhebung, Verarbeitung und Auswertung großer Datenmengen ist heute in vielen Bereichen üblich und beschränkt sich nicht auf die besonders in der Diskussion stehenden Onlinedienste.⁵¹ Wesentliche Ziele des Einsatzes von Big-Data-Technologien sind die Optimierung von Geschäftsprozessen, die Steigerung der Profitabilität durch die Senkung von Kosten sowie eine erhöhte Kundenorientierung. In der Logistik ist beispielsweise die genaue Nachverfolgung und Optimierung von Routen mittels Geo-Lokalisierung oder die Optimierung von Lagerbeständen möglich. Im Marketing können Verhaltensmuster erfasst und analysiert und Kunden hierauf aufbauend individuell angesprochen werden, etwa indem ihnen beim Einkauf individuelle Angebote auf dem Smartphone unterbreitet werden.⁵² Zudem lassen sich möglicherweise neue Trends bzw. Marktpotenziale entdecken. Nicht zuletzt wird Big Data auch zu Forschungszwecken eingesetzt, beispielsweise in der Medizin zur Krebsforschung.

70. Diesen Vorteilen stehen potenzielle Nachteile bzw. mit Big Data einhergehende gesellschaftliche Herausforderungen gegenüber. Zu nennen ist insbesondere der Umgang mit personenbezogenen Daten sowie die mit deren Erhebung, Verarbeitung und Auswertung einhergehende Intransparenz für viele Nutzer. So wird vielerseits der gläserne Nutzer befürchtet. Studien, die anhand von Facebook-Likes, Mobiltelefon-Metadaten oder besuchten Webseiten zum Teil recht aussagekräftige Nutzerprofile erstellen konnten⁵³, zeigen, dass diese Befürchtung nicht völlig unbegründet ist, wenngleich diese Nutzerprofile in der Regel anonymisiert oder pseudonymisiert sind und daher nicht ohne Weiteres auf die Identität des Einzelnen geschlossen werden kann. Durch die Verknüpfung mehrerer Datenquellen kann indes ein deutlich detaillierteres Profil erstellt und zumindest eine näherungsweise Identifikation ermöglicht werden. Grundsätzlich besteht zudem die Gefahr von Fehlschlüssen durch die fehlerhafte Zuordnung gewisser Eigenschaften oder Verhaltensweisen zu einer bestimmten Person. Diese können im Extrem-

48 Vgl. ebenda, S. 4 ff.

49 Vgl. Varian, H.R., Big Data: New Tricks for Econometrics, *Journal of Economic Perspectives* 28(2), 2014, S. 3-28.

50 Vgl. z. B. Hofmann, T./Schölkopf, B., Vom Monopol auf Daten ist abzuraten, *FAZ* vom 29. Januar 2015.

51 So können z. B. Supermärkte durch die Ausgabe von Kundenkarten das Einkaufsverhalten ihrer Kunden auch offline erfassen.

52 Vgl. Kraus, H., a. a. O., S. 8 ff.

53 Für einen Überblick über unterschiedliche Studien s. Christl, W., Kommerzielle digitale Überwachung im Alltag, *Cracked Labs*, Institut für Kritische Digitale Kultur, Studie im Auftrag der Bundesarbeitskammer, Wien, November 2014, S. 14 ff.

fall sehr reale Auswirkungen haben, wie z. B. die Verweigerung eines Kredits durch Banken oder der Einreise in einzelne Staaten. Datenschützer fordern vor dem Hintergrund dieser neuen Möglichkeiten eine stärkere Durchsetzung des Datenschutzrechts, das Unternehmen und Staaten in ihren Möglichkeiten zur Sammlung und Verwertung personenbezogener Daten einschränken soll.

71. Die mit Big Data einhergehenden Analyse-Möglichkeiten können direkte Auswirkungen auf die Wohlfahrt einzelner Nutzer haben. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass das Verhalten des Einzelnen besser beobachtet und überprüft werden kann. So gibt es bereits heute Kfz-Versicherungstarife, die sich an dem beobachteten individuellen Verhalten im Straßenverkehr bemessen, oder Krankenversicherungstarife, deren Beiträge von der elektronischen Kontrolle von Fitness- und Ernährungsdaten abhängen.⁵⁴ Gerade im Internet ist es Unternehmen zudem möglich, aus Informationen über ihre Nutzer Rückschlüsse auf deren vermutete Zahlungsbereitschaft zu ziehen und Produkte individuell zu bepreisen, mit der Folge, dass unterschiedlichen Nutzern die gleichen Produkte zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden. Die Auswirkungen solcher und ähnlicher Möglichkeiten auf die gesellschaftliche Wohlfahrt sind aus ökonomischer Sicht nicht eindeutig.⁵⁵

72. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die vermehrte Analyse von Daten zu einer Individualisierung von Produkten und Preisen führen kann, die für einzelne Nutzer vorteilhaft, für andere aber auch nachteilig sein kann. Gerade die Erhebung, Verarbeitung und Auswertung personenbezogener Daten wirft aber auch gesellschaftspolitische Fragen auf, etwa in welchem Umfang die Nutzung personenbezogener Daten oder eine Preisdifferenzierung nach individuellen Charakteristika der Nutzer gestattet sein sollte. Diese Fragen sind letztlich von der Politik zu beantworten. In jedem Fall sollte eine hinreichende Transparenz für die Verbraucher sichergestellt werden, damit diese sich der Nutzung und Bedeutung ihrer Daten bewusst sind. Die Monopolkommission wird sich ihrem Auftrag entsprechend im Folgenden vorwiegend auf wettbewerbspolitische Aspekte konzentrieren.

3.2 Datensammlung im Internet

73. Eine Vielzahl von Unternehmen, die im Internet aktiv sind, sammeln Daten. Diese können grundsätzlich sehr unterschiedlicher Gestalt und sowohl öffentlich als auch nicht-öffentlich verfügbar sein. Von besonderer Bedeutung sind für die Unternehmen allerdings Nutzerdaten, die im Rahmen der Interaktion von Nutzern und Online-Diensten bzw. Webseiten anfallen und diesen Unternehmen in der Regel exklusiv zur Verfügung stehen. Diese Nutzerdaten können sowohl das Hauptprodukt sein, als auch als Nebenprodukt der Transaktion anfallen. Es handelt sich hierbei z. B. um Daten über besuchte Webseiten, gesuchte Stichwörter oder das Kaufverhalten sowie um Standort-, Geräte- und Browserdaten. Darüber hinaus erhalten insbesondere Dienste, die eine Registrierung

54 Im Rahmen des Telematik-Kfz-Versicherungstarifs „S-Drive“ der Sparkassen Direktversicherung wird eine Mess- bzw. Telematikbox in das Fahrzeug des Versicherungskunden eingebaut, die Daten über das Fahrverhalten aufzeichnet. Anhand dieser Daten wird ein Gesamt-Score ermittelt, der gegebenenfalls zu einem Prämiennachlass in Höhe von fünf Prozent führen kann. Der in Deutschland derzeit noch nicht eingeführte Krankenversicherungstarif „Vitality“ der Generali-Versicherung gewährt Gutscheine und Prämiennachlässe für eine gesündere Lebensweise. Hierzu werden über eine App unter anderem Daten zu sportlichen Aktivitäten sowie zum Ernährungsverhalten an die Versicherung übermittelt.

55 Zur Möglichkeit der Preisdifferenzierung und möglichen Wohlfahrtswirkungen siehe auch Tz. 80 f.

des Nutzers erfordern, unter Umständen zusätzliche Daten zu soziodemografischen Merkmalen wie Wohnort und Alter oder zu den Interessen der Nutzer. Die gesammelten Daten können durch den Zukauf von Drittdaten und deren Zuordnung zu den bereits vorhandenen Daten weiter angereichert werden.

74. Die von den Unternehmen erhobenen Daten können personenbezogen sein. Personenbezogene Daten⁵⁶ können grob nach Inhaltsdaten und Bestands-, Verkehrs- und Nutzungsdaten unterschieden werden. Inhaltsdaten umfassen vornehmlich solche Daten, welche die Nutzer bei der Nutzung von Onlinediensten bewusst und weitestgehend freiwillig bereitstellen. Ein Beispiel hierfür sind Profilangaben, Bilder und andere Medien, die Nutzer in sozialen Netzwerken bereitstellen. Bestands-, Verkehrs- und Nutzungsdaten werden hingegen häufig ohne das Wissen der Nutzer generiert und erhoben. Sie dienen unter anderem dazu, Onlinedienste technisch überhaupt zu ermöglichen, und fallen häufig als Nebenprodukt der Interaktion zwischen Nutzer und Dienst an. So wird beim Besuch einer Internetseite z. B. die IP-Adresse des Internetanschlusses übermittelt, die zwar eine näherungsweise Lokalisierung des Nutzers ermöglicht, allerdings zur Kommunikation zwischen Webserver und Webbrowser erforderlich ist. Abgesehen von technischen Aspekten, die der Übertragung dieser Art personenbezogener Daten zugrunde liegen, können diese auch Informationen über besuchte Internetseiten und die Interessen von Nutzern im Internet offenbaren. So können Unternehmen z. B. Daten über besuchte Webseiten oder Angaben über die Verweildauer auf Webseiten speichern.

75. Für die Sammlung von (personenbezogenen) Daten im Internet besonders relevant sind sogenannte Cookies.⁵⁷ Dies sind kleine Textpakete, die beim Besuch von Internetseiten im Webbrowser des Internetnutzers gespeichert werden und dessen Wiedererkennung ermöglichen. Sogenannte First-Party-Cookies werden von der besuchten Internetseite selbst im Webbrowser des Nutzers gespeichert, um z. B. Benutzereinstellungen zu speichern oder den Warenkorb zu verwalten. Sie sind aus datenschutzrechtlicher Perspektive vergleichsweise unproblematisch. Anders gestaltet sich dies bei sogenannten Third-Party- bzw. Tracking-Cookies, die beim Aufruf einer Webseite nicht durch diese selbst, sondern durch Drittanbieter, deren Inhalte auf der Internetseite eingebunden sind, gesetzt werden können. Mittels solcher Cookies ist es möglich, Internetnutzer webseitenübergreifend zu verfolgen (Tracking), Informationen über die besuchten Webseiten zu sammeln und diese zu (anonymisierten) Nutzerprofilen zu verdichten. Third-Party-Cookies werden insbesondere von Unternehmen der Werbebranche eingesetzt, welche die gewonnenen Informationen über die Interessen der Nutzer zur Schaltung möglichst zielgerichteter Werbung nutzen oder aber an andere Unternehmen verkaufen. Ein weiterer Einsatzbereich sind die sogenannten „social plugins“, die auf vielen Webseiten außerhalb eines sozialen Netzwerks integriert sind, wie z. B. der Facebook Like-Button. Diese ermöglichen den Nutzern zunächst, andere Nutzer auf die Inhalte dritter Webseiten hinzuweisen. Den Betreibern der sozialen Netzwerke selbst dienen diese aber nicht zuletzt dazu, das Verhalten ihrer Mitglieder außerhalb des sozialen Netzwerks zu verfolgen und zusätzliche Informationen über die Interessen ihrer Mitglieder zu sammeln.

76. Diese Ausführungen stellen nur einen kleinen Ausschnitt der Möglichkeiten dar, die Unternehmen nutzen können, um im Internet unterschiedlichste Daten über ihre Nutzer

⁵⁶ § 3 Abs. 1 BDSG definiert personenbezogene Daten „als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person (Betroffener).“ Im Folgenden wird dieser Begriff nicht in diesem strikt datenschutzrechtlichen Sinne verwendet.

⁵⁷ Neben Cookies existieren noch andere Tracking-Methoden, z. B. das sogenannte Fingerprinting.

zu gewinnen. Sie verdeutlichen jedoch bereits, dass die Erhebung auch von personenbezogenen Daten ohne die explizite Zustimmung der Nutzer nicht die Ausnahme, sondern vielmehr die Regel sein dürfte. Die Vorgaben von § 15 TMG zum Schutz der Nutzer laufen insofern offenbar leer. Allerdings sind die Nutzer einer Sammlung personenbezogener Daten dennoch nicht schutzlos ausgeliefert, sondern können dieser durch entsprechende Software oder das regelmäßige Löschen von Cookies entgegenwirken. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive kann die Anhäufung solch umfangreicher Datenbestände bei einzelnen Unternehmen bedenklich sein, insbesondere wenn diese mit weiteren Daten aus eigenen Onlinediensten oder mit Drittdata anderer Unternehmen kombiniert werden. Grundsätzlich ist durch ein solches Verknüpfen von Datensätzen auch die Erstellung umfangreicher Nutzerprofile möglich.

3.3 Zwecke der Datensammlung

77. Unternehmen verfolgen mit dem Sammeln von Daten im Internet zumeist sehr konkrete Ziele. Je nach Geschäftsmodell stehen dabei unterschiedliche Interessen im Vordergrund. Grundsätzlich lässt sich diesbezüglich zwischen Anbietern von Onlinediensten und Werbeunternehmen unterscheiden, wobei einige Unternehmen in beiden Bereichen aktiv sind.

78. Onlinediensten ermöglicht die Erhebung von Daten sowie die Verfolgung von Internetnutzern innerhalb und außerhalb ihrer eigenen Dienste zunächst eine umfangreiche Analyse des Nutzerverhaltens. Diese Erkenntnisse können sie zur stetigen Optimierung sowie Personalisierung ihrer Produkte und Dienstleistungen nutzen. Zudem können sie aus solchen Daten potenzielle Trends ableiten und hierauf aufbauend neue Produkte und Dienstleistungen mit besonderer Relevanz für die Nutzer entwickeln. Die Fähigkeit zur Erhebung und Auswertung von Daten ist insofern ein zentraler Antriebsfaktor der Innovationskraft dieser Unternehmen.

79. Die Möglichkeit zur Optimierung von Diensten durch die Nutzung von Daten zeigt sich vor allem in Form der zunehmenden Personalisierung. Beispiele für eine solche Personalisierung finden sich bei manchen Onlinediensten. So können z. B. Online-Shops Produktempfehlungen auf Basis zuvor gekaufter oder angesehener Produkte geben, Suchmaschinen Trefferlisten anhand der Suchhistorie sowie des Aufenthaltsorts der Nutzer erstellen und soziale Netzwerke auf die Interessen ihrer Mitglieder zugeschnittene Inhalte anzeigen. Viele Internetnutzer wissen die Vorteile einer solchen Personalisierung zu schätzen. Für die Unternehmen selbst kann aus der Personalisierung zudem eine für sie vorteilhafte Kundenbindung resultieren.⁵⁸ Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist eine solche hohe Kundenbindung nur dann problematisch, wenn sie die Folge von Wechselbarrieren bzw. Lock-in-Effekten ist, etwa weil die Nutzer nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Mitnahme von Daten zu einem anderen Online-Dienst haben (fehlende Datenportabilität).

80. Die umfangreiche Datennutzung kann zu einer Benachteiligung einzelner Nutzergruppen führen. Bereits erwähnt wurde in diesem Zusammenhang die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung in Online-Shops durch die Erfassung und Zusammenführung unterschiedlicher Daten, die es Unternehmen ermöglicht, Rückschlüsse auf die Zahlungsbereitschaft einzelner Konsumenten bzw. Konsumentengruppen zu ziehen und diese durch

⁵⁸ Vgl. Shapiro, C./Varian, H.R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, 1999, S. 32 ff.

personalisierte Preise besser abzuschöpfen.⁵⁹ Das Phänomen der Preisdifferenzierung ist für sich genommen nichts Neues. So erheben z. B. Unternehmen des Verkehrssektors schon heute unterschiedliche Preise je nach Tageszeit, Auslastung oder Buchungszeitraum. Preisdifferenzierung ist insofern ein wesentlicher Bestandteil des Revenue Management vieler Unternehmen. Neu ist hingegen die Möglichkeit der personalisierten Preisdifferenzierung im Internet, die an den beobachteten Charakteristika bzw. Gewohnheiten der Konsumenten ansetzt und damit immer genauer eine Bepreisung anhand der jeweiligen Zahlungsbereitschaft des Konsumenten für das Produkt ermöglicht. Aus ökonomischer Sicht kann eine solche Preisdifferenzierung wohlfahrtssteigernd sein, etwa indem Kundengruppen bedient werden, die ohne diese Differenzierung nicht gekauft hätten. Allerdings können sich neue gesellschaftliche bzw. verbraucherrechtliche Fragestellungen ergeben, da insbesondere Verbraucher, die weniger für die Nutzung ihrer Daten sensibilisiert sind, hierdurch benachteiligt werden könnten. Zudem sind Wohlfahrtsverluste möglich, wenn Unternehmen etwa durch die Datensammlung Nutzer identifizieren können, die sich der mit ihren Daten einhergehenden Möglichkeiten der Preisdiskriminierung nicht bewusst sind. In diesem Fall können die Unternehmen für diese Nutzer eine andere Preisstruktur wählen, und etwa geringere Grundpreise ansetzen, um sie zum Kauf eines Produktes zu bewegen, gleichzeitig aber die zusätzlichen Kosten für die Nutzung des Produktes erhöhen. Die hiermit einhergehende zu hohe Nachfrage dieser schlecht informierten Nutzer kann zu Wohlfahrtsverlusten führen.⁶⁰

81. Wohlfahrtsverluste können ferner durch die bereits genannte Einführung von datenbasierten Versicherungstarifen entstehen. Durch die bessere Datenverfügbarkeit zahlt jeder Versicherte einen an sein individuelles Risiko angepassten Tarif anstatt einer Durchschnittsprämie, muss jedoch befürchten, mehr als zuvor bezahlen zu müssen. Diesem zusätzlichen sogenannten Prämienrisiko für die Versicherten stehen jedoch keine unmittelbaren Effizienzgewinne gegenüber. Mehr Informationen können insofern auch negative Auswirkungen auf die Wohlfahrt haben (Hirshleifer-Effekt⁶¹) und gesamtgesellschaftlich sinnvolle Geschäfte beeinträchtigen. Die Individualisierung von Versicherungstarifen kann ferner dem eigentlichen Versicherungsgedanken zuwiderlaufen, unterschiedliche Risiken auszugleichen.

82. Abgesehen von der beschriebenen Möglichkeit zur Optimierung und Personalisierung von Onlinediensten ist die Erhebung und Analyse von Daten für im Bereich der Online-Werbung aktive Unternehmen von großer Bedeutung. Hierzu gehören zum einen auf Online-Werbung spezialisierte Unternehmen, die keinen direkten Kontakt zum Internetnutzer selbst haben und z. B. anhand gesammelter Daten Werbeanzeigen vermitteln, zum anderen aber auch vertikal integrierte und diversifizierte Unternehmen wie Google, die Dienste sowohl für Internetnutzer (Suchmaschine, soziales Netzwerk etc.) als auch für Werbetreibende (Werbenetzwerke etc.) anbieten. Während im ersteren Fall die Datensammlung insbesondere mittels Cookies und anderen Tracking-Technologien erfolgt, die eine webseitenübergreifende Verfolgung der Internetnutzer ermöglichen, können im letzteren Fall zusätzlich Nutzerdaten durch die Interaktion zwischen Nutzer und Onlinedienst erhoben werden. Ziel der Datensammlung und -nutzung ist jedoch in jedem Fall deren Verwendung für die Schaltung möglichst zielgerichteter Werbeanzeigen.

59 Vgl. Office of Fair Trading, The Economics of online personalised pricing, OFT Report No. 1488, Mai 2013.

60 Vgl. Heidhues, P./Köszegi, B., Using Information about Naivete to Price Discriminate. 27. März 2014.

61 Vgl. Hirshleifer, J., The private and social value of information and the reward to inventive activity, American Economic Review 61(4), 1971, S. 561–574.

83. Da die Schaltung zielgerichteter Werbung die Kaufwahrscheinlichkeit bei Konsumenten erhöht, sind sowohl Werbetreibende als auch Anbieter von Werbeflächen an solchen Anzeigen interessiert. Für viele Onlinedienste, die ihre oft kostenlosen Angebote zum Großteil durch Werbung finanzieren, sind solche Anzeigen von zentraler Bedeutung. Die Schaltung weniger relevanter Werbung aufgrund der geringeren Nutzung von Daten durch die Werbeunternehmen könnte sich insofern auch negativ auf die Bereitstellung solcher kostenloser Angebote auswirken. Nicht zuletzt könnten aber auch die Konsumenten – zumindest im Vergleich zu nicht zielgerichteter Werbung – von individualisierten Werbeanzeigen profitieren, da diese möglicherweise als weniger störend oder sogar als informativ empfunden werden.

3.4 Rechtlicher Rahmen der Datensammlung und -verwertung

84. Die Sammlung und wirtschaftliche Verwertung von Daten unterliegt Schranken, die sich aus dem Datenschutzrecht ergeben. Das Datenschutzrecht gestaltet auf der Ebene einfacher Gesetze einen grundrechtlichen Schutz aus, insbesondere den Schutz der Bürger durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist Ausfluss der Menschenwürde und der Handlungsfreiheit (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG). Es schützt jedes Verhalten, das Relevanz für die Persönlichkeitsentwicklung hat, insbesondere unter dem Aspekt der Selbstbestimmung (einschließlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung), der Persönlichkeitswahrung und der Selbstdarstellung.⁶² Insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Aspekt der Persönlichkeitswahrung definieren, welche Daten einer Person grundrechtlich geschützt sind (personenbezogene Daten).⁶³ Ein ergänzender Schutz für nicht personenbezogene Daten ergibt sich hierneben daraus, dass auch die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme grundrechtsrelevant sein können.⁶⁴ Aus der Persönlichkeitsrelevanz des Aspekts der Selbstdarstellung lassen sich sodann Vorgaben für die Nutzung⁶⁵ von Daten ableiten.⁶⁶

85. Das Datenschutzrecht hat seinen Ursprung in einem grundrechtlichen Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Es geht darüber allerdings insofern hinaus, als es auch einen Schutz gegenüber der Nutzung von Daten im wirtschaftlichen Kontext vorsieht.⁶⁷ Aufgrund der zunehmend umfangreichen Sammlung und Verwertung von Daten in den letzten Jahren hat es eine immer größere Bedeutung gewonnen.

86. Hierbei ist die Kritik lauter geworden, dass das Datenschutzrecht verbotsintensiv und starr sei und damit zwar dem (notwendigen) Schutz des Betroffenen diene, aber zu wenig Handlungsspielräume für Innovationen zulasse. Dadurch werde insbesondere die Massendatenanalyse (Big Data) erschwert, was in Hinblick auf die wirtschaftliche Entwicklung und den mit solchen Analysen verbundenen gesellschaftlichen Nutzen nicht gerechtfertigt sei. Erforderlich sei folglich eine stärkere Austeriarung und Flexibilisie-

62 BVerfG, Urteil vom 5. Juni 1973 - 1 BvR 536/72 – Lebach; Urteil vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 u.a. – Volkszählung, BVerfGE 65, 1 ff.

63 Vgl. § 3 Abs. 1 BDSG.

64 BVerfG, Urteil vom 27. Februar Februar 2008, 1 BvR 370/07 u.a. – Onlinedurchsuchung, BVerfGE 120, 274 ff.

65 Der Begriff wird in diesem Sondergutachten im weitesten Sinne verstanden, d. h. abweichend von der gesetzlichen Definition in § 3 Abs. 5 BDSG.

66 Ergänzend zu diesem verfassungsrechtlichen Schutz siehe Art. 8 i. V. m. Art. 51 GRCh; Art. 8 EMRK und das Übereinkommen Nr. 108 vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten.

67 Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG.

nung, um nicht nur den nötigen Datenschutz zu gewährleisten, sondern auch Innovationen zu ermöglichen.⁶⁸

87. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist die Ausgestaltung des Datenschutzes durch den Gesetzgeber, in der jeweils gegebenen Form (starr oder flexibel) hinzunehmen, solange damit keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des Wettbewerbs verbunden ist. Die Frage nach einem aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht optimalen Datenschutzniveau lässt sich ohnehin nicht allgemein beantworten. Insbesondere können Erkenntnisse der Ökonomie diesbezüglich nur im Einzelfall herangezogen werden. Eine Stellungnahme auf die geäußerte Kritik ist aus den genannten Gründen nicht angezeigt.

88. Allerdings ist bislang auch ungeklärt, inwiefern sich aus dem Datenschutzrecht ein eigentumsähnlicher Schutz von Daten ergibt. Hiergegen wird angeführt, dass der Einzelne nach der Rechtsprechung kein Recht im Sinne einer absoluten uneinschränkbar Herrschaft über „seine Daten“ habe.⁶⁹ Zwar ist anerkannt, dass bei informationellen Machtasymmetrien auch eine Schutzpflicht des Staates bestehen kann.⁷⁰ Dennoch bleibt unklar, ob und inwieweit dem Einzelnen über sein grundrechtliches Abwehrrecht und den damit verbundenen Schutzanspruch hinaus auch ein Recht zukommt, über einen eventuellen Vermögenswert personenbezogener Daten und damit über deren wirtschaftliche Nutzung und Verwertung zu entscheiden.⁷¹

89. Eine Vergabe von eindeutigen, absoluten Rechten, wo immer möglich, wäre wettbewerbspolitisch allerdings zu befürworten. Dabei ist es aus ökonomischer Perspektive nicht eindeutig, welche Zuteilung der Verfügungsrechte zu dem effizientesten Marktgleichgewicht führt. Ohnehin besteht bei der Ausgestaltung des Datenschutzrechts ein weiter politischer Gestaltungsspielraum. Im Interesse der Rechtsklarheit ist jedoch zu empfehlen, die Verfügungsrechte im Rahmen der Datenschutzregelungen zu konkretisieren.

90. Dieser rechtlichen Unschärfe unbeschadet enthält das Datenschutzrecht eine Reihe von Prinzipien, die bei der weiteren wettbewerbsökonomischen und -rechtlichen Würdigung zu berücksichtigen sind. So ist insbesondere die Datenerhebung, -verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage oder dann zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat (§ 4 Abs. 1 BDSG). Das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten ist zudem nur zweckgebunden zulässig (§ 14 Abs. 1 BDSG). Eine Änderung des Zwecks setzt ihrerseits voraus, dass eine gesetzliche Grundlage besteht, der Betroffene eingewilligt hat oder ein anderer gesetzlicher Rechtfertigungsgrund eingreift (§ 14 Abs. 2 BDSG). Die geplante europäische Datenschutz-Grundverordnung soll diese Prinzipien weiterentwickeln und ergänzen, nicht zuletzt durch wirksamere Informationspflichten bei Datenverarbeitungen.⁷² Die Bundes-

68 Katko/Babai-Beigi, Accountability statt Einwilligung?, MMR 2014, 360 ff. Peifer, Verhaltensorientierte Nutzeransprache – Tod durch Datenschutz oder Moderation durch das Recht?, K&R 2011, 543-547.

69 Kramer in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 4 Rz. 6 unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 u.a. – Volkszählung, BVerfGE 65, 1 ff.; BVerfG, Urteil vom 23. Oktober 2006, 1 BvR 2027/02 (Versicherungseinwilligung; „kein dingliches Herrschaftsrecht“).

70 Von Lewinski in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl. 2014, Einleitung, Rz. 63.

71 Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 23. Januar 2013, 1 Ws 445/12; LAG Sachsen, Urteil vom 17. Januar 2007, 2 Sa 808/05; LG Halle, Urteil vom 5. Dezember 2013, 5 O 110/13; BayObLG, Urteil vom 24. Juni 1993, 5St RR 5/93.

72 Siehe insbesondere Art. 6 Abs. 1, 4, Art. 8, 12, 14, 20, 22-23, 28, 31-34, 40 ff., 73 ff. (insbesondere Art. 79 f.) des Vorschlags der EU-Kommission vom 25. Januar 2012 für eine Verordnung zum Schutz

regierung wird sich für eine zeitnahe Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung einsetzen.⁷³

3.5 Wettbewerbspolitische Implikationen

91. Die vorherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Erhebung umfangreicher Datenbestände und deren Auswertung für viele Diensteanbieter im Internet zum Alltag gehören. Zugleich profitiert von der vermehrten Nutzung von Daten eine Vielzahl von Internetnutzern in Form zum Teil sogar kostenloser und personalisierter Dienste sowie einem überaus dynamischen Wettbewerbsumfeld mit ständiger Innovation. Allerdings besteht aufgrund der vermehrten Nutzung personenbezogener Daten aus wettbewerbspolitischer Sicht Handlungsbedarf.

3.5.1 Angleichung und verbesserte Durchsetzung von Datenschutzstandards

92. Im Internet ist die Erhebung und Verwertung unterschiedlichster Daten der Normalfall. Gerade die automatische Übermittlung von Daten an Unternehmen (z. B. durch den Einsatz von Cookies) stößt dabei immer wieder auf Bedenken von Datenschützern und Teilen der Öffentlichkeit. Befürchtet wird z. B. die Erstellung detaillierter Nutzerprofile, die nicht nur das Kaufverhalten, sondern auch politische, religiöse oder sexuelle Vorlieben umfassen. Vor diesem Hintergrund ist es zuallererst Aufgabe des Datenschutzrechts, klare Regelungen für die digitale Welt zu schaffen, die konkret aufzeigen, welche Daten erhoben und in welchem Umfang sie ausgewertet werden dürfen.

93. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist zunächst zu beachten, dass die relative Strenge des Datenschutzrechts Auswirkungen auf die Wettbewerbs- und damit auch die Innovationsfähigkeit von Unternehmen haben kann. Sofern die Möglichkeit zur Erhebung und Auswertung großer Datenbestände für den Erfolg im Wettbewerb entscheidend ist, dürften solche Unternehmen über einen Wettbewerbsvorteil verfügen, die geringeren Datenschutzstandards unterliegen. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Unternehmen die ihnen zugestandenen Möglichkeiten zur Erhebung und Verarbeitung von Daten nutzen werden. Zwar ist für sich genommen auch ein Wettbewerb um die Einhaltung höherer Datenschutzstandards denkbar. Zumindest bislang ist ein solcher Wettbewerb jedoch eher die Ausnahme denn die Regel. Inwieweit dies auf die Unwissenheit vieler Verbraucher hinsichtlich der Erhebung und Verarbeitung ihrer Daten oder aber auf die Überlegenheit „datenreicher“ Geschäftsmodelle zurückzuführen ist, muss an dieser Stelle offen bleiben.

94. Dies bedeutet jedoch nicht, dass aus wettbewerbspolitischer Sicht eine Absenkung datenschutzrechtlicher Standards angezeigt wäre. Zwar wird von Marktteilnehmern häufig darauf verwiesen, dass sie im Wettbewerb gerade mit US-amerikanischen Unternehmen aufgrund des strengeren deutschen Datenschutzrechts benachteiligt seien.⁷⁴ Anstatt

natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endgültig, zum Schutzzumfang nach der Datenschutz-Grundverordnung. Zu den derzeitigen Vorgaben des EU-Rechts siehe insbesondere Richtlinie 1995/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23. November 1995, S. 31. Die sogenannte e-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, ABl. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37, betrifft in den meisten Teilen nur herkömmliche Telekommunikationsunternehmen und keine Internet-Diensteanbieter.

⁷³ Bundesregierung, Stellungnahme zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission 2012/2013, BT-Drs. 18/4721, Tz. 11 f.

⁷⁴ So gaben im Deutschen Startup Monitor 2013 57 Prozent der Befragten aus der IKT-Branche an, dass

hierauf jedoch mit einer Absenkung der Datenschutzstandards zu reagieren, sollte vielmehr auf die Durchsetzung bestehender Regelungen hingewirkt werden. Unabhängig hiervon sollte jedoch grundsätzlich eine Angleichung von Datenschutzregelungen angestrebt werden, idealerweise auf globaler, zumindest aber auf europäischer Ebene, um ein diesbezügliches level playing field zu schaffen und aus unterschiedlichen Datenschutzstandards resultierende Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Auf europäischer Ebene wurden bzw. werden diesbezüglich unterschiedliche Versuche unternommen.

95. Zu nennen ist hier zunächst die bereits im Jahr 2009 auf europäischer Ebene verabschiedete sogenannte Cookie-Richtlinie, die ursprünglich bis zum 25. Mai 2011 in nationales Recht hätte umgesetzt werden sollen.⁷⁵ In Deutschland ist bisher keine ausdrückliche Umsetzung erfolgt, jedoch gehen Bundesregierung und Europäische Kommission davon aus, dass das deutsche Recht die Vorgaben der Richtlinie bereits erfüllt.⁷⁶ Die Richtlinie sieht insbesondere eine ausdrückliche Einwilligung der Internetnutzer in die Verwendung von Tracking-Cookies, Zählpixeln und ähnlichen Techniken vor. Sie zielt somit darauf, den Opt-out-Ansatz bei der Speicherung bestimmter Cookies durch einen generellen Opt-in-Ansatz zu ersetzen. Allerdings wurde die Richtlinie von den einzelnen Mitgliedstaaten – wenn überhaupt – unterschiedlich umgesetzt.⁷⁷ In der Mehrzahl der EU-Staaten ist mittlerweile eine explizite Zustimmung zur Nutzung von Cookies erforderlich, so etwa in den Niederlanden oder in Spanien. Den Opt-out-Ansatz wählten z. B. Finnland und Luxemburg.⁷⁸ Die Richtlinie hat insofern bislang nicht zu einer hinreichenden Angleichung des europäischen Datenschutzrechts in Bezug auf Cookies und ähnliche Methoden beigetragen.

96. Die Umsetzungsproblematik der Cookie-Richtlinie zeigt, dass zur Schaffung einheitlicher europäischer Datenschutzstandards das Instrument einer unmittelbar wirkenden Verordnung grundsätzlich vorzugswürdig ist. Nur so kann gewährleistet werden, dass für alle europäischen Unternehmen die gleichen Standards Gültigkeit haben und diesbezügliche Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Vor diesem Hintergrund ist auch die geplante europäische Datenschutz-Grundverordnung, welche die aus dem Jahr 1995 stammende Datenschutzrichtlinie⁷⁹ ablösen und zu einer Angleichung der Datenschutzstandards in der EU führen soll, grundsätzlich zu begrüßen. Ein weiterer Vor-

sich die deutsche Datenschutzpraxis negativ auf ihre Performance auswirke, während nur 18 Prozent angaben, dass sich diese positiv auswirkten. Im Deutschen Startup Monitor 2014 bezeichneten ca. 30 Prozent aller befragten Unternehmen die aktuellen Datenschutzbestimmungen als ein schweres bis äußerst schweres Hemmnis für ihre Geschäftstätigkeit. Vgl. Deutscher Startup Monitor 2013, 2014, <http://deutscherstartupmonitor.de>, Abruf am 2. März 2015.

75 Richtlinie 2009/136/EG zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11.

76 Vgl. Huber, D., Verwendung von Cookies nur noch bei ausdrücklicher Einwilligung der Nutzer?, 31. März 2014, <http://www.it-recht-kanzlei.de/cookies-einwilligung-datenschutz.html>, Abruf am 2. März 2015.

77 Ursächlich hierfür ist insbesondere Erwägungsgrund 66 zur Richtlinie, demzufolge bereits eine Browserkonfiguration, die die Nutzung von Cookies gestattet, als generelle Einwilligung der Nutzer genügen könne.

78 Für eine Übersicht über die Umsetzung der Cookie-Richtlinie in einzelnen Mitgliedstaaten siehe z. B. Hinzpeter, B., "Cookie-Richtlinie" in Europa, Computerwoche, 7. Januar 2015, <http://www.computerwoche.de/a/cookie-richtlinie-in-europa,2518064>, Abruf am 2. März 2015.

79 Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23. November 1995, S. 31.

teil dieser Verordnung wäre, dass von ihr voraussichtlich auch Unternehmen erfasst würden, die ihren Sitz außerhalb der EU haben, ihre Dienste aber innerhalb der EU anbieten (Markortprinzip). Durch die Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung könnten somit nicht nur Datenschutzstandards verankert werden, die den Veränderungen durch die Digitalisierung angemessen Rechnung tragen, sondern gleichzeitig ein wettbewerbliches level playing field für Unternehmen der Internetbranche geschaffen werden. Diesbezüglich ist der Auffassung der Bundesregierung zuzustimmen, dass bestehende Datenschutzregeln auch gegenüber außereuropäischen Unternehmen, die Waren und Dienstleistungen innerhalb der EU anbieten, effektiv durchgesetzt werden müssen.⁸⁰ Eine baldige Verabschiedung der europäischen Datenschutz-Grundverordnung ist zu befürworten. In inhaltlicher Sicht sollte ein Absenken von Datenschutzstandards vermieden werden.

97. Der geplante Erlass der Datenschutz-Grundverordnung gibt aus Sicht der Monopolkommission Anlass, auch die Zuständigkeitsordnung im Datenschutzrecht zu überprüfen. Dabei ist zu unterscheiden: Soweit das Datenschutzrecht die Bürger und Grundrechtsträger als Abwehrrecht gegen den Staat schützt, mag der Grundsatz der Subsidiarität für eine Zuständigkeit allein der nationalen Datenschutzbehörden sprechen.⁸¹ Soweit das Datenschutzrecht die Bürger als Marktteilnehmer vor der Datensammlung und -verwertung durch Unternehmen schützt, ist hingegen in Rechnung zu stellen, dass die Unternehmen häufig auf grenzüberschreitenden Märkten tätig sind und auch viele Daten grenzüberschreitend kommerzialisiert werden können.

98. Die bestehenden und auch die in der Datenschutz-Grundverordnung geplanten Zuständigkeitsregelungen berücksichtigen diesen Marktzusammenhang nicht in hinreichendem Umfang. Auf der einen Seite wird im Rahmen der Datenschutz-Grundverordnung zwar der Zugang zu den Datenschutzbehörden durch die Möglichkeit der Beschwerde bei der nationalen Datenschutzbehörde und das Prinzip der zentralen Anlaufstelle erleichtert.⁸² Dadurch ist es nicht mehr – wie bisher – erforderlich, sich an die Behörden unterschiedlicher Mitgliedstaaten zu wenden, je nachdem, ob das betreffende Unternehmen, abgesehen von seinem Hauptsitz in der EU, auch eine Niederlassung gerade im Inland des Rechtsschutzsuchenden unterhält. Daneben ist in der Datenschutz-Grundverordnung auch eine weitergehende Harmonisierung von Verfahrensregelungen als im bisherigen Recht geplant. Auf der anderen Seite dürften Datenschutzverfahren in grenzüberschreitenden Fällen gleichwohl mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden bleiben (Sprache, Verfahrensdauer aufgrund behördlicher Abstimmung, grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen). Diese praktischen Schwierigkeiten können nicht nur den Rechtsschutz empfindlich beeinträchtigen, sondern auch eine uneinheitliche Durchsetzung des in der Datenschutz-Grundverordnung angeglichenen Datenschutzrechts zur Folge haben. Hierdurch kann es zu einer wettbewerbspolitisch problematischen Fragmentierung des angestrebten digitalen Binnenmarktes kommen.

99. Die bei der Durchsetzung des Kartellrechts gewonnenen Erfahrungen legen für die Durchsetzung des Datenschutzrechts gegenüber Unternehmen eine duale Struktur nahe: In Fällen von regionaler Bedeutung (regionaler oder nationaler Markt) sollten die Daten-

⁸⁰ Vgl. Bundesregierung, Stellungnahme zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission 2012/2013, BT-Drs. 18/4721, Tz. 11.

⁸¹ Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 3 EUV.

⁸² Art. 51 ff., 73 Abs. 1 des Vorschlags, a. a. O. (Tz. 45); EU-Rat, Vermerk vom 26. März 2015, 7466/15, Anhang II. Zur gegenwärtigen Rechtslage in Deutschland siehe insbesondere § 1 Abs. 5 BDSG.

schutzbehörden der Mitgliedstaaten zuständig sein. In Fällen von darüber hinausgehender Bedeutung (grenzüberschreitender Markt) – insbesondere in solchen von unionsweiter Bedeutung – sollte demgegenüber eine zentrale Behörde zuständig sein, die über die Expertise und Ressourcen verfügt, welche für eine wirksame Durchsetzung europäischer Datenschutzstandards auch gegenüber global agierenden Unternehmen der digitalen Wirtschaft erforderlich ist.

100. Die Monopolkommission ist sich dessen ungeachtet bewusst, dass die europäischen Datenschutzbehörden den Marktgegebenheiten schon unter der gegenwärtigen Rechtslage nach Möglichkeit Rechnung tragen. Insbesondere das koordinierte Vorgehen von Datenschutzbehörden bei der Verfolgung von Datenschutz-Verstößen europaweit tätiger Anbieter ist insoweit zu begrüßen.⁸³

3.5.2 Stärkung von Verbraucherrechten

101. Ein grundsätzliches Problem der umfangreichen Erhebung und Verwertung privater Daten im Internet stellt die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Anbietern und Verbrauchern dar. So ist es für viele Internetnutzer in der Regel kaum nachvollziehbar, welche Unternehmen welche Daten sammeln und auswerten und ob diese mit anderen Daten verknüpft werden. Darüber hinaus ist vielen Nutzern der kommerzielle Wert ihrer privaten Daten möglicherweise nicht bewusst.

102. Grundsätzlich bestehen allerdings bereits heute vielfältige Möglichkeiten, eine Übermittlung bestimmter Daten an Unternehmen zu beschränken, sofern diese nicht erwünscht ist. Zu nennen ist hier etwa das regelmäßige Löschen von Cookies und anderer im Webbrowser gespeicherter Daten.⁸⁴ Zudem kann in den Browser-Einstellungen die Erstellung (bestimmter Arten) von Cookies generell untersagt werden. Solche Einstellungsmöglichkeiten sind grundsätzlich relativ einfach vorzunehmen, jedoch nicht allen Internetnutzern bekannt.⁸⁵ Neben diesen Möglichkeiten zur datensparsamen Nutzung des Internets bieten einige Unternehmen auch die Möglichkeit, in der Vergangenheit angefallene Datensätze löschen zu lassen bzw. die Datenerhebung im Rahmen eines Opt-out generell zu unterbinden.

103. Um Nutzern darüber hinaus eine bessere Kontrolle über ihre Daten zu ermöglichen, könnte die Gesetzgebung eine verstärkte Nutzung des Opt-in-Ansatzes in Betracht ziehen. Demnach müssten Unternehmen zur Speicherung und Auswertung von (personenbezogenen) Daten eine explizite Einwilligung der Nutzer einholen. Wie dargestellt, wurde ein solcher Opt-in-Ansatz z. B. bei der Speicherung bestimmter Cookies in einigen Staaten eingeführt.

104. Aus Gründen des Datenschutzes erscheint eine verstärkte Nutzung des Opt-in- statt des Opt-out-Ansatzes grundsätzlich begrüßenswert. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine obligatorische Einwilligung der Nutzer in die Erhebung und Auswertung ihrer Daten eine Bevorzugung bestimmter Geschäftsmodelle

83 Siehe allgemein die Entschließung der 87. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 28. März 2014 zu wesentlichen Prinzipien dieser Koordination.

84 Dies gilt zumindest für browserunabhängige HTTP-Cookies. Sogenannte Flash-Cookies sind weniger leicht zu löschen und ermöglichen unter Umständen das weitere Tracking von Nutzern, obwohl diese ihre HTTP-Cookies gelöscht haben. In den Einstellungen neuerer Browser lassen sich allerdings zum Teil auch solche Cookies löschen.

85 Eine weitere Möglichkeit ist z. B. die Nutzung von Proxy-Servern, welche die Anfragen der Internetnutzer mit einer anderen IP-Adresse weiterleiten und hierdurch die Identität der Nutzer verschleiern.

nach sich ziehen könnte. Gerade mit Blick auf den Werbemarkt dürften hiervon solche Unternehmen profitieren, die Dienste mit Registrierungspflicht betreiben und im Rahmen des Registrierungsprozesses die Einwilligung der Nutzer zur Datennutzung erwirken können. Das Nachsehen hätten dagegen möglicherweise Werbeunternehmen, die nicht im direkten Kontakt mit dem Nutzer stehen, sondern Daten durch anonymes Tracking erheben. Insgesamt bleibt zu empfehlen, eingehend zu prüfen, für welche Art der Datennutzung eine explizite Einwilligung der Nutzer tatsächlich obligatorisch sein sollte.

105. Ein weiterer Ansatz zur Stärkung von Verbraucherrechten wäre die Einführung des in der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Rechts auf Datenportabilität.⁸⁶ Hierdurch sollen Unternehmen dazu verpflichtet werden, die Übertragung gespeicherter Kundendaten auf andere Unternehmen zu ermöglichen bzw. diese Daten dem Nutzer zur Weiterleitung an den neuen Anbieter auszuhändigen. Die wettbewerblichen Auswirkungen eines solchen Rechts hängen dabei maßgeblich von dessen konkreter Ausgestaltung ab. Sofern hiervon vorrangig Inhaltsdaten erfasst werden, welche der Nutzer dem Unternehmen bewusst zur Verfügung gestellt hat, könnte dies zur aus wettbewerblicher Sicht grundsätzlich begrüßenswerten Abschwächung möglicher Lock-in-Effekte beitragen. Für Anbieter von Onlinediensten wäre dann z. B. die einseitige Anpassung von Nutzungsbedingungen, mit der möglicherweise ein weiterreichender Zugriff auf Daten einhergeht, weniger einfach möglich, da sie unter Umständen ein Abwandern von Nutzern fürchten müssten.

106. Noch weitergehende Auswirkungen könnten von dem Recht auf Datenportabilität ausgehen, wenn dieses nicht nur von den Nutzern direkt bereitgestellte Inhalte erfassen würde, sondern auch Nutzungsdaten, die im Rahmen der Interaktion zwischen Onlinedienst und Nutzer generiert wurden, wie z. B. Klickdaten oder Informationen zu Seitenaufrufen (Page Views). Ein solches Recht auf Datenportabilität könnte allerdings einer Umverteilung von Rechten gleichkommen, denn es ist in vielen Fällen keineswegs eindeutig, bei wem die Rechte an den betreffenden Daten liegen. Bislang beanspruchen Unternehmen diese Daten in der Regel exklusiv für sich. Eben diese Exklusivität von Daten, die direkt oder unter Mithilfe von Nutzern erstellt wurden, wird jedoch kritisiert, auch da hierdurch Verwertungsmonopole geschaffen würden, die ein Innovationshemmnis darstellen. Vor diesem Hintergrund wird teilweise vorgeschlagen, dass Verbraucher ihre Daten Unternehmen nur „leihen“ sollten und jederzeit die Möglichkeit haben müssten, über standardisierte Schnittstellen ihre Daten zu löschen oder anderen Diensten zur Verfügung zu stellen.⁸⁷

107. Zur weiteren Stärkung der Verbraucherrechte könnte die Politik nicht zuletzt Maßnahmen für eine bessere Durchsetzung des geltenden Datenschutzrechts ergreifen. Die Einführung von Verbraucherverbandsklagen wäre in diesem Zusammenhang zu begrüßen.⁸⁸

86 Siehe Art. 18 des EU-Kommissionsvorschlags vom 25. Januar 2012 für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endgültig.

87 Vgl. z. B. Hofmann, T./Schölkopf, B., Vom Monopol auf Daten ist abzuraten, FAZ, 29. Januar 2015.

88 Siehe Bundesministerium der Justiz, Regierungsentwurf vom 13. Februar 2015 für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, BR-Ds. 55/15. Verbrauchersammelklagen sind bereits in Österreich möglich. So ist in Wien bereits eine Sammelklage gegen Facebook anhängig; vgl. http://www.europe-v-facebook.org/sk/pa_de.pdf, Abruf am 19. Mai 2015.

3.5.3 Stärkere Berücksichtigung von Daten bei wettbewerbsrechtlichen Prüfungen

108. Die Monopolkommission hat in ihrem XX. Hauptgutachten thematisiert, ob die Möglichkeit des Zugriffs auf Daten durch Unternehmen im Rahmen der Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fragen stärker berücksichtigt werden sollte.⁸⁹ Dies könnte insbesondere damit zu rechtfertigen sein, dass Daten – wie im Rahmen dieses Kapitels dargestellt – zunehmend zu einem Wettbewerbsfaktor für die Unternehmen werden und als eine Art „Rohstoff“ für digitale Geschäftsmodelle angesehen werden können. Daten sind dabei wie dargestellt nicht nur zum Zwecke der zielgenaueren Schaltung von Online-Werbung, sondern auch für die stetige Weiter- und Neuentwicklung von Online-diensten relevant.

109. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht erscheint eine stärkere Berücksichtigung von Daten insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle geboten, da hier häufig neu gegründete Internetdienste mit bislang nur geringen Umsätzen, aber möglicherweise besonders wertvollen Datenbeständen, von etablierten Konzernen aufgekauft werden können. Die Notwendigkeit, im Rahmen der Prüfung eines Zusammenschlusses auch Aspekte der Datenkonzentration zu würdigen, haben die Wettbewerbsbehörden dabei erkannt. So hat die Europäische Kommission etwa jüngst im Fall Facebook/WhatsApp die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Möglichkeit des Datenzugriffs zwecks anschließender Nutzung für den Werbemarkt geprüft.⁹⁰ Hierbei ist die Kommission nicht nur auf den Status quo eingegangen, bei dem WhatsApp keine Nutzerdaten gesammelt hat, sondern hat darüber hinaus den hypothetischen Fall geprüft, dass WhatsApp beginnen würde, Nutzerdaten zu erheben. Die Kommission stellte dabei fest, dass es selbst in letzterem Fall zu keiner wettbewerblich problematischen Konzentration werberelevanter Daten bei Facebook komme, da zahlreiche andere Unternehmen ebenfalls umfangreich Daten sammeln. Die Fusion wurde schließlich ohne wettbewerbliche Bedenken freigegeben.

110. Hervorzuheben ist, dass die Wettbewerbsbehörden bislang lediglich die Auswirkungen einer stärkeren Datenkonzentration auf die Position auf den Werbemärkten prüfen. Die Bedeutung von Daten für die Weiter- und Neuentwicklung von Produkten sowie mögliche Datenschutzaspekte werden hingegen nicht näher beleuchtet.

⁸⁹ Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 51 ff.

⁹⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 164 ff.

4. Online-Werbemarkt

111. Dem Werbemarkt kommt im Internet eine besondere Rolle zu, da es sich hierbei vielfach um die Seite mehrseitiger Plattformmärkte handelt, auf der Erlöse erzielt werden. Tatsächlich ist Online-Werbung für einen Großteil der Onlinedienste und Webseitenbetreiber die zentrale Einnahmequelle und oftmals auch die einzige Möglichkeit, Erlöse zu erwirtschaften. Zwar gibt es grundsätzlich Alternativen zur Werbefinanzierung, insbesondere die Bereitstellung von zu bezahlendem Inhalt (Paid Content). Allerdings ist die Zahlungsbereitschaft vieler Internetnutzer Branchenvertretern zufolge bislang nur schwach ausgeprägt.

112. Der Markt für Online-Werbung stellt sich sehr dynamisch dar und hat in den letzten Jahren weiter an Bedeutung gewonnen. Öffentlich verfügbare Marktdaten zu den Umsätzen von Online-Werbung sind allerdings uneinheitlich und variieren je nach Quelle aufgrund unterschiedlicher Erhebungsmethoden. Dementsprechend sind auch die in diesem Kapitel dargelegten Angaben lediglich als Orientierungswerte zu verstehen.⁹¹ Angaben von IAB Europe zufolge ist das Marktvolumen für Online-Werbung in Europa von ca. EUR 24,4 Mrd. im Jahr 2012 um knapp 12 Prozent auf ca. EUR 27,3 Mrd. in 2013 gestiegen.⁹² In Deutschland ist das Marktvolumen im gleichen Zeitraum um rund 10 Prozent auf ca. EUR 4,7 Mrd. in 2013 angewachsen.⁹³ Nach Angaben des Online-Vermarkterkreises im BVDW (OVK) entfielen im Jahr 2013 in Deutschland rund 25,5 Prozent der Nettowerbeinvestitionen auf das Internet als Werbemedium. Lediglich das Fernsehen erreichte mit 28,4 Prozent einen höheren Anteil.⁹⁴

113. Aufgrund der hohen Bedeutung von Werbung für die meisten Onlinedienste soll im Folgenden der Online-Werbemarkt genauer betrachtet werden. Hierzu wird zunächst die Struktur des Online-Werbemarktes mit Fokus auf die vorherrschenden Werbeformate skizziert. Anschließend sollen die von den Wettbewerbsbehörden vorgenommenen Marktabgrenzungen bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche aus ökonomischer Sicht näher betrachtet werden. Zudem werden potenzielle Wettbewerbsprobleme im Bereich der Online-Werbung aufgezeigt.

4.1 Arten von Online-Werbung

114. Online-Werbung kann nach verschiedenen Kriterien untergliedert werden. Eine häufig vorgenommene Unterscheidung – der auch im Folgenden gefolgt werden soll – ist die nach suchgebundener Werbung („Suchwerbung“), die als Ergänzung zu Suchergebnissen neben und über diesen angezeigt wird, und nicht suchgebundener Werbung,

91 Unterschiedliche Angaben zu den Umsätzen von Online-Werbung können sich insbesondere aus der Ausweisung von Brutto- oder Nettowerbeinvestitionen ergeben. Die Bruttowerbeinvestitionen stellen die Aufwendungen der Werbetreibenden für die reine Schaltung von Werbung dar, ohne Produktionskosten oder gewährte Rabatte. Die Nettowerbeinvestitionen ergeben sich aus den um Rabatte und Mittlergebühren bereinigten Bruttowerbeinvestitionen. Sie stellen die Umsätze der Werbeträger dar. Die im Folgenden dargelegten Umsätze orientieren sich allerdings nicht strikt an dieser Definition.

92 Vgl. IAB Europe/IHS, AdEx Benchmark 2013, Juli 2014, S. 13. Die Angaben basieren auf Bruttowerbeinvestitionen, die Inhaltenanbieter in Rechnung stellen, inklusive Provisionsgebühren und nach Berücksichtigung von Rabatten auf Listenpreise. Produktionskosten und überregionale Werbeausgaben sind nicht enthalten.

93 Vgl. ebenda, S. 15.

94 Vgl. OVK, Online-Report 2014/02, 10. September 2014, S. 9. Internetwerbung umfasst hier Umsätze aus Display-Werbung und Suchwerbung. Die erfassten Nettowerbeinvestitionen beinhalten Provisionen.

die z. B. Display- und Instream-Videowerbung umfasst.⁹⁵ Weitere Werbearten stellen Online-Rubrikenwerbung und Online-Kleinanzeigen dar. Diese werden entweder der nicht suchgebundenen Werbung zugeordnet, teilweise aber auch als gesonderte Kategorie ausgewiesen.

115. Der größte Anteil des europäischen Marktvolumens von EUR 27,3 Mrd. in 2013 entfiel nach Angaben von IAB Europe mit EUR 13,4 Mrd. auf Suchwerbung.⁹⁶ Display-Werbung machte EUR 9,2 Mrd. und Online-Rubrikenwerbung und Kleinanzeigen EUR 4,6 Mrd. aus.⁹⁷ Für Deutschland wird ein Marktvolumen von Online-Werbung von ca. EUR 4,68 Mrd. ausgewiesen, wovon ca. EUR 2,56 Mrd. auf Suchwerbung, EUR 1,32 Mrd. auf Display-Werbung und EUR 0,8 Mrd. auf Online-Rubrikenwerbung und Kleinanzeigen entfallen. Ähnliche Werte für Deutschland weist auch PwC aus.⁹⁸ Demnach belief sich das Marktvolumen von stationärer Online-Werbung in 2013 auf EUR 4,9 Mrd., wovon ca. EUR 2,45 Mrd. auf Suchwerbung, EUR 1,35 Mrd. auf Display-Werbung, EUR 0,9 Mrd. auf Online-Rubrikenwerbung und Kleinanzeigen sowie EUR 0,2 Mrd. auf Videowerbung entfielen. Für mobile Werbung wird ein zusätzliches Marktvolumen von EUR 213 Mio. ausgewiesen. Für 2018 wird für Deutschland ein Marktvolumen der gesamten Online-Werbung (stationär und mobil) von rund EUR 7 Mrd. prognostiziert. Abbildung 4.1 verdeutlicht die Umsatzentwicklung einzelner Online-Werbeformen in Deutschland von 2009 bis 2018.

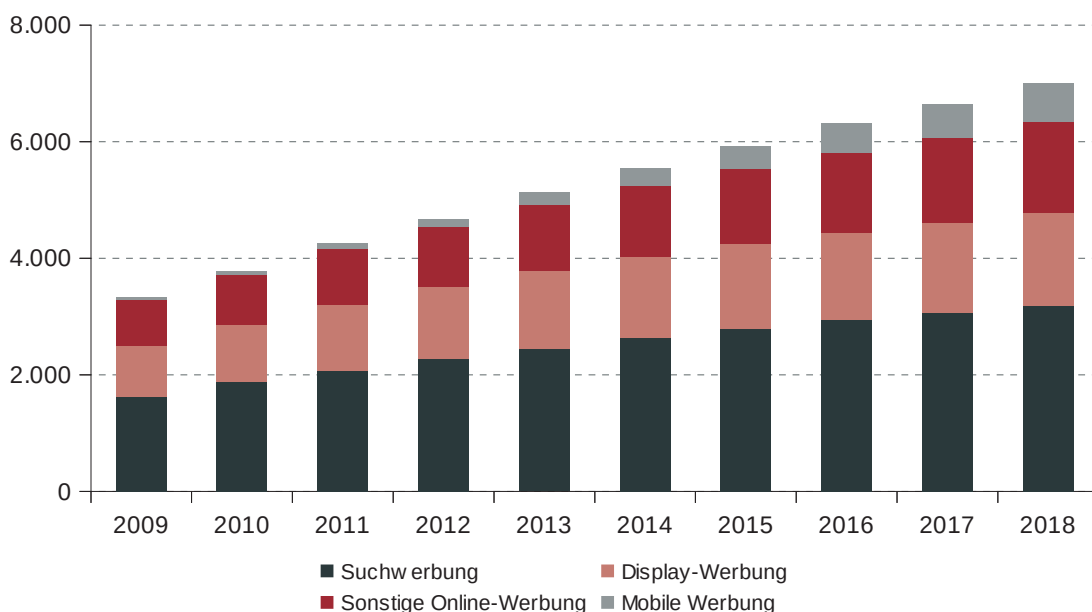
116. Im Folgenden werden die wichtigsten Werbeformen kurz erläutert. Hierzu wird neben suchgebundener Werbung auf die Display-Werbung als wichtigste Form der nicht suchgebundenen Werbung eingegangen. Zudem wird aufgrund ihrer steigenden Bedeutung die Marktentwicklung mobiler Werbung betrachtet. Auf eine nähere Betrachtung sonstiger Formen der Online-Werbung, wie etwa Online-Kleinanzeigen, wird verzichtet.

95 Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M.4731 – Google/DoubleClick, Tz. 11, 16 f., 48 ff., 70, 95 ff.

96 Der weltweite Umsatz mit Suchwerbung belief sich in 2013 auf über USD 48 Mrd. Vgl. PwC, Outlook insights: an analysis of the Global entertainment and media outlook 2014–2018, <http://www.pwc.com/gx/en/global-entertainment-media-outlook/assets/2014/internet-advertising.pdf>, Abruf am 28. April 2015.

97 Vgl. IAB Europe/IHS, AdEx Benchmark 2013, Juli 2014.

98 Vgl. PwC, German Entertainment and Media Outlook: 2014-2018, Dezember 2014. Die Angaben stellen Nettoerlöse dar und basieren auf Daten des Online-Vermarkterkreises im BVDW (OVK), dem Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) sowie von Ovum.

Abbildung 4.1: Marktentwicklung von Online-Werbung in Deutschland (in EUR Mio.)

Anm.: Bei den Angaben handelt es sich um Nettoerlöse

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf PwC, German Entertainment and Media Outlook: 2014-2018, Dezember 2014

4.1.1 Suchgebundene Werbung

117. Suchwerbung wird zusätzlich zu den Suchergebnissen bei der Nutzung von Suchmaschinen auf Basis des zuvor eingegebenen Suchbegriffes zumeist in Textform angezeigt. Die Bedeutung der Suchwerbung ist für Werbetreibende besonders hoch, da der Nutzer durch die Eingabe der Suchanfrage sein konkretes Interesse offenlegt und hierdurch Werbung besonders zielgenau einer bestimmten Gruppe von Internetnutzern angezeigt werden kann. Suchgebundene Werbung ist daher besonders geeignet, zum Kauf eines konkreten Produktes anzuregen.

118. Die Vergabe der Werbeplätze erfolgt bei Suchwerbung in der Regel anhand eines Auktionsverfahrens. Im Rahmen einer Zweitpreis-Positionsauktion können Werbetreibende auf bestimmte Suchworte (Keywords) bieten. Die Gewinner der Auktion (bei mehreren Werbeplätzen) müssen dem Auktionsmechanismus entsprechend den Preis zahlen, den der jeweils Nächsthöchstbietende (und Nächstplatzierte) geboten hat, dies jedoch nur dann, wenn ein Nutzer auch tatsächlich auf die Werbung geklickt hat („Cost-per-Click“ - CPC).⁹⁹

119. Der Markt für Suchwerbung umfasst naturgemäß vornehmlich die Betreiber horizontaler Suchmaschinen, also solcher Suchmaschinen, die das Internet allgemein und nicht beschränkt auf einzelne Kategorien hin durchsuchen. Die hohe Konzentration auf dem Suchmaschinenmarkt in Deutschland – der Anteil von Google an den Suchanfragen

⁹⁹ Dies ist eine stark vereinfachte Darstellung der Auktion von Suchwerbung. Vgl. hierzu z. B. Edelman, B., Ostrovsky, M./Schwarz, M., Internet Advertising and the Generalized Second-Price Auction: Selling Billions of Dollars Worth of Keywords, *American Economic Review* 97(1), 2007, S. 242-259; Varian, H.R./Harris, C., The VCG Auction in Theory and Practice, *American Economic Review* 104(5), 2014, S. 442-445; McAfee, R.P., The design of advertising exchanges, *Review of Industrial Organization* 39(3), 2011, S. 169-185.

wird auf über 90 Prozent geschätzt – wirkt sich dementsprechend auch auf das Angebot für Suchwerbung aus. Hier ist Google Adwords mit Abstand Marktführer. Für Werbetreibende, die in Suchwerbung investieren wollen, besteht somit zumindest hierzulande kaum ein Vorbeikommen an Google, das die größte Reichweite bietet.

120. Diese Ausnahmestellung Googles im Bereich suchgebundener Werbung dürfte sich auch in den Werbeumsätzen widerspiegeln. Zwar weist Google keine offiziellen Umsatzzahlen für Deutschland in seinem Geschäftsbericht aus.¹⁰⁰ Allerdings ist anzunehmen, dass der Großteil der Umsätze mit Suchwerbung in Deutschland aufgrund seiner Marktstellung auf Google entfällt.

4.1.2 Nicht suchgebundene Werbung

121. Unter nicht suchgebundener Werbung können weitestgehend alle Online-Werbearbeiten zusammengefasst werden, die keine Suchwerbung darstellen. Hierunter fällt insbesondere die sogenannte Display-Werbung, die auf beliebigen Webseiten angezeigt werden und z. B. auf den jeweiligen Inhalt der Webseiten abgestimmt sein kann. Eine zunehmende Bedeutung kommt der Social Media Werbung zu, welche in sozialen Netzwerken angezeigt wird. Weitere Arten der nicht suchgebundenen Werbung sind z. B. Audio- oder Videowerbung (Instream-Werbung) sowie – je nach Definition – Online-Kleinanzeigen. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Display-Werbung als derzeit wichtigste Form der nicht suchgebundenen Werbung.

122. Display-Werbeanzeigen können grafische Werbemittel, Text, Bilder, Animationen oder Videos beinhalten. Zu den bekanntesten Formen gehören Banner und Pop-Ups. Im Gegensatz zu Suchwerbung wurde Display-Werbung aufgrund geringerer Targeting-Möglichkeiten¹⁰¹, wie dem Kontext der besuchten Webseite oder der IP-Adresse des Nutzers, sowie der Möglichkeit der Nutzung grafischer Werbeelemente ursprünglich überwiegend verwendet, um die Markenbekanntheit und das Markenbewusstsein zu stärken. Allerdings hat sich diese Werbeform durch verbesserte Targeting-Möglichkeiten, die am Nutzerverhalten ansetzen, in den vergangenen Jahren stark gewandelt, sodass der Unterschied im Wirkungsgrad suchgebundener und nicht suchgebundener Werbung sich verringert haben dürfte.

123. Traditionell wichtige Akteure im Markt für Display-Werbung sind neben den Werbetreibenden (Advertiser), die im Internet werben wollen, und Webseitenbetreibern (Publisher), die diesen gegen Entgelt Werbefläche zur Verfügung stellen, insbesondere zwischengeschaltete Mediaagenturen, Vermarkter, Werbenetzwerke (Ad Networks) und Werbebörsen (Ad Exchanges).¹⁰² Mediaagenturen unterstützen insbesondere größere Werbetreibende bei der Konzeption, Platzierung, Auswertung und Bezahlung von Werbung. Vermarkter bündeln als Vertreter vieler Publisher deren Werbeflächen zur Erzielung einer größeren Reichweite und vermarkten diese an Werbetreibende bzw. Mediaagenturen mit dem Ziel einer optimalen Auslastung des Werbeinventars. Ähnlich wie Vermarkter bündeln auch Werbenetzwerke die Werbeflächen von Publishern, nehmen allerdings im Gegensatz zu diesen z. B. auch sehr kleine Publisher auf. Über Werbenetz-

¹⁰⁰ Google weist in seinem Geschäftsbericht nur für solche Länder separate Umsätze aus, auf die mindestens zehn Prozent des weltweiten Google-Umsatzes entfallen. Dies waren in 2013 lediglich die USA (45 Prozent) und das Vereinigte Königreich (10 Prozent), nicht aber Deutschland.

¹⁰¹ Targeting bezeichnet die zielgerichtete Ansprache von Internetnutzern auf Webseiten.

¹⁰² Vgl. zu den folgenden Ausführungen Schroeter et al., Die Zukunft des Display Advertising. Intelligenter – automatisierter – effizienter durch Real Time Bidding, 2012.

werke werden insbesondere Restplätze der Publisher vermarktet. Diese Werbeflächen werden gegebenenfalls um weitere Daten und Targeting-Methoden angereichert an Werbetreibende verkauft. Werbebörsen sind Online-Marktplätze, die den Einkauf und Verkauf von Werbeflächen per Auktionsverfahren ermöglichen, auch über verschiedene Werbenetzwerke hinweg. Die Auslieferung der Werbeanzeigen erfolgt schließlich über sogenannte Werbeserver (Adserver), die darüber hinaus die Anzahl der Klicks oder Werbeauslieferungen dokumentieren.

124. Das Targeting klassischer Display-Werbung orientiert sich vornehmlich am Werbeumfeld, d. h. an den Inhalten der Webseiten selbst. Von diesen Inhalten wird auf die zu erreichende Zielgruppe geschlossen. Diese Form der Umfeld-Werbung ist daher nur eingeschränkt zielgenau und geht mit entsprechenden Streuverlusten einher. Im Unterschied zur Suchwerbung wurde klassische Display-Werbung häufig nach der Anzahl der Einblendungen von Werbeanzeigen (Ad Impressions) abgerechnet („Cost-per-Impression“ - CPI). Mittlerweile sind jedoch auch in der Display-Werbung performance-orientierte Abrechnungsmodelle wie Cost-per-Click vorherrschend.

125. Die zunehmende Erhebung und Verwertung von Daten sowie neue technologische Entwicklungen führen im Bereich der Display-Werbung derzeit zu Veränderungen. Konkret äußert sich dies in besseren Targeting-Möglichkeiten, welche die direkte Ansprache einzelner Nutzer ermöglichen, sowie in der zunehmenden Versteigerung von Werbeflächen in Echtzeit (Real Time Advertising). Im Rahmen des noch vergleichsweise jungen Audience bzw. des Behavioral Targeting werden bestimmte Werbeanzeigen mit einem Nutzerprofil gekoppelt und anschließend auf einem Auktionsmarktplatz angeboten, auf dem der Werbetreibende für dieses Nutzerprofil bieten kann. Die Werbung des Auktionsgewinners wird diesem Nutzer(profil) sodann angezeigt.¹⁰³ Audience Targeting ermöglicht Werbetreibenden somit den Fokus auf konkrete Nutzer(profile), denen auf unterschiedlichen Webseiten zielgenaue Werbung angezeigt werden kann. Dies führt zu einer Reduzierung von Streuverlusten im Vergleich zur Umfeld-Werbung.

126. Die technologische Weiterentwicklung des Display-Werbemarktes hat in diesem Bereich zu Veränderungen in der Wertschöpfungskette geführt. Zusätzlich zu den oben genannten klassischen Marktteilnehmern sind Akteure bzw. Plattformen entstanden, welche das Audience-Targeting bzw. Real Time Advertising erst ermöglichen. Wenngleich eine scharfe Abgrenzung nicht möglich ist, sind hier insbesondere die in jüngerer Zeit entstandenen sogenannten Supply-Side-Plattformen (SSP), Demand-Side-Plattformen (DSP) und Data-Management-Plattformen (DMP) zu nennen. SSPs ermöglichen es Publishern bzw. Vermarktern, freie Werbeplätze besser zu managen und diese mehreren Werbetreibenden gebündelt über eine Schnittstelle anzubieten. Um die Werbeflächen der Publisher möglichst breit zu verteilen, sind SSPs in der Regel an mehrere Werbebörsen angeschlossen. Analog hierzu ermöglichen es DSPs Werbetreibenden bzw. Agenturen, Werbeflächen gebündelt über eine Schnittstelle bei verschiedenen Anbietern automatisiert einzukaufen. Sie sind hierzu ebenfalls häufig an mehrere Werbebörsen angeschlossen. Während SSPs und DSPs damit letztlich in Konkurrenz zu klassischen Werbenetzwerken treten, sind DMPs Plattformen, die Drittdaten sammeln, aggregieren, auswerten und mit diesen handeln. Solche Daten (Nutzerprofildaten) können unter anderem

¹⁰³ Vgl. Schroeter, A. et al., Real Time Advertising. Funktionsweise – Akteure – Strategien, September 2013, S. 12.

von DSPs genutzt werden, um die Werbeauslieferung zielgerichteter zu gestalten und Streuverluste zu verringern.¹⁰⁴

127. Die Entwicklung des oben beschriebenen Audience-Targeting bzw. Real Time Advertising könnte weitreichende Folgen für den Display-Werbemarkt haben. Da hierdurch letztlich die Schaltung zielgenauer Werbung unabhängig vom konkreten Werbeumfeld möglich wird, werden Werbeflächen austauschbarer und Werbeumfelder verlieren an Bedeutung. Hierdurch wird der Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Werbeflächen verschärft und Preissetzungsmöglichkeiten werden eingeschränkt. Die geringere Bedeutung des Werbeumfelds aufgrund der Möglichkeit des zielgenauen Targetings könnte insbesondere Anbieter von Premium-Inhalten unter Druck setzen, also Webseiten mit für Werbetreibende besonders interessanten Inhalten, die in der Vergangenheit für ihr Premium-Umfeld einen vergleichsweise höheren Preis erzielen konnten. Diese Entwicklung erscheint vor allem für Anbieter journalistischer Inhalte relevant, da die Erstellung hochwertiger journalistischer Inhalte in der Regel mit höheren Kosten verbunden ist.

128. Darüber hinaus könnte sich die bisherige Bedeutung von Display-Werbung wandeln. Wurde diese in der Vergangenheit noch vorwiegend zur Steigerung des Markenbewusstseins eingesetzt, kann sie nunmehr auch gezielt genutzt werden, um Nutzer zum direkten Kauf anzuregen (sogenannte performance-orientierte Werbung). Display-Werbung dürfte somit zunehmend in Konkurrenz zu Suchwerbung treten und auf diese entsprechenden Wettbewerbsdruck ausüben.

129. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass der Bereich der Display-Werbung im Vergleich zu suchgebundener Werbung weniger konzentriert ist. Da Display-Werbung im Prinzip auf jeder Webseite geschaltet werden kann, stehen Werbetreibenden eine Vielzahl an Anbietern von Werbefläche zur Verfügung. Die hohe Fragmentierung der Anbieterseite von Werbefläche sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass für Werbetreibende insbesondere die reichweitenstarken Webseiten bzw. Portale zur Schaltung von Werbeanzeigen von Bedeutung sind.

130. Darüber hinaus ist zu beachten, dass es nicht „den“ Display-Werbemarkt gibt. Vielmehr müssten im Rahmen einer umfassenden wettbewerblichen Prüfung die Wettbewerbssituationen auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen separat untersucht werden. Dabei wäre zu beachten, dass einige Marktakteure mit ihren Produkten bzw. Dienstleistungen auf mehreren Wertschöpfungsstufen aktiv sind. Ein Beispiel hierfür ist Google, das nicht nur im Bereich suchgebundener Werbung, sondern auch in der Display-Werbung mit seinen verschiedenen Produkten auf nahezu jeder Wertschöpfungsstufe ein wichtiger Anbieter ist. So betreibt Google beispielsweise ein Werbenetzwerk (Google Display-Netzwerk), einen Werbeserver (DoubleClick), eine Werbebörse bzw. eine Supply-Side-Plattform (DoubleClick Ad Exchange) und eine Demand-Side-Plattform (DoubleClick Bid Manager).

4.1.3 Mobile Werbung

131. Eine Unterkategorie der Online-Werbung stellt die mobile Werbung dar, die insbesondere auf Smartphones und Tablets angezeigt wird. Unterschiede zur klassischen Online-Werbung ergeben sich insbesondere durch die geringere Größe der Displays der verwendeten Geräte sowie die vermehrte Nutzung von Apps anstelle von Browsern.

¹⁰⁴ Vgl. ebenda, S. 15 ff.

Letzteres führt dazu, dass sich die Schaltung von Werbeanzeigen auf mobilen Geräten überwiegend auf Apps konzentriert. Diese übermitteln Daten an Werbefirmen, welche diese zur Aussteuerung von an das Nutzungsverhalten angepassten Werbeanzeigen verwenden. Mittlerweile haben viele Unternehmen Möglichkeiten zur effizienten Schaltung mobiler Werbung gefunden. Ein Beispiel hierfür ist Facebook, das mittlerweile mehr als zwei Drittel seiner Werbeeinnahmen mit mobiler Werbung erwirtschaftet.¹⁰⁵

132. Der Markt für mobile Werbung entwickelt sich derzeit sehr dynamisch und belief sich in 2013 weltweit auf ca. EUR 14,6 Mrd.. Hiervon entfielen ca. EUR 7,1 Mrd. auf Suchwerbung, EUR 6 Mrd. auf Display-Werbung und EUR 1,4 Mrd. auf sogenannte Messaging-Werbung.¹⁰⁶ In Europa belief sich der Umsatz mit mobiler Werbung in 2013 auf ca. EUR 2,5 Mrd., wovon ca. EUR 1,4 Mrd. auf Suchwerbung, ca. EUR 1 Mrd. auf Display-Werbung und EUR 161 Mio. auf Messaging-Werbung entfielen.¹⁰⁷ Zu Deutschland wird berichtet, dass sich das Marktvolumen mobiler Werbung im Jahr 2013 auf ca. EUR 213 Mio. belief.¹⁰⁸ Für mobile Display-Werbung wird ein Marktvolumen von EUR 65 Mio. in 2013 ausgewiesen, für 2014 wurden EUR 107 Mio. prognostiziert, was einem Wachstum von 65 Prozent entspräche.¹⁰⁹ Genaue Angaben zu mobiler Suchwerbung sind für Deutschland nicht öffentlich verfügbar. Das International Advertising Bureau weist etwa sowohl für 2012 als auch für 2013 ein Marktvolumen von EUR 109,6 Mio. aus.¹¹⁰

133. Das im Vergleich zu den europäischen Zahlen niedrig erscheinende Marktvolumen mobiler Werbung in Deutschland dürfte vor allem auf das sehr hohe Marktvolumen im Vereinigten Königreich zurückzuführen sein. Dort erreichte etwa mobile Display-Werbung in 2013 mit rund EUR 549 Mio. bereits einen Anteil von ca. 25 Prozent an der gesamten Display-Werbung im Vergleich zu lediglich 4,9 Prozent in Deutschland.¹¹¹ Mit ca. EUR 686 Mio. und einem Anteil von ca. 16,8 Prozent an der gesamten Suchwerbung fiel ferner das Marktvolumen mobiler Suchwerbung im Vereinigten Königreich deutlich höher aus als hierzulande.

134. Der mobilen Werbung wird auch zukünftig ein dynamisches Wachstum prognostiziert. Einer Studie von PwC zufolge wird das Marktvolumen weltweit bis 2017 jährlich um über 27 Prozent wachsen und damit auf gut USD 27 Mrd. ansteigen. Dies entspricht einem Anteil von 15 Prozent am gesamten Online-Werbemarkt, der in 2017 ein Marktvolumen von ca. USD 185 Mrd. umfassen soll.¹¹² Das International Advertising Bureau

105 Vgl. Spiegel Online, Erwartungen übertroffen: Facebook steigert Umsatz und Gewinn - dank Smartphone-Werbung, 29. Januar 2015, www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/facebook-steigert-gewinn-a-1015557.html, Abruf am 02. Februar 2015.

106 Vgl. IAB Europe/IAB/IHS, Global Mobile Advertising Revenue 2013. The State of Mobile Advertising Around the World, August 2014, http://www.iabeurope.eu/files/6714/0793/5581/IAB_Europe_Global_mobile_advertising_revenue_2013_report_IHS_template.pdf, Abruf am 28. April 2015. Es handelt sich bei den Angaben um Bruttoumsätze inklusive Provisionsgebühren und nach Berücksichtigung von Rabatten.

107 Vgl. ebenda.

108 Vgl. PwC, German Entertainment and Media Outlook: 2014-2018, Dezember 2014. Die Angaben stellen Nettoerlöse dar und basieren auf Daten von Ovum.

109 Vgl. OVK, MAC Mobile-Report, 2014/02, 10. September 2014; IAB Europe/IHS, AdEx Benchmark 2013, Juli 2014.

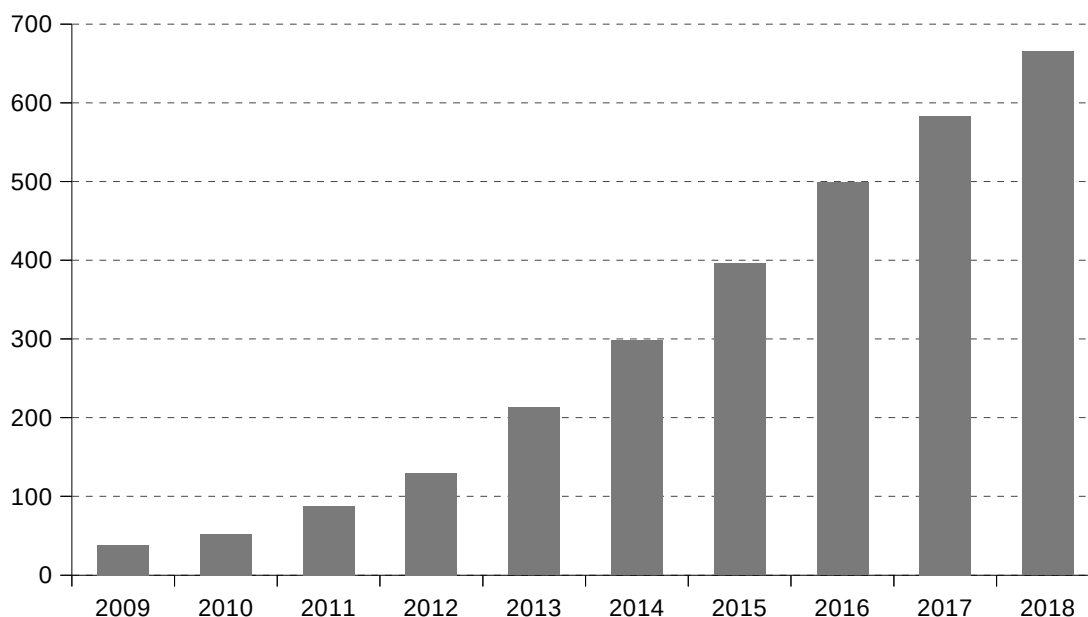
110 Vgl. IAB Europe/IHS, AdEx Benchmark 2012, August 2013; IAB Europe/IHS, AdEx Benchmark 2013, Juli 2014.

111 Vgl. IAB Europe/IHS, AdEx Benchmark 2013, Juli 2014.

112 Vgl. Busch, U., PwC-Studie. Mobile Werbung: Umsatz steigt bis 2017 auf 27 Milliarden Dollar an, Werben & Verkaufen, 05. Juni 2013, http://www.wuv.de/digital/mobile_werbung_umsatz_steigt_bis_2017_auf_27_milliarden_dollar_an, Abruf am 27. Februar 2015.

prognostiziert bis 2017 sogar ein globales Marktvolumen mobiler Werbung von USD 41 Mrd., wovon 17 Prozent auf Europa entfallen sollen.¹¹³ In Deutschland wird der Umsatz mit mobiler Werbung Schätzungen zufolge zwischen 2013 und 2018 jährlich um durchschnittlich 25,6 Prozent wachsen und in 2018 rund EUR 665 Mio. betragen.¹¹⁴ Sie stellt damit die am stärksten wachsende Form der Online-Werbung dar. Abbildung 4.2 zeigt die (erwartete) Marktentwicklung von 2009 bis 2018.

Abbildung 4.2: Marktentwicklung mobiler Werbung in Deutschland (in EUR Mio.)



Anm.: Bei den Angaben handelt es sich um Nettoerlöse

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf PwC, German Entertainment and Media Outlook: 2014-2018, Dezember 2014

4.2 Marktabgrenzung für Online-Werbeflächen

135. Ein viel diskutiertes Thema bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation im Bereich der Online-Werbung ist die Frage der Marktabgrenzung bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche. Konkret wird gefragt, ob der Online-Werbemarkt überhaupt einen eigenen, von anderen Mediengattungen getrennten Werbemarkt konstituiert, und falls ja, ob dieser weiter nach Werbeformen unterteilt werden muss. Im Folgenden soll die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, insbesondere der Europäischen Kommission, dargestellt und diskutiert werden. Die Ausführungen beschränken sich auf gewisse Tendenzaussagen, da konkrete Aussagen zur Marktabgrenzung immer nur einzelfallspezifisch und idealerweise anhand einer empirischen Untersuchung möglich sind.

136. Die Europäische Kommission ist in ihren bisherigen Entscheidungen davon ausgegangen, dass Online- und Offline-Werbung sachlich unterschiedliche Märkte darstellen. Dies macht sie vor allem an unterschiedlichen Charakteristika der Märkte fest.¹¹⁵ Dem-

¹¹³ Vgl. The Boston Consulting Group, The Connected World. The Mobile Internet Economy in Europe, Studie im Auftrag von Google, Dezember 2014, S. 16.

¹¹⁴ Vgl. PwC, German Entertainment and Media Outlook: 2014-2018, Dezember 2014. Die Angaben stellen Nettoerlöse dar und basieren auf Daten von Ovum.

¹¹⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M.4731 – Google/DoubleClick, Tz. 44 ff.; , Entscheidung vom 18. Februar 2010, M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business, Tz. 61; Entscheidung

nach ziele Online-Werbung stärker darauf, eine direkte Reaktion der Kunden zu erzielen, könne zielgenauer geschaltet und ihr Erfolg direkter gemessen werden. Zudem würden sich die Abrechnungsverfahren von Online- und Offline-Werbung unterscheiden. Während Online-Werbung eine Abrechnung anhand der konkreten Anzahl der Sichtkontakte ermögliche, müssten diese bei Offline-Werbung geschätzt werden.

137. Für den Bereich der Online-Werbung unterscheidet die Europäische Kommission darüber hinaus grundsätzlich zwischen suchgebundener und nicht suchgebundener Werbung, hat aber die Marktabgrenzung in den bisherigen Fällen offen gelassen. Konkret weist sie darauf hin, dass Suchwerbung vornehmlich dazu diene, Internetnutzer direkt zu den Webseiten der Werbetreibenden weiterzuleiten, während nicht suchgebundene Werbung zum Aufbau eines Markenbewusstseins eingesetzt werde. Zudem verfüge Suchwerbung über bessere Targeting-Möglichkeiten, wenngleich auch mittels nicht suchgebundener Werbung ein zunehmend besseres Targeting möglich sei. Es sei insofern eine Annäherung beider Werbeformen festzustellen, sodass diese aus Sicht der Werbetreibenden möglicherweise substituierbar seien. Aus Sicht der Webseiten-Betreiber seien beide Formen hingegen nicht austauschbar, sondern würden sich vielmehr gegenseitig ergänzen.¹¹⁶ Darüber hinaus prüfte die Europäische Kommission wiederholt, inwieweit mobile Werbung von anderer Online-Werbung abzugrenzen sei, nahm jedoch auch diesbezüglich letztlich keine abschließende Marktabgrenzung vor.¹¹⁷ Räumlich wurde der allgemeine Markt für Online-Werbung nach den Landes- bzw. Sprachgrenzen des Europäischen Wirtschaftsraums abgegrenzt.

138. Die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission für die Bereitstellung von Online-Werbefläche ist nicht unumstritten. Kritisiert wird beispielsweise, dass diese nicht auf den tatsächlichen Substitutionsbeziehungen, sondern vor allem auf Markteigenschaften beruhe. Dies sei jedoch nicht ausreichend, um getrennte Märkte anzunehmen. Die Europäische Kommission lasse vielmehr die entscheidende Frage offen, nämlich ob die einzelnen Werbeformen sich gegenseitig in der Preissetzung disziplinieren.¹¹⁸

139. Diese Kritik erscheint grundsätzlich gerechtfertigt. So basiert die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission unter anderem auf der Annahme, dass die Zielgenauigkeit der Werbeanzeigen ein zentrales Unterscheidungskriterium ist. Dies mag zwar für sich betrachtet stimmen. Allerdings bedeutet dies nicht, dass beide Werbeformen nicht miteinander im Preiswettbewerb stehen können. Vielmehr ist anzunehmen, dass die weniger zielgenaue Werbeform entsprechend preisgünstiger ist. Dies gilt prinzipiell unabhängig davon, ob in der Form Cost-per-Click oder Cost-per-Impression abgerechnet wird. Aus Sicht der Werbetreibenden sind letztlich die Erträge entscheidend, die sich durch die Werbung realisieren lassen, in Abhängigkeit von den dafür benötigten Investitionen (Return on Investment – ROI). Leidtragende eines schlechteren Targeting sind somit zuallererst die Anbieter dieser Werbeflächen, weil diese für die Schaltung einer Anzeige entsprechend schlechter vergütet werden.¹¹⁹ Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass es möglicherweise Nutzergruppen gibt, die nur über bestimmte Werbeflächen erreicht werden können und daher aus Sicht von Werbekunden nicht austauschbar sind.

vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/Whatsapp, Tz. 75, 79.

116 EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M.4731 – Google/DoubleClick, Tz. 54 f.

117 EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/Whatsapp, Tz. 78 f. und die dort (Tz. 74) zitierten früheren Entscheidungen.

118 Vgl. Ratliff, J.D./Rubinfeld, D.L., Online Advertising: Defining Relevant Markets, *Journal of Competition Law & Economics* 6(3), 2010, Fn. 72.

119 Vgl. ebenda, S. 680 ff.

140. Unabhängig von solcher Kritik ist darauf hinzuweisen, dass die dargestellte Weiterentwicklung oben genannter Werbeformen, insbesondere im Bereich der Display-Werbung, im Rahmen zukünftiger Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden Berücksichtigung finden sollte. Wie bereits erwähnt, ermöglichen diese neuen Technologien eine gezieltere und zum Teil sogar individuelle Ansprache einzelner Internetnutzer. Dies führt nicht nur dazu, dass die Anbieter von Werbeflächen aufgrund einer geringeren Bedeutung des Werbeumfelds stärker miteinander konkurrieren, sondern rückt Display-Werbung insgesamt näher in den Bereich der Suchwerbung. Diese Konvergenz sollte im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung berücksichtigt werden, zumal insbesondere die individuelle Ansprache der Nutzer bislang als wesentliches Abgrenzungsmerkmal betrachtet wurde. Dies gilt umso mehr, als die Europäische Kommission bereits in ihrer Entscheidung zu Google/DoubleClick darauf hingewiesen hatte, dass hinsichtlich der Wirksamkeit suchgebundener und nicht suchgebundener Werbung eine Annäherung stattfindet und aus Sicht der Werbetreibenden möglicherweise eine gewisse Substituierbarkeit zwischen beiden Formen bestehe.¹²⁰

141. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass sich auch Online- und Offline-Werbung weiter annähern und aus Sicht einiger Werbetreibenden zunehmend substituierbar werden. Dies erscheint zumindest vor dem Hintergrund des starken Wachstums der Online-Werbung im Vergleich zu vielen Formen der Offline-Werbung naheliegend. Aus ökonomischer Sicht ist insofern darauf hinzuweisen, dass eine Unterteilung des Werbemarktes nach Mediengattungen nur dann sinnvoll ist, wenn diese tatsächlich nicht substituierbar sind, etwa weil die beabsichtigte Werbewirkung und das Zielpublikum im Wesentlichen über ein bestimmtes Medium zu erreichen sind. Eine Studie für den schweizerischen Werbemarkt legt etwa nahe, dass einzelne Formen der Offline- und Online-Werbung durchaus substituierbar sind, sodass sich der sachlich relevante Werbemarkt aus Sicht der Werbetreibenden über mehrere Mediengattungen erstreckt.¹²¹ Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Substitutionsbeziehung in nur eine Richtung wirken kann. So kann beispielsweise Online-Werbung ein Substitut für Printwerbung, Printwerbung aber möglicherweise kein Substitut für Online-Werbung sein. Dies bestätigt nochmals die eingangs formulierte Notwendigkeit einer einzelfallspezifischen Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse.

142. Obige Überlegungen sollten bei der Abgrenzung eines Marktes für Online-Werbeflächen beachtet werden. Darüber hinaus ist für eine Beurteilung von Marktstellungen einzelner Unternehmen bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche zu berücksichtigen, dass diese als Intermediäre zwischen den Werbetreibenden und den Internetnutzern auftreten. Diese Zweiseitigkeit des Geschäftsmodells muss bei der Marktabgrenzung und der Beurteilung von Marktstellungen beachtet werden. So können vermeintlich hohe Anteile auf einer Plattformseite, in diesem Fall bei der Bereitstellung von Online-Werbefläche, für sich genommen nicht als Beleg für marktbeherrschende Stellungen herangezogen werden, da die Marktabgrenzung alle relevanten Plattformseiten berücksichtigen muss. Dies gilt ungeachtet der ohnehin eingeschränkten Aussagekraft von Marktanteilen. Auch wenn einzelne Anbieter von Online-Werbefläche für Werbetreibende von besonderer Bedeutung sind und diese über hohe Anteile bei einzelnen Werbetreibenden verfügen, ist insofern noch keine Aussage zur tatsächlichen wettbewerblichen Stellung dieser Unternehmen möglich.

¹²⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M. 4731 – Google/DoubleClick, Tz. 12, 53.

¹²¹ Vgl. Slembeck, T. u.a., Wettbewerbssituation im Schweizer Werbemarkt. Volkswirtschaftliche und kartellrechtliche Analyse der Entwicklungen im Schweizer Werbemarkt, Gutachten der ZHAW im Auftrag der KE Media, 2013, S. 41.

4.3 Potenzielle Wettbewerbsprobleme im Online-Werbemarkt

143. Im Folgenden werden einige potenzielle Wettbewerbsprobleme im Bereich der Online-Werbung aufgezeigt. Dabei ist zu beachten, dass einige dieser Ausführungen nur dann relevant sind, wenn ein Unternehmen tatsächlich über Marktmacht verfügt.

4.3.1 Exklusivverträge

144. In Verträgen zwischen Werbetreibenden und Anbietern von z. B. Werbeflächen werden – wie in anderen Bereichen auch – unterschiedlichste Vertragskonditionen zur Etablierung eines Geschäftsverhältnisses festgeschrieben. Kartellrechtlich problematisch können langlaufende oder besondere restriktive Exklusivverträge sein.¹²² Dies ist z. B. der Fall, wenn Werbeplattformen den Werbepartnern vertragliche Beschränkungen im Hinblick auf die Übertragbarkeit von Werbekampagnen auf konkurrierende Plattformen und in Hinblick auf das plattformübergreifende Management von Werbekampagnen auferlegen.

145. Derartige Exklusivverträge können zu einer künstlichen Erhöhung der Wechselkosten von Werbetreibenden führen und deren Möglichkeit zum Multihoming, also zur gleichzeitigen Nutzung mehrerer Werbeplattformen, einschränken. Hierdurch wird zum einen die Wettbewerbsintensität zwischen den einzelnen Werbeplattformen reduziert. Zum anderen kann der Lock-in der Werbetreibenden bei einem Anbieter von Werbeflächen zu höheren Preisen führen. Eine Marktverschließung infolge eines erschwerten Wechsels des Vertragspartners dürfte insbesondere dann naheliegen, wenn es sich – wie bei vielen werbefinanzierten Plattformen – um einen von Netzwerkeffekten geprägten Markt handelt, den ein beherrschendes Unternehmen durch sein Verhalten zu seinen Gunsten „kippen“ bzw. auf dem es seine Stellung festigen kann.¹²³

4.3.2 Bündelung von Werbeflächenangeboten und benachbarten Leistungen

146. Das Geschäftsmodell von mehrseitigen Plattformen ist darauf ausgelegt, alle relevanten Plattformseiten einzubeziehen. Die Qualität des den Nutzern angebotenen Dienstes ist Voraussetzung dafür, die Plattform für Werbekunden attraktiv zu machen und Umsätze zu erzielen. Eine eher geringe Bindung der Nutzer und Werbekunden an eine bestimmte Plattform bringt das Risiko mit sich, dass der Plattformbetreiber Marktanteile relativ kurzfristig verlieren bzw. gewinnen kann. Dabei kommt der Attraktivität der Plattform aus Nutzersicht regelmäßig eine entscheidende Bedeutung im Wettbewerb zu.

147. Zugleich bestehen Anreize, Werbekunden z. B. durch vertragliche Gestaltung an die Plattform zu binden. Dies kann dadurch geschehen, dass der Plattformbetreiber das Angebot von Werbeflächen über verschiedene Dienste oder für verschiedene Geräte soweit möglich gemeinsam vermarktet (Bündelung).

148. Inwieweit die Bündelung verschiedener Werbemöglichkeiten eine Bündelung verschiedener Produkte oder schlicht eine Weiterentwicklung bestehender Produkte darstellt, kann im Einzelfall schwer feststellbar sein. So lässt sich eine gewisse Konvergenz des Produkt- und Dienstleistungsangebots in den Online-Werbemärkten feststellen. So

¹²² Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 129 ff., insbesondere Tz. 133 (dort zu sogenanntem „Markenzwang“).

¹²³ Kommission, Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 20, 36.

gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Annahme getrennter Such- und Displaywerbemarkte inzwischen überholt sein könnte.¹²⁴ Allerdings kann es weiter Werbeflächen geben, die wegen ihrer Anbindung an bestimmte Dienste und der damit verbundenen Attraktivität allgemein oder für besondere Nutzergruppen aus Sicht von Werbekunden nicht austauschbar sind (z. B. Werbung auf einer Suchseite mit solcher in einem sozialen Netzwerk). Ferner kommt es zu einer Vermischung von Funktionen innerhalb der Wertschöpfungskette des Display-Werbemarktes.

149. Die von einem Plattformbetreiber angebotenen Dienste können im Fall einer gesonderten Nachfrage zunächst untereinander gebündelt werden, um nur ein kombiniertes Produkt anzubieten. Ebenso können grundsätzlich alle Plattformbetreiber, die Werbeflächen vermarkten, Werbeplätze für einzelne Gerätetypen oder bestimmte Nutzerdienste (im Fall von Google z. B. Youtube) bündeln, für die eine gesonderte Nachfrage besteht.

150. Als Bündelungsmittel können Werbeprodukte für verschiedene Dienste in einem Gesamtprodukt verbunden werden, das einheitlich vermarktet wird oder bei dem den Werbekunden bei Abnahme des gebündelten Angebots ein Rabatt eingeräumt wird. Alternativ können Werbeplätze für unterschiedliche Gerätetypen gemeinsam vermarktet werden.

151. Die Bündelung verschiedener Werbeformen kann aus wirtschaftlicher Sicht positiv zu bewerten sein, wenn die Bündelung für die Werbekunden einen Mehrwert darstellt, der ihnen in anderer Form nicht erschlossen werden kann. Bei funktionierendem Wettbewerb stellt nur eine mit einem Mehrwert für die Werbekunden verbundene Bündelung einen Wettbewerbsvorteil für den Plattformbetreiber dar.

152. Dagegen ist die Situation weniger eindeutig, wenn ein funktionierender Wettbewerb nur eingeschränkt besteht. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Plattformbetreiber marktbeherrschend ist. In einer solchen Situation bestehen Anreize für den Plattformbetreiber, den mit der Marktbeherrschung einhergehenden Verhaltensspielraum zur Gewinnmaximierung einzusetzen. Dies kann dadurch geschehen, dass der Anbieter entweder sein Angebot von Dienstleistungen innerhalb der Wertschöpfungskette oder das Angebot an Werbeflächen gezielt bündelt, um so die Nachfrage künstlich bei sich zu konzentrieren. Dies kann es ihm ermöglichen, zum eigenen Vorteil auch nicht wettbewerbsfähige Dienste einzubinden.

153. Eine im Rechtssinne missbräuchliche Bündelung setzt voraus, dass das Unternehmen hinsichtlich des bündelnden Produkts marktbeherrschend ist. Das gebündelte Produkt muss ein getrenntes Produkt sein, keine bloße Produkterweiterung.¹²⁵ Die Produkte müssen effektiv gebündelt werden, sodass Nachfrager sie zusammen und nicht lediglich nach Bedarf einzeln abnehmen. Die Bündelung muss eine Ausschlusswirkung haben und ist selbst dann nur missbräuchlich bei Leistungen, „die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“ (Art. 102 lit. d AEUV). Schließlich können überwiegende Effizienzen einen Missbrauch ausschließen.¹²⁶

154. Das Missbrauchspotenzial durch Bündelung ist angesichts der insgesamt sehr dynamischen und unklaren Marktentwicklung kaum abzuschätzen. Angesichts der Tatsache,

¹²⁴ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 11. August 2008, M.4731 – Google/DoubleClick zur bisherigen Abgrenzung von Online-Werbemärkten.

¹²⁵ Vgl. EuG, Urteil vom 17. September 2007, T- 201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, Rz. 918 ff.

¹²⁶ Eine Ausnahme gilt, wenn der Handelsbrauch durch das beherrschende Unternehmen selbst begründet worden ist; vgl. EuG, Urteil vom 6. Oktober 1994, T-83/91 – Tetra Pak, Slg. 1994, II-755, Rz. 137.

dass die meisten erfolgreichen Internetplattformen – abgesehen von Handelsplattformen – ihre Dienste im Wesentlichen über Werbung finanzieren, lässt sich aber auch nicht ausschließen, dass ein auf der Werbeseite marktbeherrschender Plattformbetreiber erhebliche Anreize haben kann, diese Marktmacht durch Bündelung zu festigen und zu erweitern.

155. Derartige Praktiken eines marktbeherrschenden Plattformbetreibers dürften geeignet sein, eine im Einzelfall nicht unerhebliche wettbewerbsausschließende Wirkung zu entfalten. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass Werbekunden unter Umständen recht weitgehend bereit sind, Bündelungen hinzunehmen, da sie es so vermeiden können, einen neu am Markt angebotenen Dienst mit unklaren Erfolgsaussichten zu nutzen. Dies kann zu einer spürbaren Behinderung neuer Dienste führen. Zugleich sind Ausbeutungswirkungen nicht auszuschließen, denn die Werbekunden haben unter Umständen nur Bedarf an Werbung für bestimmte Nutzerdienste oder auf bestimmten Gerätetypen.

156. Eine Bündelung mehrerer Werbeprodukte zur Hebelung von Marktmacht dürfte sich auch nicht ohne Weiteres aus Effizienzerwägungen rechtfertigen lassen, denn die Werbekunden zahlen letztlich mehr, als wenn sie zwischen konkurrierenden Werbeprodukten wählen könnten oder als angesichts ihres spezifischen Bedarfs eigentlich zu rechtfertigen wäre.

4.3.3 Verknappung von Werbeplätzen

157. Ein potenzielles Wettbewerbsproblem mit Blick auf die Online-Werbung ist die Möglichkeit, dass Anbieter von Werbeflächen diese Flächen verknappen, um dadurch ihre Werbeerlöse zu maximieren. Dies kann dazu führen, dass eine weiter bestehende Nachfrage nicht mehr oder nur noch zu langfristig höheren Preisen gedeckt wird.¹²⁷

158. Anbieter von Werbeflächen stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Verknappung ihrer Werbefläche zur Verfügung, wobei in der Praxis beide Varianten häufig in Kombination auftreten dürften. Zum einen kann die Anzahl der verfügbaren Werbeplätze direkt in Form einer Mengensteuerung limitiert werden, indem eine begrenzte Anzahl an Werbeplätzen vorab festgesetzt wird. Zum anderen kann die Anzahl der Werbeplätze durch die Setzung von Reservationspreisen im Rahmen einer Auktionierung begrenzt werden. Der Reservationspreis ist der Mindestpreis, den Werbekunden für die Schaltung der Werbeanzeigen entrichten müssen. Ein Unterschreiten des Reservationspreises führt somit zu einer Verknappung von Werbeflächen.

159. Mit Blick auf die Auktionierung von Suchwerbung zeigen modelltheoretische Analysen, dass der optimale Reservationspreis positiv ist.¹²⁸ Geben Werbetreibende Gebote unterhalb des von den Unternehmen gesetzten positiven Reservationspreises ab, kann es somit grundsätzlich zu einer Verknappung von Werbeplätzen kommen. Weitere theoretische Arbeiten zeigen, dass ein positiver Reservationspreis wohlfahrtssteigernd sein kann, da durch diesen Werbung blockiert wird, bei der die Konsumenten mit zu geringer Wahrscheinlichkeit ihr Produkt finden. Gleichzeitig kann ein gewinnmaximierender Re-

¹²⁷ EU-Kommission, Entscheidung vom 26. November 2008, 39.388 u. 39.399 – Deutscher Stromgroßhandelsmarkt und Deutscher Regelenergiemarkt, Tz. 28 ff.; Entscheidung vom 12. April 1999, 30.373 u. 37.143 – P & I Clubs Pooling Agreement, ABl. L 125 vom 19. Mai, S. 12, Tz. 128; Entscheidung vom 16. September 1999, 35.134 – Trans-Atlantic Conference Agreement, ABl. L 95 vom 9. April 1999, S. 1, Tz. 554.

¹²⁸ Vgl. Gomes, R./Sweeney, K., Bayes-Nash equilibria of the generalized second-price auction, *Games and Economic Behavior* 86, 2014, S. 421–437.

servationspreis unter bestimmten Bedingungen aber auch Konsumenten und Werbetreibende schlechter stellen.¹²⁹

160. Grundsätzlich ist die Setzung von Reservationspreisen im Rahmen des Revenue Management von Unternehmen als normales Geschäfts- bzw. Wettbewerbsverhalten zu beurteilen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht kann eine Verknappung von Werbeplätzen allerdings dann problematisch sein, wenn Unternehmen über Marktmacht verfügen und beispielsweise durch die Setzung überhöhter Reservationspreise die Anzahl der Werbeplätze über ein wettbewerbliches Maß hinaus beschränken können. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn ein Unternehmen Werbetreibenden Werbeplätze zur Verfügung stellen kann, die aus ihrer Sicht nicht durch Werbeplätze bei anderen Anbietern substituierbar sind, etwa weil eine bestimmte Kundengruppe nur über diesen Anbieter zu erreichen ist. Da die Werbekunden hierdurch Werbeanzeigen nur noch zu höheren Preisen schalten könnten, dürfte in einem solchen Fall die Verknappung von Werbeplätzen einen Ausbeutungsmissbrauch darstellen. Die Feststellung und Sanktionierung eines solchen missbräuchlichen Verhaltens dürfte jedoch nur schwerlich möglich sein, da sich kaum bestimmen lassen dürfte, welche Anzahl an Werbeflächen optimal und welche Verknappung entsprechend missbräuchlich ist.

4.3.4 Konzentration werberelevanter Daten

161. Wettbewerbsprobleme im Bereich der Online-Werbung können aus der zunehmenden Bedeutung von Daten für die gesamte Wertschöpfungskette hervorgehen. Problematisch könnte in diesem Zusammenhang insbesondere eine Konzentration von werberelevanten Daten bei einzelnen Unternehmen sein – ungeachtet möglicher datenschutzrechtlicher Erwägungen. Denn soweit die Qualität und Quantität von Daten immer mehr zum erfolgskritischen Faktor für die Schaltung zielgerichteter Werbung werden, kann eine Konzentration in diesem Bereich erhebliche wettbewerbliche Rückwirkungen auf den Online-Werbemarkt haben. Dies gilt insbesondere dann, wenn einzelne Unternehmen exklusiven Zugriff auf besonders relevante Datenmengen haben, etwa aufgrund der direkten Interaktion mit dem Nutzer.

162. Inwieweit bereits heute eine aus wettbewerblicher Sicht problematische Konzentration werberelevanter Daten in einzelnen Bereichen der Online-Werbung existiert, ist aufgrund fehlender öffentlich verfügbarer Daten nicht abzuschätzen. Die Europäische Kommission hat im Fall Facebook/WhatsApp anhand der Angaben eines externen Anbieters zur Illustration darauf hingewiesen, dass Google mit ca. 33 Prozent den größten Anteil an der Sammlung von Nutzerdaten hat, gefolgt von Facebook mit ca. 6,4 Prozent.¹³⁰ Allerdings wurden diese Daten weder zum Zwecke des betrachteten Falls erhoben, noch liegt ihnen eine wettbewerbliche Marktabgrenzung, etwa hinsichtlich der Bereitstellung von Nutzerdaten für die Schaltung von Online-Werbung, zugrunde. Dementsprechend mögen die Angaben zwar verdeutlichen, dass einige Unternehmen bei der Sammlung von Nutzerdaten besonders aktiv sind und insoweit eine gewisse Konzentration in diesem Bereich besteht. Wettbewerbspolitische Aussagen sind auf dieser Basis jedoch nicht möglich. Hierfür müsste geprüft werden, welche der gesammelten Daten für die Schaltung von Werbeanzeigen genutzt werden können und für welche

¹²⁹ Vgl. Athey, S./Ellison, G., Position Auctions with Consumer Search, *The Quarterly Journal of Economics* 126(3), 2011, S. 1213–1270.

¹³⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 188. Die Angaben basieren auf Daten des Ghostery Panel, die von Januar bis März 2013 erhoben wurden, und zeigen die Häufigkeit, mit der Teilnehmer des Panels mit unterschiedlichen Tracking-Anwendungen interagiert haben.

Wertschöpfungsstufe diese von besonderer Relevanz sind. Hiervon ausgehend müsste dann die Verteilung der jeweils relevanten Daten auf die einzelnen Marktteilnehmer untersucht werden.

163. Unabhängig von dem tatsächlichen Ausmaß erscheinen Wettbewerbsprobleme aufgrund einer zunehmenden Datenkonzentration z. B. mit Blick auf die den Werbetreibenden und Publishern zwischengeschalteten, insbesondere im Real-Time-Advertising aktiven Plattformen für den automatisierten Kauf und Verkauf von Werbeflächen möglich. So kann etwa die Fähigkeit einzelner Plattformanbieter, zielgenauere Anzeigen aufgrund eines größeren Datenbestands zu vermitteln, dazu führen, dass diese sowohl mehr Werbetreibende als auch mehr Anbieter von Werbeflächen auf sich vereinen können. Hiermit würde die Möglichkeit zur Sammlung zusätzlicher werberelevanter Daten einhergehen, womit wiederum mehr Werbetreibende und Webseiten-Betreiber angezogen werden könnten. Sofern eine solche Wirkungskette, basierend auf Netzwerkeffekten, auf einzelnen Wertschöpfungsstufen der Online-Werbung besteht, erscheint in diesen Bereichen die Herausbildung weniger dominanter Anbieter grundsätzlich möglich. Mögliche Datenkonzentrationen sollten insofern vor dem Hintergrund potenzieller Wettbewerbsprobleme beobachtet und im Rahmen kartellrechtlicher Verfahren mit Bezug zur Online-Werbung näher untersucht werden.

4.3.5 Unterschiedliche Datenschutzstandards

164. Wie dargestellt, ist die Erhebung und Verarbeitung auch personenbezogener Daten für die Werbewirtschaft zur Schaltung zielgenauer Werbung von hoher Bedeutung. Einen potenziell wettbewerbsverzerrenden Faktor stellen insofern international uneinheitliche und unterschiedlich strenge Datenschutzstandards dar, die Unternehmen die Nutzung von Daten zum Zwecke der Online-Werbung in unterschiedlichem Umfang gestatten und damit deren Marktmöglichkeiten in unterschiedlicher Weise begrenzen. Diesbezüglich wird häufig auf das im Vergleich zu US-amerikanischen Standards strengere deutsche Datenschutzrecht verwiesen, welches sich als Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen erweise.

165. Aus Wettbewerbssicht sind einheitliche Datenschutzstandards für den für viele Geschäftsmodelle zentralen Online-Werbemarkt grundsätzlich sinnvoll, um internationale Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.¹³¹ Darüber hinaus ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die relative Strenge des Datenschutzrechts Einfluss auf die Effizienz und Struktur des Werbemarktes haben kann. Insbesondere können im Rahmen eines besonders strengen Datenschutzrechts einzelne Formen der Werbeansprache, die in besonderer Weise auf Daten zurückgreifen, wie z. B. das Audience oder Real-Time-Advertising, beeinträchtigt werden. Dies kann wiederum Rückwirkungen auf den Wettbewerb im Bereich der Online-Werbung haben. Zwar ist es nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts oder des Gesetzgebers, einzelne Geschäftsmodelle zu schützen, insbesondere wenn diese auf möglicherweise ungewollten Verhaltensweisen, wie einem übermäßigen Sammeln von Nutzerdaten, basieren. Gleichwohl sollten negative Wettbewerbswirkungen im Rahmen einer möglichen Verschärfung von Datenschutzregelungen – etwa durch die geplante europäische Datenschutz-Grundverordnung – zumindest berücksichtigt werden.

166. Ein Beispiel hierfür ist das Modell der pseudonymen Datenverarbeitung, wie es in Deutschland existiert. Dieses Modell ermöglicht die Verarbeitung werberelevanter Da-

¹³¹ Siehe hierzu Tz. 93 ff.

ten auch ohne die direkte Einwilligung der Nutzer. Für viele Unternehmen der Online-Werbebranche ist dieses Modell essenziell, da sie über keinen direkten Kontakt zu Internetnutzern verfügen, um eine Einwilligung zur Datenverarbeitung überhaupt einzuholen. Ein Wegfall dieser Möglichkeit der Datenverarbeitung bzw. das Erfordernis eines expliziten Opt-in von Internetnutzern könnte zum Marktaustritt von Marktteilnehmern führen, denen eine direkte Nutzeransprache kaum noch möglich wäre. Profitieren könnten hiervon möglicherweise Werbeunternehmen bzw. Dienste, die eine Registrierung erfordern und im Rahmen ihrer AGB die Zustimmung zu einer noch umfangreicheren Datennutzung zu Werbezwecken einholen können. Mögliche Folgen wären eine stärkere Marktkonzentration in einzelnen Bereichen der Online-Werbung sowie eine zunehmende Verbreitung von Registrierungsportalen.

4.3.6 Unterschiedliche Werberegulierung von Mediengattungen

167. Bei der Schaltung von Werbung bestehen sowohl für internetbasierte Medien (sogenannte Telemedien) als auch für nicht internetbasierte (im Folgenden: konventionelle) Medien regulatorische Einschränkungen. Insbesondere besteht ein sogenanntes Trennungsgebot von redaktionellen Inhalten und Werbung. Für internetbasierte Medien ist dieses in § 58 Abs. 1 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) sowie § 6 Abs. 1 Nr. 1 Telemediengesetz (TMG) festgeschrieben, für konventionelle Rundfunkmedien in § 7 Abs. 3 RStV. Darüber hinaus existieren für konventionelle Rundfunkmedien z. B. Vorgaben zur maximal zulässigen Dauer von Werbung (§ 7a Abs. 3, §§ 16, 45 RStV). Ziele der Werberegulierung sind zum einen, ein Übermaß an Werbung im (privatrechtlichen) Fernsehen zu verhindern, und zum anderen den inhaltlichen Zusammenhang von Sendungen zu schützen bzw. eine Irreführung von Verbrauchern zu vermeiden.

168. Vor dem Hintergrund der stärkeren Regulierung konventioneller Rundfunkmedien und der seit Jahren zunehmenden Verlagerung des Mediengeschehens ins Internet sind Forderungen aufgekommen, die Werberegulierung konventioneller Medien zurückzuführen und insbesondere quantitative Werbebestimmungen aufzuheben. Teilweise wird auch gefordert, entsprechende Regelungen für rein internetbasierte Medien zu schaffen.

169. Die Monopolkommission hat sich zuletzt in ihrem XVI. Hauptgutachten zur Medienregulierung geäußert.¹³² Bereits in diesem Gutachten hatte sie sich für eine Lockerung bzw. Aufhebung der Werbezeitregulierung ausgesprochen, um einer Benachteiligung des werbefinanzierten privatrechtlichen Fernsehens gegenüber dem öffentlich-rechtlichen sowie dem Bezahlfernsehen zu begegnen. Sie begründete dies damit, dass Zuschauer bei einem Übermaß an Werbung auf alternative Angebote ausweichen würden und die Sender ein Eigeninteresse daran hätten, die Zuschauer nicht durch ein Übermaß an Werbung zu verlieren.¹³³

170. Die Monopolkommission wiederholt an dieser Stelle ihre damaligen Empfehlungen, die Werbezeitregulierung in konventionellen Rundfunkmedien zu lockern bzw. aufzuheben. Hierdurch könnten bestehende Wettbewerbsnachteile konventioneller Rundfunkmedien bei der Schaltung von Werbung gegenüber reinen internetbasierten Medien reduziert werden. Eine Ausweitung der bestehenden Werbezeitregulierung auf reine Internetmedien ist hingegen nicht angezeigt.

¹³² Vgl. Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 823; ferner Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Baden-Baden 1998, Tz. 538 ff.

¹³³ Vgl. Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 823.

4.3.7 *Fehlende Kooperationsmöglichkeiten zur Erzielung von Reichweite?*

171. Ein Aspekt, der für den Wettbewerb zwischen Anbietern von Online-Werbefläche im Internet von besonderer Bedeutung ist, ist die zu erzielende Reichweite der Angebote. Die Reichweite der einzelnen Onlinedienste ist für Werbetreibende von zentraler Bedeutung für die Verteilung ihrer Werbegelder auf einzelne Online-Werbeträger. Um möglichst viele Nutzer zu erreichen, fließt das Gros dieser Gelder in reichweitenstarke Portale, die hierdurch ihre Produkte weiter verbessern oder bessere Inhalte anbieten und ihre Reichweite weiter ausbauen können. Die Reichweite der Online-Portale stellt insofern einen zentralen Wettbewerbsfaktor dar, der zuweilen auch als Markteintrittsbarriere gesehen wird. Um Anbietern die Erzielung einer größeren Reichweite zu ermöglichen, wird daher zuweilen gefordert, mehr Kooperationen von Inhaltenanbietern zuzulassen, damit diese Reichweite bündeln und eine kritische Größe erreichen können.

172. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang etwa auf das durch das Bundeskartellamt untersagte Gemeinschaftsunternehmensprojekt „Amazonas“, einer gemeinsamen Video-on-Demand-Plattform der RTL interactive GmbH und der ProSiebenSat.1 Media AG.¹³⁴ Konkret hatten die beiden Medienunternehmen den Aufbau einer gemeinsamen Plattform zum Abruf der Programminhalte beider Sendergruppen geplant. Hierdurch wäre es ihnen unter anderem möglich gewesen, eine höhere Kundenreichweite zu erzielen und damit für Werbetreibende attraktiver zu werden. Das Kooperationsvorhaben wurde vom Bundeskartellamt jedoch unter anderem deshalb untersagt, weil die Sendergruppen über ein marktbeherrschendes Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt verfügten. Diesem Markt sei auch die sogenannte "In-Stream-Videowerbung" zuzurechnen, also solche Werbung, die in über das Internet gestreamten Videos angezeigt wird.

173. An der Entscheidung des Bundeskartellamtes wurde von den Unternehmen unter anderem die vorgenommene Marktabgrenzung kritisiert. Die betroffenen Anbieter würden mittlerweile mit internationalen Online-Diensten, wie z. B. dem Video-Portal YouTube, konkurrieren. Eine Marktabgrenzung anhand des deutschen Fernsehwerbemarktes sei somit zu eng. Die Monopolkommission hatte die Untersagung des Bundeskartellamtes in ihrem XIX. Hauptgutachten für begründet gehalten, da diese mit Wettbewerbsbeschränkungen einhergegangen wäre.¹³⁵ Sie hat sich in diesem Rahmen allerdings nicht direkt zur kritisierten Marktabgrenzung geäußert.

174. Unabhängig vom konkreten Einzelfall zeigt die Auseinandersetzung um die Video-on-Demand-Plattform „Amazonas“, dass in der Vergangenheit berechnete Marktabgrenzungen für konventionelle Märkte (außerhalb des Internets) im Internetzeitalter möglicherweise überdacht werden müssen. So kann durchaus hinterfragt werden, ob eine Marktabgrenzung, die sich auf den deutschsprachigen TV-Werbemarkt beschränkt, in Anbetracht der zunehmenden Verlagerung des Mediengeschehens ins Internet den relevanten Markt möglicherweise zu stark einengt. Allerdings lassen sich diesbezüglich keine allgemeingültigen Aussagen treffen. Stattdessen bedarf es, wie bereits an anderer Stelle dargelegt, einer konkreten Prüfung des Einzelfalls und bestehender Substitutionsbeziehungen (insbesondere indirekter Netzwerkeffekte).¹³⁶

¹³⁴ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 – „Amazonas“.

¹³⁵ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 733 ff.; ferner siehe zu diesem Fall auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1051 ff.

¹³⁶ In ökonomischer Hinsicht siehe hierzu Kapitel 2, in juristischer Hinsicht siehe ferner Tz. 471.

5. Suchmaschinen

175. Suchmaschinen spielen eine zentrale Rolle einerseits für Internetnutzer, die nach Informationen suchen, und andererseits für Webseitenbetreiber, deren Inhalte durch Suchmaschinen leichter auffindbar werden, sowie für Online-Werbetreibende, die zielgerichtete Suchwerbung schalten. Seit seinen Anfängen in den 1990er Jahren ist der Markt für Online-Suche zum umsatzstärksten Markt im Internet geworden.¹³⁷ Im Jahr 2013 lag der weltweite Umsatz mit Suchmaschinenwerbung bei über USD 48 Mrd. und es wird erwartet, dass der Markt weiter an wirtschaftlicher Bedeutung gewinnen wird.¹³⁸

176. Die hohe Bedeutung des Suchmaschinenmarktes spiegelte sich nicht zuletzt in dem großen Interesse einer breiten Öffentlichkeit an den kartellrechtlichen Untersuchungen der Europäischen Kommission wider. Diese hat im Jahr 2010 ein Prüfungsverfahren gegen den Suchmaschinenbetreiber Google Inc. wegen des möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in der Online-Suche eingeleitet.¹³⁹ Zu den Beschwerdeführern gehören neben der französischen Suchmaschine Ejustice.fr, dem Preisvergleichsportaal Foundem und dem Microsoft-Portal Ciao auch die Verbände der deutschen Zeitungs- und Zeitschriftenverleger, Axel Springer und die Deutsche Telekom. Konkret werden die folgenden vier Geschäftspraktiken von Google untersucht:

- die Bevorzugung eigener spezialisierter Suchdienste in den Online-Suchergebnissen von Google gegenüber Links zu konkurrierenden spezialisierten Suchdiensten;
- die unautorisierte Verwendung von Inhalten Dritter in den spezialisierten Suchdiensten;
- Vereinbarungen, die Webseitenbetreiber dazu zwingen, ihren gesamten oder den Großteil ihres Bedarfs an Suchmaschinenwerbung über Google zu decken; und
- vertragliche Beschränkungen im Hinblick auf die Übertragbarkeit von Suchmaschinen-Werbekampagnen auf konkurrierende Plattformen für Suchmaschinenwerbung und das plattformübergreifende Management von Suchmaschinen-Werbekampagnen.

177. Bisher scheint es nicht gelungen zu sein, durch Verpflichtungszusagen seitens Google alle Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen. Besonders kritisch werden Vorschläge bezüglich der Bevorzugung eigener Dienste diskutiert.¹⁴⁰ In einer Resolution an die EU-Kommission schlug das Europäische Parlament vor dem Hintergrund, dass sich „Suchmaschinen [...] zu Gatekeepern entwickeln und über die Möglichkeit verfügen können, die bezogenen Informationen kommerziell weiter zu verwerten“, vor, „Suchmaschinen von anderen kommerziellen Diensten abzukoppeln“.¹⁴¹ Die Resolution hat rein empfehlenden Charakter und ist somit für die EU-Kommission nicht bindend.

¹³⁷ Nach Einschätzung von Statista und LSP Digital war das Segment Suche noch vor Reisevermittlung und Kleinanzeigen der umsatzstärkste Internet-Markt in Deutschland im Jahr 2013.

¹³⁸ Vgl. PwC, <http://www.pwc.com/gx/en/global-entertainment-media-outlook/assets/2014/internet-advertising.pdf>, Abruf am 26. März 2015.

¹³⁹ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung IP/10/1624 vom 30. November 2010.

¹⁴⁰ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilungen IP/13/371 vom 25. April 2013 und IP/14/116 vom 5. Februar 2014.

¹⁴¹ Vgl. Europäisches Parlament, Punkt 15 der Entschließung vom 27. November 2014 zur Stärkung der Verbraucherrechte im digitalen Binnenmarkt (2014/2973(RSP)).

178. Auch aus der deutschen Politik waren kritische Stimmen speziell über Google zu hören, die in einen parteiübergreifenden Brief mehrerer Bundesminister an die EU-Kommission mündeten. Der Brief enthält Vorschläge für eine über das Missbrauchsverbot hinausgehende Regulierung von marktmächtigen Plattformbetreibern: (i) die Verpflichtung zur unentgeltlichen Wiedergabe von Konkurrenzangeboten, (ii) die Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu allen Inhalten mit effektiver Missbrauchskontrolle und (iii) die Einführung des Prinzips der „Plattformneutralität“.¹⁴²

5.1 Zur Funktionsweise allgemeiner Suchmaschinen

179. Die grundlegende Funktion einer Suchmaschine besteht darin, Nutzern das Auffinden von Informationen im Internet zu erleichtern. In Anbetracht der Menge der im Internet verfügbaren Informationen kommt Suchmaschinen eine maßgebliche Rolle als Informationsintermediär zu. Entsprechend hat der Bundesgerichtshof in der Paperboy-Entscheidung festgestellt, dass „ohne die Inanspruchnahme von Suchdiensten [...] die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im World Wide Web praktisch ausgeschlossen [wäre].“¹⁴³ Mitunter wird aus dieser Rolle als Informationsintermediär eine darüber hinausgehende Verantwortung im medienrechtlichen Sinne abgeleitet, da Suchmaschinen den Zugang zu Informationen im Internet in ähnlicher Weise beeinflussen können wie klassische Medien.¹⁴⁴

180. Da Suchleistungen in der Regel unentgeltlich angeboten werden, konkurrieren Suchdienste vor allem über ihre Qualität. Diese wird typischerweise an der Relevanz der Suchergebnisse für den Nutzer gemessen. Weitere Qualitätsfaktoren sind die Geschwindigkeit, mit der Suchergebnisse bereitgestellt werden und das Design der Benutzeroberfläche. Die meisten allgemeinen Suchmaschinen setzen auf eine einfach gestaltete Oberfläche, die vorsieht, Suchbegriffe in ein entsprechendes Suchfeld einzugeben. Die Suchmaschine Yahoo! setzt im Gegensatz dazu auf ein Portal-Modell, bei dem Nutzern bereits vor einer möglichen Suchanfrage Informationen z. B. zu aktuellen Nachrichten oder dem Wetter angezeigt werden.

181. Suchdienste nutzen Programme wie „Web Crawler“ oder „Spider“, die Daten und Inhalte von Webseiten Dritter automatisiert kopieren und für die spätere Verwendung speichern. Aus den so gesammelten Informationen wird ein Webindex erstellt, in dem jeder kopierten Internetadresse (URL) eine Reihe von Wörtern zugeordnet und auf den später bei der Beantwortung von Suchanfragen zurückgegriffen wird. Dabei bestimmt die Häufigkeit, mit der das World Wide Web gecrawlt wird, über die Aktualität und damit auch die Qualität der Suchergebnisse. Die Sucheingabe eines Nutzers führt dazu, dass ein Suchalgorithmus den Webindex nach relevanten Webseiten durchsucht und die Treffer entsprechend in einer Reihenfolge darstellt (Ranking). Dabei wird eine Fülle von Faktoren („Signals“) berücksichtigt, die im Einzelnen von Suchmaschine zu Suchmaschine variieren. Übliche Faktoren sind: (i) Die Häufigkeit und Stelle, an der ein Suchbegriff auf einer Webseite zu finden ist, (ii) die Verlinkung einer Webseite mit anderen Seiten, (iii) allgemein der Inhalt einer Seite und benachbarter Seiten. Außerdem werden seitens der Suchmaschinenbetreiber (iv) Gegenmaßnahmen ergriffen, die einer unge-

¹⁴² Vgl. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gemeinsames-Schreiben-Digitale-Agenda_DE.pdf?__blob=publicationFile, S. 6, Abzuruf am 26. März 2015.

¹⁴³ BGH, Urteil vom 17. Juli 2003, I ZR 259/00-paperboy, S. 25.

¹⁴⁴ Vgl. Paal, B.P., Rechtsstudie zu Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, 2012, S. 8 f.

wünschten Beeinflussung der Suchanzeige durch Webseitenbetreiber entgegenwirken sollen.

182. Google, Bing oder Yahoo! werden auch als allgemeine oder horizontale Suchmaschinen bezeichnet, da sie Suchergebnisse für alle Arten von Suchanfragen liefern können. Relevante Webseiten werden dem Nutzer als sogenannte organische oder natürliche Suchtreffer auf der Ergebnisseite angezeigt. Parallel zur Anzeige von organischen Suchergebnissen verläuft bei werbefinanzierten Suchmaschinen die Anzeige von Suchwerbung.¹⁴⁵ Neben horizontalen Suchmaschinen können Suchanfragen zu bestimmten Kategorien wie Bildern, Videos oder Nachrichten auch durch spezialisierte (vertikale) Suchmaschinen beantwortet werden, die typischerweise auf einen entsprechenden Bilder-, Video- oder Nachrichten-Index zurückgreifen. Darüber hinaus gibt es weitere Webseiten, die Suchen in bestimmten Kategorien ermöglichen. Beispielsweise liefert Amazon Informationen zu Produkten oder Facebook Informationen zu Personen.

183. Je nach Suchanfrage werden vermehrt Ergebnisse spezialisierter Suchdienste in die Ergebnisanzeige allgemeiner Suchdienste eingebunden. Im Rahmen dieser „universellen“ Suche werden weitere relevante Informationen, wie Kartenausschnitte oder Bilder angezeigt. So liefert etwa die Suchanfrage „Wetter Bonn“ nicht nur Links zu Webseiten von Wetterdiensten, sondern auch direkt Informationen zum Wetter in Bonn in einem gesonderten Anzeigenfeld oberhalb der organischen Suchtreffer. Die Integration weiterer Dienste in die allgemeine Suche hat Auswirkungen auf die Sichtbarkeit organischer Suchtreffer.¹⁴⁶

5.2 Die ökonomische Bedeutung von Suchmaschinen

184. Als Intermediäre zwischen Suchenden und Gesuchten nehmen Suchmaschinen eine zentrale Rolle für die Informationsfindung im Internet ein. In Anbetracht der Fülle von Webseiten im World Wide Web wäre eine Informationssuche ohne technische Hilfsmittel sehr aufwendig und in vielen Fällen aus Nutzersicht wohl kaum praktikabel, wenn nicht gar unmöglich. Dafür spricht, dass es schlicht zu viele Webseiten im Internet gibt und die Adressen der Webseiten (URL) zu unsystematisch vergeben sind, als dass ein Mensch diese ohne technische Hilfsmittel aufsuchen könnte. Für einen Großteil der Internetnutzer beginnt daher eine typische Online-Sitzung mit einer Suchanfrage bei einer Suchmaschine. Dies gilt häufig auch dann, wenn der Nutzer gezielt nach Seiten sucht, die er bereits kennt. In solchen Fällen werden Suchmaschinen also eher als Instrument zur Navigation verwendet und weniger zur Informationsfindung im eigentlichen Sinne. Suchanfragen lassen sich aus Nutzersicht in drei Kategorien unterteilen, wobei einzelne Suchanfragen sich nicht immer ausschließlich nur einer Kategorie zuordnen lassen:

- Navigationsorientierte Anfragen, bei denen ein Nutzer nach Seiten sucht, die er bereits kennt,
- Informationsorientierte Anfragen, bei denen sich ein Nutzer durch oftmals mehrere aufeinanderfolgende Suchen breit zu einem Thema informiert, und
- transaktionsorientierte Anfragen, die mit dem Ziel erfolgen, eine Transaktion zu tätigen.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vgl. Abschnitt 4.1.1.

¹⁴⁶ Vgl. Abschnitt 5.4.2.2.

¹⁴⁷ Vgl. Lewandowski, D., Wie lässt sich die Zufriedenheit der Suchmaschinennutzer mit ihren Suchergebnissen erklären? in Krah, H./Müller-Terpitz, R., Suchmaschinen (Passauer Schrift zur interdiszi-

185. Gleichzeitig bieten Suchmaschinen Webseitenbetreibern eine Plattform, auf der sie gefunden werden können. Inhaltenanbieter stehen mit unzähligen anderen Anbietern in Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer. Durch ein hohes Ranking sind sie weniger darauf angewiesen, sich etwa durch andere Mittel wie Werbung Aufmerksamkeit zu verschaffen. Aus diesem Umstand heraus hat sich mit dem Search Engine Optimization (SEO) eine Unterkategorie des Online Marketing gebildet, die darauf abzielt, Webseiten so zu gestalten, dass sie möglichst weit oben in den organischen Suchergebnissen angezeigt werden.

186. Aus ökonomischer Sicht besteht also der große Mehrwert von Suchdiensten zum einen darin, Transaktionskosten, etwa in Form von Suchkosten aufseiten der Nutzer und Werbekosten aufseiten der Inhaltenanbieter, zu senken (Intermediationsleistung). Geht man zudem davon aus, dass Suchergebnisse nach ihrer Relevanz für Suchende angezeigt werden, erhöht sich damit auch die allgemeine Markttransparenz für Nutzer (Selektionsleistung). Die aus Nutzersicht „besten“ Treffer befinden sich am Anfang der Liste, und es ist nicht notwendig, die gesamte Ergebnisliste nach dem relevantesten Ergebnis zu durchsuchen. Durch die Leistung der Suchmaschine können also Informationen effizienter gefunden und Transaktionen ggf. schneller durchgeführt werden.

187. Da diese Leistungen in der Regel sowohl für Suchmaschinennutzer als auch für Inhaltenanbieter unentgeltlich sind, profitieren Suchmaschinen nicht direkt von ihrer Intermediationsleistung. Umsätze werden typischerweise durch Werbung erzielt. Da bei transaktionsbezogenen Suchanfragen die Nutzer ihre Kaufintention offenlegen, sind Suchanfragen besonders geeignet, zielgerichtete Werbung anzuzeigen.

5.3 Konzentrationstendenzen auf Märkten für Suchplattformen

188. Werbefinanzierte Suchdienste agieren auf einem dreiseitigen Plattformmarkt, auf dem (1) die Suchmaschinennutzer, die im Internet nach Inhalten suchen, (2) die Inhaltenanbieter, deren Webseiten von der Suchmaschine in ihren Webindex aufgenommen werden und (3) die Werbetreibenden, die Suchwerbung schalten, zusammengeführt werden. Abhängig von dem jeweiligen Untersuchungsgegenstand kann es legitim sein, Suchmaschinen als zweiseitige Plattform zu betrachten.¹⁴⁸

5.3.1 Marktabgrenzung und Marktanteile

189. Eine wettbewerbliche Betrachtung eines Marktes setzt in der Regel dessen Abgrenzung voraus, um so Marktanteile als Indikator für die Marktkonzentration bestimmen zu können. Aufgrund der Mehrseitigkeit von Suchplattformen kann dies allenfalls hilfsweise durch die Betrachtung der einzelnen Plattformseiten erfolgen. Dabei ist jede Plattformseite getrennt nach sachlichen und geografischen Kriterien abzugrenzen und die Anteile auf den jeweiligen Plattformseiten sind getrennt zu ermitteln. Bei der Bewertung der jeweiligen Anteile der Plattformseiten sind schließlich Interdependenzen der Plattformseiten zu berücksichtigen.¹⁴⁹

190. Die geografische Abgrenzung digitaler Märkte dürfte oftmals aufgrund praktisch nicht vorhandener Transportkosten digitaler Produkte weltweit sein. Im Fall von Such-

plinären Medienforschung, Band 4). Münster: LIT, 2014, S. 35-52.

148 Vgl. Dewenter, R./Rösch, J./Terschüren, A., Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, S. 387 ff.

149 Vgl. Abschnitt 2.2.3 zu Marktabgrenzung von Plattformen.

plattformen ist jedoch davon auszugehen, dass die Marktabgrenzung aufgrund sprachlicher und kultureller Unterschiede in vielen Fällen sowohl hinsichtlich der Suchseite als auch der Werbeseite entlang nationaler Grenzen zu erfolgen hat.

191. In Bezug auf die sachliche Abgrenzung der Suchseite von Suchplattformen liegt es nahe, die Verteilung der Suchanfragen heranzuziehen.¹⁵⁰ In Deutschland bietet eine Vielzahl von horizontalen Suchmaschinen Suchdienste an. Mit 91 Prozent der Suchanfragen im Februar 2015 beantwortet allerdings Google den Großteil der Suchanfragen in Deutschland. Es folgen Microsofts Bing mit knapp vier Prozent und Yahoo! mit etwas mehr als zwei Prozent (vgl. Tabelle 5.1). Alle weiteren allgemeinen Suchmaschinen wie T-Online, Ask.com oder AOL Suche kommen auf Anteile unterhalb von einem Prozent. Hinzu kommt, dass viele dieser kleineren Suchmaschinen keine eigenen Suchergebnisse liefern, sondern mit Google kooperieren. In ähnlicher Weise werden derzeit Suchergebnisse auf Yahoo! durch Bing bereitgestellt.¹⁵¹

192. Die Verteilung der Suchanfragen ist relativ stabil im Zeitverlauf. Google hatte 2010 im Jahresdurchschnitt noch rund 97 Prozent der Suchanfragen beantwortet und damit einen Rückgang von sechs Prozent bis 2015 zu verzeichnen (vgl. Abbildung 5.1). Mehrere konkurrierende Anbieter profitierten durch entsprechende Zuwächse. Am stärksten profitierten Bing und Yahoo!, die ihren Anteil von jeweils rund 1,1 Prozent in 2010 auf 3,7 Prozent verdreifachen (Bing) bzw. auf knapp 2,2 Prozent verdoppeln (Yahoo!) konnten.

193. Auch in anderen Ländern haben einzelne Suchmaschinen einen hohen Anteil bei der Beantwortung von Suchanfragen. So ergeben sich in anderen europäischen Ländern wie Frankreich und dem Vereinigten Königreich ähnliche Verteilungen wie in Deutschland. In den USA ist Google mit knapp 75 Prozent aller Suchanfragen die größte Suchmaschine. Anders als in den europäischen Ländern können Bing und Yahoo! mit jeweils mehr als zehn Prozent einen höheren Anteil ausweisen. In Ländern wie China und Russland können zudem die Suchmaschinen Baidu (72,9 Prozent) und Yandex (42,2 Prozent) hohe Anteile an Suchanfragen vorweisen. Es liegt nahe, dass diese Suchmaschinen Vorteile gegenüber anderen Suchmaschinen aus einem früheren Markteintritt haben, aber auch politische Faktoren können eine Rolle spielen.¹⁵²

¹⁵⁰ Gesicherte Daten zur Verteilung von Suchanfragen liegen der Monopolkommission nicht vor. Bei den öffentlich bekannten Daten handelt es sich vielfach um unterschiedliche Hochrechnungen, die auf verschiedenen Stichproben basieren, aber in der Regel ein ähnliches Bild über die Verteilung von Suchanfragen liefern. Die dabei feststellbaren Unterschiede zwischen verschiedenen Quellen können an dieser Stelle vernachlässigt werden.

¹⁵¹ Vgl. SEO-united, Suchmaschinenverteilung in Deutschland, <http://www.seo-united.de/suchmaschinen.html>, Abruf am 26. März 2015.

¹⁵² Google hat seinen Suchdienst aufgrund staatlicher Zensur in China geschlossen. Suchanfragen auf Google.cn werden derzeit nach Hongkong zu Google.com.hk umgeleitet.

Tabelle 5.1: Verteilung der Suchanfragen in ausgewählten Ländern (in %)

Suchmaschine	Deutschland	Vereinigtes Königreich	Frankreich	USA	Japan	China	Russland
Google	91,0	88,0	92,7	74,9	64,4	2,6	47,0
Bing	3,8	7,2	3,6	12,6	4,5	2,8	2,4
Yahoo!	2,2	3,7	3,3	10,4	30,4	-	1,4
Baidu	-	-	-	-	0,3	72,9	-
Yandex	-	-	-	-	-	-	42,2
Andere	3,0	1,1	0,4	2,1	0,4	21,7	7

Anm.: Bei den Zahlen handelt es sich um Schätzungen von Stat Counter Global Stats basierend auf einer weltweiten Stichprobe von 2,1 Milliarden Seitenaufrufen. Erfasst wird die Häufigkeit, mit der bestimmte Suchmaschinen auf Drittseiten verweisen. Die Zahlen in der Tabelle sind gerundet und beziehen sich auf Desktop-Suchen (ohne mobile und andere Geräte) im Februar 2015

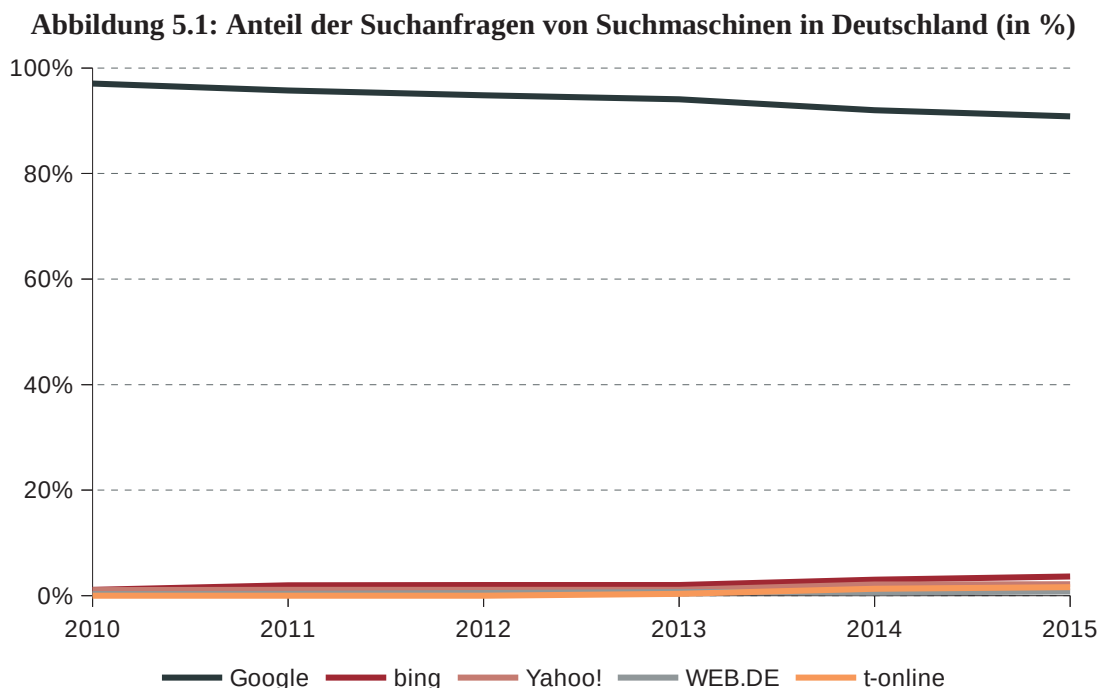
Quelle: gs.statcounter.com

194. Allgemeine und spezialisierte Suchmaschinen sind teilweise substituierbar. Während es sicherlich bestimmte Suchanfragen gibt, die typischerweise nur bei allgemeinen Suchmaschinen getätigt werden, sind andere Informationen etwa über Produkte, Hotels und Restaurants sowohl über allgemeine als auch spezialisierte Suchmaschinen auffindbar. Der Anteil eines Suchdienstes etwa an der Restaurantsuche in Deutschland ließe sich näherungsweise durch den Anteil der Verweise eines Suchdienstes zu den Webseiten von Restaurants ermitteln. Die Marktabgrenzung ist somit eine Frage des Einzelfalls. Die Weiterentwicklung der kartellbehördlichen Entscheidungspraxis bleibt insofern abzuwarten.

195. Die Ermittlung von Anteilen auf der zweiten Plattformseite, der Indexierung, ist hingegen nur schwer möglich. Zum einen ist nicht jede Webseite für Suchmaschinen erfassbar und die Gesamtzahl der Webseiten im Internet steigt stetig. Gleichzeitig kann eine Webseite von einer Vielzahl von Suchmaschinen indexiert werden, sodass sich Suchmaschinen – anders als sie dies de facto auf der Seite der Suchenden und Werbetreibenden tun – nicht gegenseitig ausschließen können.

196. Bezüglich der dritten Plattformseite, der Suchwerbung, liegen der Monopolkommission keine verlässlichen Daten vor. Es steht zu vermuten, dass Marktanteile aufgrund der Interdependenz der beiden Plattformseiten ähnlich hoch sind wie auf der Nutzerseite. Fraglich erscheint jedoch, ob aufgrund bestehender Substitutionsmöglichkeiten zwischen Suchmaschinenwerbung und anderen Formen der Online-Werbung eine enge Abgrenzung eines Marktes für Suchmaschinenwerbung angezeigt ist.¹⁵³

¹⁵³ Vgl. dazu Kapitel 4 (Onlinewerbung).



Anm.: Bei den Zahlen handelt es sich um Jahresdurchschnitte für Desktop-Suchen. Zur Datengrundlage vgl. Anmerkungen von Tabelle 5.1

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Daten von gs.statcounter.com

197. Bei der Bewertung eines hohen Marktanteils einer Suchplattform gilt es zu berücksichtigen, dass dieser nicht per se Ausdruck eines Marktversagens sein muss, das ein staatliches Eingreifen erforderlich machen würde. Hohe Marktanteile können Ergebnis eines funktionierenden Wettbewerbs sein und sind solange unproblematisch, wie der Verhaltensspielraum einer Suchmaschine mit hohen Marktanteilen durch andere Faktoren ausreichend eingeschränkt wird und Markteintritte grundsätzlich weiterhin möglich sind. Im Folgenden soll daher diskutiert werden, welche Faktoren auf dem Suchmaschinenmarkt eine Marktkonzentration beeinflussen können und inwieweit Marktmacht begünstigt oder ggf. eingeschränkt wird.

5.3.2 Faktoren der Marktkonzentration und Marktbeherrschung

198. Plattformmärkte können zu einer hohen Marktkonzentration tendieren, was langfristig zu einer Situation führen kann, in der nur ein Anbieter am Markt verbleibt.¹⁵⁴ Zu den potenziellen Gefahren eines Monopols gehören im Allgemeinen Wohlfahrtsverluste im Vergleich zur Situation mit Wettbewerb aufgrund zu hoher Preise und zu geringer Produktionsmengen. Neben solchen allokativen Ineffizienzen kann sich fehlender Wettbewerbsdruck auch darin ausdrücken, dass ein Monopolist durch inferiore Produktionstechnologien ineffizient wirtschaftet (sogenannte X-Ineffizienzen). Auf lange Sicht kann sich fehlender Wettbewerb zudem negativ auf die Innovationstätigkeit eines Unternehmens auswirken (dynamische Ineffizienz).¹⁵⁵

¹⁵⁴ Vgl. Kapitel 2 zu Plattformen.

¹⁵⁵ Vgl. z. B. Schwalbe, U./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, 2. Auflage, Frankfurt/M. 2011, S. 22 ff.

199. Im Fall von Suchplattformen könnte sich fehlender Wettbewerb in niedriger Suchqualität oder zu hohen Preisen für Werbekunden ausdrücken. Langfristig könnten einem Monopolisten Anreize zur Schaffung neuer innovativer Suchdienste fehlen. Außerdem kann Marktmacht genutzt werden, um sich durch missbräuchliches Verhalten Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Im Folgenden soll daher darauf eingegangen werden, welche Faktoren eine Marktkonzentration auf dem Suchmaschinenmarkt begünstigen und inwieweit die Möglichkeit für Markteintritt dadurch beeinflusst wird.¹⁵⁶

200. Wie bei vielen anderen digitalen Gütern auch ist im Falle der Suchdienste davon auszugehen, dass Größenvorteile, sogenannte Skaleneffekte, eine wichtige Rolle spielen. Kostenseitige Skalenvorteile liegen im Allgemeinen vor, wenn Durchschnittskosten aufgrund hoher Fixkosten mit steigender Ausbringungsmenge sinken. Im Fall von Suchmaschinen ergeben sich Fixkosten in Milliardenhöhe etwa für die Erstellung des Webindex, die Entwicklung des Suchalgorithmus und den Bau von Rechenzentren, die im Vergleich zu den variablen Kosten einer Suche relativ hoch ausfallen dürften.¹⁵⁷ Gleichzeitig stellen die hohen Fixkosten eine nicht unerhebliche Markteintrittsbarriere auf dem Suchmaschinenmarkt dar, auch wenn bestimmte Kosten, z. B. durch die Möglichkeit Serverleistungen anmieten zu können, zunehmend variabel werden.

201. Ein weiterer bedeutender Größenvorteil ergibt sich aus den gesammelten Daten über das Suchverhalten der Nutzer.¹⁵⁸ Je mehr Daten eine Suchplattform hat, desto besser kann sie die Anzeige von Suchergebnissen und Suchwerbung auf die Interessen der Nutzer anpassen. Dieser Lerneffekt führt dazu, dass wiederum mehr Nutzer den Suchdienst nutzen und immer höhere Werbeumsätze erzielt werden können.

202. Die Wirkung dieses Effektes ist jedoch begrenzt. Je öfter eine bestimmte Suchanfrage getätigt wird, desto niedriger ist ihr zusätzlicher Wert für die Verbesserung der Suchergebnisse. Während der zusätzliche Wert eines häufig gesuchten Begriffs also sehr niedrig sein kann, können selten getätigte Suchanfragen einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung von Suchergebnissen leisten. Zu solchen seltenen Suchanfragen dürften besonders Suchanfragen gehören, die z. B. auf aktuelle Ereignisse abzielen, zu denen noch keine Informationen zum Nutzerverhalten vorliegen und Suchanfragen, die aus mehreren Begriffen bestehen, sogenannte Long Tail Queries.

203. Inwieweit ein hoher Datenbestand an getätigten Suchanfragen auch Voraussetzung für einen erfolgreichen Markteintritt ist, wird kontrovers diskutiert.¹⁵⁹ Während einerseits argumentiert wird, Daten zur Suchmaschinennutzung seien inzwischen zentral für einen Markterfolg geworden, wird andererseits darauf verwiesen, dass gerade im Internet Daten in großen Mengen verfügbar seien und die korrekte Datenanalyse die eigentliche Herausforderung sei. Dabei kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden, inwieweit Daten aus anderen Quellen als der Suchmaschinennutzung geeignete

¹⁵⁶ Vgl. Haucap, J./Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google in Dewenter, R./Hacaup, J./Kehder, C. (Hrsg.), Wettbewerb und Regulierung in Medien, Politik und Märkten: Festschrift für Jörn Kruse zum 65. Geburtstag, Baden-Baden, 2013, S. 115-154.

¹⁵⁷ Vgl. Bracha O./Pasquale, F., Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search, Cornell Law Review 93, 2008, 1149-1209, S. 1181 oder Pollock, R. Is Google the Next Microsoft? Competition, Regulation in Internet Search, Review of Network Economics 9 (4), 2010, S. 24 f.

¹⁵⁸ Vgl. dazu Abschnitt 5.5.2 (Vergemeinschaftung von Nutzungsdaten).

¹⁵⁹ Newman, N., Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014; Kritisch dazu Lerner, A.V., The Role of „Big Data“ in Online Plattform Competition, 26. August 2014, doi: 10.2139/ssrn.2482780.

Substitute darstellen und ein Marktzutritt auch ohne Zugang zu historischen Nutzungsdaten möglich ist.

204. Neben den Skaleneffekten sind auch Netzwerkeffekte relevant, wobei hier zwischen direkten und indirekten Netzwerkeffekten zu unterscheiden ist. Direkte Netzwerkeffekte liegen im Allgemeinen vor, wenn der Nutzen eines Dienstes mit der Anzahl der Nutzer einer Gruppe steigt.¹⁶⁰

205. Aus Sicht der Suchenden sind solche Netzwerkeffekte zunächst nicht offensichtlich, da anders als etwa bei sozialen Netzwerken keine direkte Interaktion zwischen Suchmaschinennutzern stattfindet. Die Nutzer einer Suchmaschine profitieren nicht unmittelbar von der Nutzung der Suchmaschine durch einen weiteren Suchenden.

206. Bei Werbekunden ist ebenfalls davon auszugehen, dass keine positiven direkten Netzwerkeffekte vorliegen. Vielmehr ist zu erwarten, dass Werbekunden um Werbeplätze und die Aufmerksamkeit der Nutzer konkurrieren. Je mehr Werbekunden eine Suchmaschine hat, desto unattraktiver wird diese für weitere Werbekunden, da Preise für Werbeplätze steigen.

207. Ebenfalls keine positiven Netzwerkeffekte sind für Inhaltenanbieter zu erwarten, da diese vergleichbar mit der Gruppe der Werbekunden um die Aufmerksamkeit der Nutzer konkurrieren. Je mehr Webseiten von einer Suchmaschine gecrawlt werden, desto unwahrscheinlicher wird es, dass eine bestimmte Webseite oben in der Ergebnisliste erscheint und von Nutzern aufgesucht wird.

208. Indirekte Netzwerkeffekte liegen im Allgemeinen vor, wenn eine Plattform für eine Nutzergruppe attraktiver wird, weil eine andere Nutzergruppe wächst.¹⁶¹ Indirekte Netzwerkeffekte dürften bei Suchmaschinen am ehesten aufseiten der Werbekunden auftreten, denn je mehr Nutzer eine Suchmaschine hat, desto attraktiver wird sie aus Sicht der Werbekunden. Aus deren Sicht steigt die Qualität einer Suchmaschine mit deren Fähigkeit, Werbung möglichst zielgenau einer relevanten Konsumentengruppe anzuzeigen. Zwar ist die Nutzerzahl aus Sicht der Werbenden insofern irrelevant, als dass sie pro Klick oder pro Einblendung bezahlen, dennoch dürfte bei größeren Suchmaschinen die Wahrscheinlichkeit, dass es einen interessierten Nutzer gibt, dem eine Werbung angezeigt werden kann, größer sein. Dies dürfte besonders für Werbung mit sehr speziellen Zielgruppen relevant sein. Negative indirekte Netzwerkeffekte zwischen Werbekunden und Suchmaschinennutzern können dazu führen, dass Nutzerzahlen bei zu viel Werbung abnehmen. Diesem Effekt kann durch die Anzeige von gezielter Werbung entgegengewirkt werden, wenn man davon ausgeht, dass personenbezogene Werbung dem Nutzerinteresse eher entspricht als nicht angepasste Werbung.

209. Eine große Nutzerzahl und ein entsprechend höheres Aufkommen an Klicks auf Suchwerbung dürften sich positiv auf die Fähigkeit der Suchmaschine auswirken, Werbung zielgerichtet Kundengruppen mit entsprechendem Kaufinteresse anzuzeigen. Davon profitieren sowohl die Suchmaschine durch höhere Werbeeinnahmen (Skaleneffekt) als auch die Werbekunden durch höhere Umsätze.

210. Auch aufseiten der Inhaltenanbieter sind positive indirekte Netzwerkeffekte in einem gewissen Rahmen vorstellbar. Inhaltenanbieter haben ein Interesse daran, möglichst weit oben in der Trefferliste einer Suchmaschine zu erscheinen. Dabei können Websei-

¹⁶⁰ Vgl. Abschnitt 2.2.2.

¹⁶¹ Vgl. Abschnitt 2.2.2.

ten nur auf die individuellen Anforderungen einer Suchmaschine hin optimiert werden. Aus Sicht der Inhalteanbieter sind also Suchmaschinen mit vielen Nutzern besonders interessant. Gleichzeitig könnte hierdurch jedoch die Attraktivität der Plattform aus Nutzersicht sinken, wenn nicht mehr die Webseiten oben in der Ergebnisliste geführt werden, die dem Nutzerinteresse entsprechen, sondern jene, die am besten auf die Kriterien der Suchmaschine angepasst wurden. Dies gilt zumindest, sofern die Kriterien der Suchmaschine und das Interesse des Nutzers nicht passgenau sind.

211. Möglichkeiten zur parallelen Nutzung verschiedener Anbieter (sogenanntes Multihoming) können einer Marktkonzentration insbesondere auf mehrseitigen Plattformmärkten entgegenwirken. Für Suchmaschinennutzer ist eine gleichzeitige Nutzung verschiedener Suchmaschinen relativ leicht und ohne zusätzliche Kosten möglich. Es ist daher davon auszugehen, dass z. B. Google Nutzer an Konkurrenten wie Bing oder Yahoo verlieren würde, wenn es qualitativ schlechtere Suchergebnisse lieferte oder sich in anderer Weise missbräuchlich gegenüber Nutzern verhielte.

212. Dennoch lassen sich eine Reihe von Faktoren nennen, die dazu beitragen, dass Nutzer bei einer Suchmaschine verbleiben. Neben einer besseren Qualität der Suchmaschine könnten auch Gewöhnungseffekte und eine Personalisierung von Suchergebnissen dazu beitragen, dass Nutzer nicht zu einer anderen Suchmaschine wechseln. Soweit Suchmaschinen Informationen über vergangene Suchen eines Nutzers haben, können Suchergebnisse an das individuelle Nutzerverhalten angepasst werden, indem z. B. in der Vergangenheit ausgewählte Suchtreffer weiter oben angezeigt werden. Allerdings kann nicht abschließend geklärt werden, in welchem Umfang Suchergebnisse auf diese Weise personalisiert werden und welche Bedeutung dieser Form der Personalisierung zukommt.

213. Eine wichtige Rolle in diesem Zusammenhang spielt die Voreinstellung von Suchmaschinen in Software und Geräten. Obwohl Nutzer leicht und ohne Kosten die Suchmaschine wechseln können, sorgt die Voreinstellung für ein hohes Maß an Kundenbindung. Das erklärt, warum einige Anbieter wie Google, Microsoft und Yandex ein Interesse daran haben, sowohl eine Suchmaschine als auch dazu komplementäre Betriebssysteme, Browser und Geräte anzubieten, da in der Regel diese komplementären Systeme die Nutzung der eigenen Suchmaschine erleichtern oder zumindest diese als Basisversion („default“) voreingestellt ist.

214. Zudem konkurrieren Suchmaschinen darum, mit unabhängigen Anbietern von Software und Geräten entsprechende Default-Verträge abzuschließen. Beispielsweise wurde Yahoo! Ende 2014 in den USA anstelle von Google zur neuen Standardsuchmaschine in Mozillas Firefox-Browser, über den weltweit mehr als 100 Mrd. Suchen pro Jahr getätigt werden.¹⁶² In der Folge stieg der Anteil der Yahoo-Suche bei den Firefox-Nutzern in den USA von zuvor 9,9 Prozent im November 2014 auf 28,3 Prozent im Januar 2015. Bezogen auf den gesamten amerikanischen Suchmarkt entsprach dies einem Wachstum um mehr als zwei Prozentpunkte von 8,6 Prozent auf 10,9 Prozent im gleichen Zeitraum.¹⁶³

215. Ähnlich wie aufseiten der Nutzer dürfte auch für Werbekunden eine parallele Nutzung verschiedener Suchmaschinen grundsätzlich möglich sein. In vielen Fällen dürfte

¹⁶² Vgl. Mozilla, Pressemitteilung vom 19. November 2014, <https://blog.mozilla.org/blog/2014/11/19/promoting-choice-and-innovation-on-the-web/>, Abruf am 29. April 2015.

¹⁶³ Vgl. StatCounter: <http://gs.statcounter.com/press/yahoo-gains-further#g2>, Abruf am 26. März 2015.

auch die Nutzung anderer Werbeflächen außerhalb von Suchmaschinen infrage kommen. Entscheidend ist wiederum die Substituierbarkeit von Suchmaschinenwerbung gegenüber anderen Werbeformen innerhalb und außerhalb des Internets. Kritisch sind in diesem Zusammenhang Versuche von Suchmaschinen zu sehen, durch Exklusivverträge oder technische Einschränkungen die Portabilität von Werbeanzeigen und damit die Möglichkeiten zum Multihoming einzuschränken.¹⁶⁴

216. Für Betreiber von Internetseiten ist Multihoming insoweit möglich, als dass sie ihre Webseiten für mehrere Suchmaschinen analysierbar („crawlbar“) machen können und sich somit nicht für einen Suchanbieter entscheiden müssen. Nur in Ausnahmefällen kann es bei häufig gecrawlten Seiten, wie z. B. Nachrichtenseiten zu Überlastungen kommen, welche die Funktionsfähigkeit von Webseiten beeinträchtigen können und somit die Bereitschaft sich von vielen Suchmaschinen crawlen zu lassen, verringern könnte.¹⁶⁵ Dabei kann davon ausgegangen werden, dass häufig genutzte Suchmaschinen seltener davon abgehalten werden eine Seite zu analysieren als weniger bekannte Suchmaschinen. Damit ist nicht auszuschließen, dass insbesondere wenig genutzte Suchmaschinen einen Wettbewerbsnachteil gegenüber etablierteren Suchmaschinen haben können.

217. Differenzierungsmöglichkeiten zwischen Plattformen auf Basis heterogener Nutzerpräferenzen können einer Marktkonzentration entgegenwirken und Möglichkeiten für Markteintritte schaffen. Da Suchmaschinen ihre Leistung auf der Nutzerseite in der Regel unentgeltlich anbieten, entfällt die Möglichkeit, Anteile auf der Suchseite durch niedrigere Preise zu gewinnen. In der Folge ist die Suchmaschine am attraktivsten, die aus Nutzersicht die beste Qualität erbringt. Mit dem wachsenden Bewusstsein für Datenschutzfragen im Bereich der Online-Suche hat sich ein neues Unterscheidungsmerkmal für Wettbewerber ergeben. Beispielhaft kann hier das Angebot der Suchmaschine DuckDuckGo aufgeführt werden, die auf ein Sammeln und Auswerten von personenbezogenen Daten verzichtet und sich daher zunehmender Beliebtheit bei den Nutzern erfreut.

218. Gleichzeitig sind vertikale Suchdienste Konkurrenten von horizontalen Suchmaschinen. Zwar können konkurrierende Plattformen wie Facebook und Amazon aus heutiger Sicht keine echte Alternative zu allgemeinen Suchmaschinen wie Google oder Bing bieten, da sie anders als diese nicht auf einen Index des World Wide Web zurückgreifen, sondern auf Informationen ihrer Plattform; dennoch dürfte ein nicht unerheblicher Wettbewerbsdruck zumindest bei speziellen Suchanfragen von ihnen ausgehen. Insbesondere für die Einblendung von suchbezogener Werbung dürfte es unerheblich sein, ob ein Nutzer bei einer allgemeinen oder speziellen Suchmaschine nach einem bestimmten Produkt oder einer Dienstleistung sucht. Entscheidend ist vielmehr die Kaufintention des Nutzers. Für einen steigenden Wettbewerbsdruck durch spezialisierte Dienste spricht auch, dass große Anbieter wie Facebook, Amazon oder Apple ihr bestgehendes Angebot um Suchdienste erweitern und zunehmend ihre Abhängigkeit von etablierten Suchmaschinen reduzieren, indem sie Suchleistungen selbst erbringen.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Vgl. hierzu auch Abschnitt 4.4.

¹⁶⁵ Webseiten werden in der Regel automatisch durch Suchmaschinen gecrawlt. Zudem können Webseiten etwa bei Google zur Aufnahme in den Index eingereicht oder das (erneute) Crawlen einer Webseite bei Google angefordert werden. Vgl. z. B. Richtlinien für Webmaster auf <https://support.google.com/webmasters/answer/35769>.

¹⁶⁶ Vgl. Reuters, <http://www.reuters.com/article/2014/12/12/us-facebook-microsoft-idUSKB-N0JQ2AY20141212>, Abruf am 26. März 2015.

219. Ein weiterer Faktor, der Marktkonzentration beeinflussen kann, ist die Fähigkeit einer Plattform Kapazitäten auszuweiten. Im Fall von Suchmaschinen dürften Kapazitäten zur Beantwortung von Suchanfragen und zur Indexierung von Webseiten bei entsprechender Ausweitung der Serverkapazitäten durch den Einsatz finanzieller Mittel relativ problemlos erweiterbar sein. Auf Seite der Werbekunden ist noch am ehesten davon auszugehen, dass die Anzahl der darstellbaren Werbeanzeigen durch die verfügbare Fläche auf der Webseite oder die Akzeptanz der Nutzer begrenzt ist. Allerdings steigt die Möglichkeit einer Suchmaschine Werbung einzublenden mit der Anzahl der Suchanfragen. Konkret bedeutet dies, dass einer Suchmaschine durch Kapazitätsbeschränkungen keine Grenzen gesetzt sind, schnell hohe Marktanteile zu erzielen. Dies kann einerseits dazu beitragen, dass eine Suchmaschine hohe Marktanteile schnell weiter ausbauen kann. Andererseits wären Suchmaschinen mit niedrigem Marktanteil in der Lage, kurzfristig eine steigende Anzahl von Suchanfragen zu beantworten.

220. Es lässt sich zusammenfassen, dass die Konzentration bei Suchplattformen insbesondere durch Größenvorteile und Netzwerkeffekte begünstigt wird. Beide Faktoren sorgen zudem dafür, dass ein Markteintritt erschwert wird und mit entsprechend hohen Investitionskosten verbunden ist. Eine wichtige disziplinierende Funktion nehmen Suchmaschinennutzer ein, für die ein Anbieterwechsel aufgrund niedriger Wechselkosten relativ problemlos möglich wäre.

5.4 Potenzielle Wettbewerbsprobleme auf den Märkten für Suchplattformen

221. Im Folgenden sollen mögliche Wettbewerbsprobleme auf den Märkten für Suchplattformen diskutiert werden, die sich daraus ergeben, dass Suchplattformen einerseits als eine Art „Gatekeeper“ den Zugang zu Webseiten beeinflussen können (5.4.1) und andererseits ihre Dienste stetig weiterentwickeln, indem neue Funktionen eingebunden werden und Suchdienste auf neuen Software- und Geräteplattformen implementiert werden (5.4.2).

5.4.1 Suchplattformen als „Gatekeeper“ des Internets

222. Aufgrund ihrer Rolle als Intermediär bei der Informationssuche werden horizontale Suchmaschinen im Allgemeinen und insbesondere die Suchmaschine Google oftmals als „Gatekeeper“ des Internet bezeichnet.¹⁶⁷ Hierbei handelt es sich um einen Begriff aus dem Bereich der Kommunikations- und Sozialwissenschaften, der vornehmlich in Bezug auf Medien Verwendung findet. Demnach wird das Gatekeeping als ein journalistischer Prozess des Filterns und Aufbereitens von Informationen verstanden, der bestimmt, welche Inhalte den Leser erreichen bzw. welche nicht und damit die Meinungsbildung der Öffentlichkeit beeinflusst.¹⁶⁸

223. Suchmaschinen erbringen neben der Vermittlungsleistung ähnlich wie Journalisten auch eine Selektionsleistung in der Hinsicht, dass Suchergebnisse gerankt werden. Im Vordergrund der Selektionsleistung dürfte jedoch das von der Suchmaschine antizipierte Nutzerinteresse und weniger ein journalistischer Auswahlprozess stehen.

¹⁶⁷ Vgl. Almunia, J., Competition in the Online World, Rede vom 13. November 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-905_en.htm, Abruf am 26. März 2015.

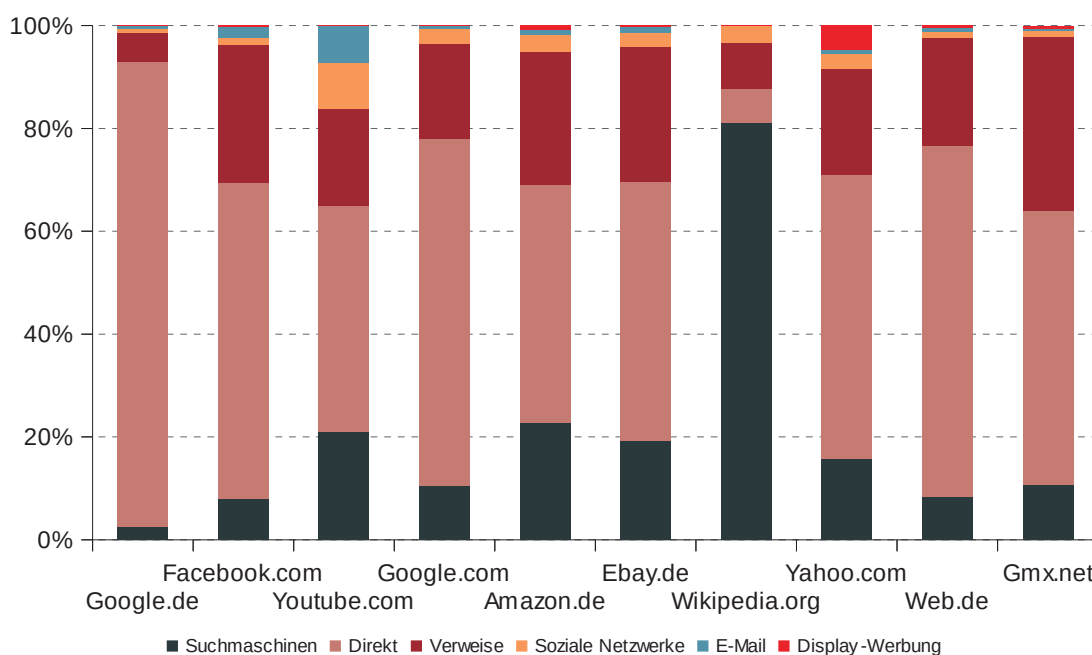
¹⁶⁸ Hess, T./Matt, C. Gatekeeper in der digitalen Medienwelt. In: MedienWirtschaft, Vol. 9 No. 3, 2012, S. 48-51.

224. In der Öffentlichkeit wird der Begriff des Gatekeeper häufig mit dem Begriff der „essential facility“ oder der „wesentlichen Einrichtung“ gleichgesetzt. Das kartellrechtliche Konzept der essential facility besagt, dass ein Unternehmen, das marktbeherrschend ist, weil es eine wesentliche Einrichtung kontrolliert, seine Position nicht ausnutzen darf, indem es einen möglichen Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf vorgelagerter Ebene verweigert und dadurch wirksamen Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene ausschließt. Aus Sicht der Monopolkommission ist zweifelhaft, ob bei Suchplattformen die rechtlichen Voraussetzungen einer essential facility erfüllt sind. Dies gilt unabhängig davon, welche Merkmale solcher Plattformen als wesentliche Einrichtungen untersucht werden (Nutzerdaten, Webindex, Suchalgorithmus).

225. Eine einzelne Suchmaschine dürfte unabhängig von ihrem Marktanteil keine essential facility sein können, wenn es alternative Suchmaschinen gibt, die ein Auffinden von Webseiten ermöglichen. Eine essential facility setzt voraus, dass die Leistung des Unternehmens nicht durch einen anderen Anbieter duplizierbar ist, und zwar ungeachtet etwaiger Schwierigkeiten für die Nachfrageseite.¹⁶⁹ Zwar ist noch ungeklärt, ob in diesem Zusammenhang auch Netzwerkeffekte verbundener Märkte (mehreseitige Plattformen) zu berücksichtigen sind. So könnte Google gerade deshalb ein durch andere horizontale Suchmaschinen nicht duplizierbares Angebot machen, weil Google die meisten allgemeinen Suchanfragen abschöpft und aufgrund dessen seine Dienste so verbessern kann, dass es unter allen horizontalen Suchmaschinen die besten Leistungen anbieten kann. Allerdings ist davon auszugehen, dass andere Suchmaschinen (z. B. Bing/Yahoo!) etwaige Defizite von Google unmittelbar ausnutzen würden, um Nutzer anzuziehen und dadurch den Abstand zu Google zu vermindern. Google ist insofern einem Wettbewerbsdruck durch andere Suchmaschinen ausgesetzt.

226. Das Nutzerverhalten spricht – unabhängig vom Konzept der essential facility – auch dagegen, dass einzelne Suchmaschinen aus Sicht der Nutzer eine Gatekeeper-Funktion innehaben. Abbildung 5.2 zeigt die Traffic-Quellen der zehn meistbesuchten Webseiten in Deutschland, zu denen auch Webseiten von Suchmaschinen wie Google.de oder Yahoo.com selbst gehören. In den meisten Fällen werden diese Webseiten direkt, d. h. etwa durch Lesezeichen im Webbrowser oder durch Eingabe der URL in die Navigationsleiste des Browsers angesteuert. Eine Ausnahme scheint die Webseite des Online-Nachschlagewerkes Wikipedia zu sein, die zu rund 80 Prozent über Suchmaschinen angesteuert wird.

¹⁶⁹ EuGH, 26. November 1998, C-7/97 – Bronner, Slg. 1998, I-7791, Rz. 46: „könnte der Zugang zum bestehenden System nur dann als unverzichtbar angesehen werden, wenn zumindest dargetan wäre, daß es unrentabel wäre, für den Vertrieb von Tageszeitungen mit einer Auflagenhöhe, die mit derjenigen der anhand des vorhandenen Systems vertriebenen Tageszeitungen vergleichbar wäre, ein zweites Hauszustellungssystem zu schaffen.“ (Hervorhebung nur hier)

Abbildung 5.2: Traffic-Quellen der meistbesuchten Webseiten in Deutschland (in %)

Anm.: Die Angaben beziehen sich auf Februar 2015

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Daten von similarweb.com

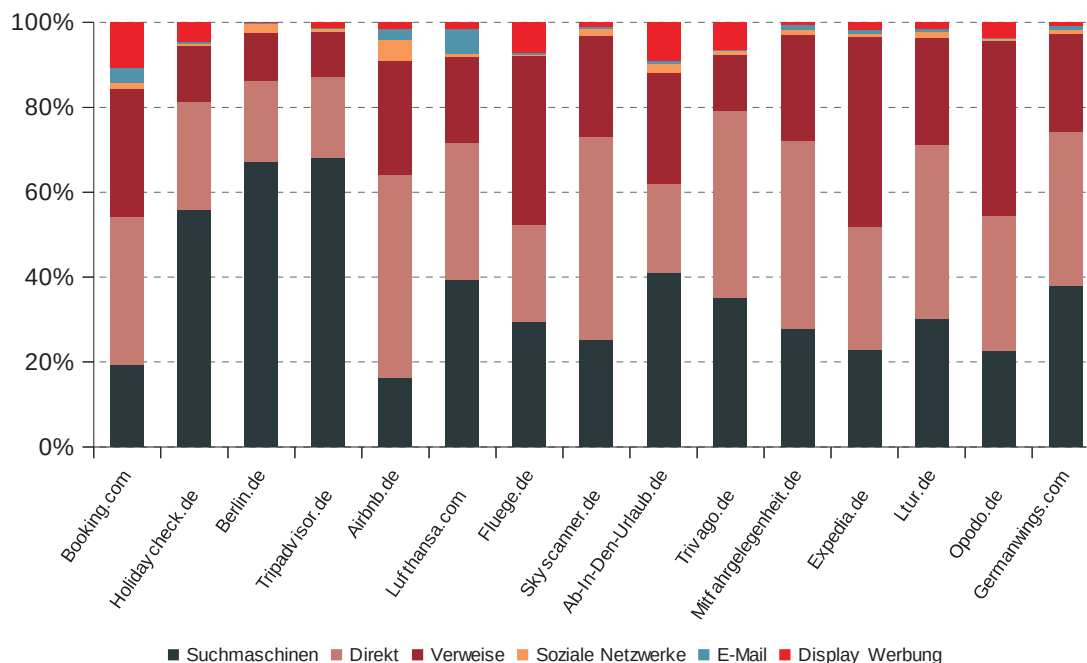
227. Es zeigt sich also wenig überraschend, dass bekannte Webseiten, die einen Großteil des Internet-Verkehrs ausmachen, nicht auf Suchmaschinen angewiesen sind. Das Beispiel Wikipedia zeigt aber, dass trotz relativer Bekanntheit eine in erster Linie der Informationsgewinnung dienende Webseite hauptsächlich durch Suchmaschinen angesteuert wird. Nutzer scheinen ihre Informationssuche bei einer Suchmaschine zu beginnen, um sich dann bei Wikipedia tiefergehender zu informieren. Suchanfragen, die sich also häufig eigentlich an Wikipedia richten, werden zunächst an eine allgemeine Suchmaschine gestellt, statt den Suchbegriff direkt bei Wikipedia einzugeben.

228. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Bedeutung von Suchmaschinen als Traffic-Quelle grundsätzlich zunimmt, je unregelmäßiger ein Nutzer eine bestimmte Seite aufsucht und je unbekannter eine Webseite ist. Beispielhaft lässt sich das anhand von Webseiten der Reisebranche verdeutlichen. Abbildung 5.3 zeigt die Traffic-Quellen der 15 meistbesuchten Webseiten aus dem Bereich Reise, zu denen z. B. Hotelbuchungsplattformen oder Flugvermittlungsseiten gehören. Auf den ersten Blick zeigt sich, dass der Anteil des Traffics, der von Suchmaschinen stammt, höher ist als im vorherigen Beispiel und zudem stark zwischen den betrachteten Webseiten schwankt. Während etwa Tripadvisor.de oder Berlin.de fast 70 Prozent ihrer Besucher durch Suchmaschinen erhalten, machen diese z. B. bei Booking.com oder Airbnb.de weniger als 20 Prozent aus. Hier spielen direkte Seitenaufrufe oder Verweise anderer Webseiten eine größere Rolle als der Suchmaschinen-Traffic.

229. Es zeigt sich, dass es neben Suchmaschinen mit direkten Seitenaufrufen und Verweisen anderer Webseiten noch mindestens zwei weitere häufig genutzte Wege gibt, Webseiten aufzusuchen. Display-Werbung, E-Mails oder Soziale Netzwerke scheinen (noch) eine eher untergeordnete Rolle zu spielen, wenn es darum geht, zu einer Webseite zu gelangen. Für einen hohen Anteil von Suchmaschinen-Traffic kann es verschiede-

ne Gründe geben, etwa die fehlende Markenbekanntheit einer Webseite oder die Regelmäßigkeit, mit der bestimmte Webseiten genutzt werden (erst bei hoher Regelmäßigkeit lohnt es sich für den Nutzer ein Lesezeichen im Browser zu setzen) oder ganz grundsätzlich wie im Falle von Wikipedia das Surfverhalten der Nutzer.

Abbildung 5.3: Traffic-Quellen von Reise-Webseiten in Deutschland (in %)



Anm.: Die Angaben beziehen sich auf Februar 2015

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Daten von similarweb.com

230. Aus Sicht der Inhaltenanbieter wird mitunter argumentiert, dass Suchmaschinen eine Gatekeeper-Funktion besäßen, da faktisch nur die Webseiten im Internet auffindbar seien, die unter den oberen Suchtreffern der ersten Ergebnisliste gelistet würden, und Inhaltenanbieter als Marktgegenseite zur Kommunikation ihrer Inhalte auf die Liste durch Suchmaschinen angewiesen seien.

231. Vorstellbar ist, dass die Aufnahme in den Index einer Suchmaschine Voraussetzung dafür ist, um im Internet auffindbar zu sein.¹⁷⁰ Allerdings ist zu beachten, dass wohl keine Suchmaschine alle Webseiten indexiert hat. Auch die größten Suchmaschinen, die nach eigenen Angaben Billionen von Dokumenten in ihrem Webindex haben, decken nicht das gesamte Internet ab.¹⁷¹ Hinzukommt, dass Teile dessen, was unter dem Internet verstanden wird, nicht von Suchmaschinen mittels Crawler indizierbar sind. Dennoch ist aus Sicht der Monopolkommission nicht auszuschließen, dass eine Suchmaschine die Auffindbarkeit konkurrierender Dienste beeinträchtigen könnte.

232. Aus Sicht der Werbekunden scheint unklar, ob eine einzelne Suchmaschine mit sehr hohem Marktanteil auf der Nutzerseite ein Gatekeeper ist, um Werbung im Internet schalten zu können. Gegen eine solche Annahme spricht, dass es eine Vielzahl anderer

¹⁷⁰ Vgl. Inirona, L.D./Nissenbaum, H., Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters, 16 INFO. Society 169 (2000).

¹⁷¹ Vgl. z. B. Google, Crawling und Indexierung, <http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/crawling-indexing.html>, Abruf am 26. März 2015.

Webseiten gibt, die Werbeplätze im Internet anbieten und aufgrund neuer technischer Möglichkeiten ähnlich wie Suchmaschinen eine gezielte Ansprache von Kunden erlauben. Die Frage, ob diese Werbeplätze eine geeignete Ausweichmöglichkeit für Werbekunden darstellen, ist eng mit der Diskussion um die Marktabgrenzung in diesem Bereich verbunden.¹⁷²

233. Eine besondere Rolle einer Suchmaschine mit hohem Marktanteil für Werbekunden erscheint nur in bestimmten Fällen vorstellbar. Dies könnte etwa anzunehmen sein, wenn es darum geht, eine bestimmte Werbung einer kleinen, genau abgegrenzten Nutzergruppe anzuzeigen. In einem solchen Fall erscheint es plausibel, dass eine Suchmaschine mit hohem Nutzeranteil das einzige sinnvolle Angebot hat, da nur sie mit ausreichender Wahrscheinlichkeit Nutzer dieser Gruppe mit Kaufinteresse bieten kann.

234. Gute Gründe sprechen gegen die Annahme, dass Suchmaschinen wie Google oder Bing die Voraussetzungen einer essential facility erfüllen. Auch losgelöst von diesem Konzept können Suchmaschinen nur bedingt als Gatekeeper für den Zugang zu Informationen und Nutzer im Internet gesehen werden. Im Vergleich zu vielen anderen Medien zeichnet sich das Internet gerade durch seinen ungehinderten Zugang zu Informationen aus. Anders als beim journalistischen Gatekeeping bleiben Inhalte, die nicht oben in den Suchergebnissen erscheinen, grundsätzlich weiterhin für Internetnutzer etwa über andere Suchmaschinen aufrufbar.

235. Die Tatsache, dass ein erheblicher Teil des Internet-Verkehrs nicht über Suchmaschinen, sondern über andere Wege zu einer Webseite gelangt, spricht gegen eine allgemeine Abhängigkeit der Inhalteanbieter von einer bestimmten Suchmaschine. Am ehesten dürften Suchmaschinen eine wichtige Rolle für Webseiten spielen, die nur wenig bekannt sind. Aus Sicht der Monopolkommission schließt dies jedoch nicht aus, dass eine willkürliche Nichtaufnahme oder Löschung einer Webseite aus dem Webindex ein missbräuchliches Verhalten einer marktbeherrschenden Suchmaschine darstellen könnte, wenn eine Aufnahme in den Index technisch möglich und üblich wäre und somit ein Unternehmen anders behandelt würde als andere gleichartige Unternehmen.¹⁷³ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Suchmaschinen ein Ermessensspielraum bei der Erstellung des Webindex einzuräumen ist.

5.4.2 *Expansionstendenzen von Suchplattformen*

236. Wie bereits ausgeführt wurde, handelt es sich bei horizontalen Suchmaschinen um mehrseitige Plattformen, deren Geschäftsmodelle darauf ausgelegt sind, alle relevanten Plattformseiten einzubeziehen. Suchplattformen konkurrieren über die Qualität ihrer Suchdienste um Nutzer. Diese sind wiederum Voraussetzung dafür, die Plattform für Werbekunden attraktiv zu machen und Umsätze zu erzielen. Die Auffindbarkeit von Webseiten beeinflusst die Attraktivität des Suchdienstes für die Nutzer. Gleichzeitig profitieren Inhalteanbieter davon, gefunden zu werden.

237. Die im Vergleich mit anderen Plattformdiensten (z. B. sozialen Netzwerken) eher geringe Bindung der Nutzer und Werbekunden durch Netzwerkeffekte an eine bestimmte Suchplattform führt dazu, dass der Attraktivität der Suchplattform aus Nutzersicht eine entscheidende Bedeutung im Wettbewerb zukommt, und erklärt, warum auch Such-

¹⁷² Vgl. Abschnitt 4.2.

¹⁷³ Vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

plattformen mit hohem Marktanteil ein Interesse haben, ihr Angebot zur Sicherung der Marktposition im Sinne der Nutzer weiterzuentwickeln.

238. Gleichzeitig stehen Suchplattformen als gewinnorientierte Unternehmen vor der Herausforderung, neue Erlösmöglichkeiten zu erschließen. Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Strategien erkennbar: Die Einbindung des Suchdienstes in andere Software- und Geräteplattformen, wie Browser und Mobilgeräte, um die Nutzerbasis zu erweitern (5.4.2.1), die Einbindung neuer Dienste wie Karten- und Nachrichtendienste zur Steigerung der Plattformattraktivität (5.4.2.2) und die Bevorzugung plattformeigener Dienste zur Gewinnmaximierung (5.4.2.3).

5.4.2.1 Einbindung von Suchdiensten in andere Software- und Geräteplattformen

239. Um eine möglichst große Anzahl von Nutzern zu erreichen und entsprechend mehr Werbung anzeigen zu können, haben Suchplattformen einen Anreiz, ihren Dienst auch außerhalb der eigenen Webseite nutzbar zu machen. Entsprechend weit verbreitet ist die Einbindung von Suchdiensten als Funktion in Webseiten anderer Inhalteanbieter, Browsern und als Anwendung auf internetfähigen Geräten wie Smartphones und Tablets.

240. Die Kombination plattformeigener Browser und Betriebssysteme bietet zudem die Möglichkeit, den eigenen Suchdienst prominent zu platzieren bzw. als Suchdienst vor einzustellen. Damit ergeben sich Synergien, die miterklären können, weshalb z. B. Google einen Anreiz hat, einen eigenen Browser (Chrome) und ein eigenes Betriebssystem (Android) zu entwickeln und unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Die Kombination eines marktbeherrschenden Suchdienstes mit einem Betriebssystem könnte aus wettbewerblicher Sicht problematisch sein, wenn es hierdurch zu Marktverschließungen käme. So könnte die Anbindung von mobilen Betriebssystemen und Applikationen (Apps) mit zentralen Diensten wie z. B. der Google-Suche, Google-Maps oder Youtube den Wettbewerb zwischen verschiedenen Betriebssystemen, Verkaufsportalen für Apps (App-Stores) oder unterschiedlichen App-Herstellern beeinträchtigen.

241. Konkret wurde Google in diesem Zusammenhang unter anderem vorgeworfen, im Rahmen des Mobile Application Distribution Agreements (MADA) den Wettbewerb auf dem Markt für die Entwicklung von Apps zu behindern.¹⁷⁴ So ist für die Hersteller von Mobilgeräten (OEMs) die Vorabinstallation bestimmter Google-Apps an den Erwerb einer unentgeltlichen Lizenz geknüpft, die vorsieht, ein Bündel von mehreren Google-Apps, die sogenannte Google Mobile Application Suite (GMS) zu installieren. Zudem müssen unter anderem das Google Search Widget prominent auf dem Startbildschirm platziert und bestimmte Google-Dienste als Standard eingestellt werden.

242. Ob es hierdurch zu Wettbewerbsbeschränkungen kommt und ein Verfahren eröffnet werden muss, wird derzeit durch die Europäische Kommission geprüft. Dabei wird auch die Frage zu klären sein, ob die Bündelung verschiedener Apps zu einer wettbewerbswidrigen Verschließung des Marktes führt und unter Berücksichtigung möglicher Effizienzen negativ zu beurteilen ist.

243. Aus Sicht der Monopolkommission werden dabei die einschränkenden Inhalte des MADA vor dem Hintergrund des Wettbewerbs zwischen verschiedenen „mobilen Ökosystemen“ zu betrachten sein, die ihren Nutzern in unterschiedlichem Maße Restriktio-

¹⁷⁴ Vgl. FairSearch, www.fairsearch.org/fairsearch-announces-complaint-in-eu-on-googles-anti-competitive-mobile-strategy/ Abruf am 23. März 2015. Kritisch zu den Vorwürfen Körber, T., NZKart 2014, 378 ff.

nen auferlegen und entsprechend andere „Nutzererfahrung“ versprechen. Neben dem Google-Ökosystem, zu dem das Betriebssystem Android, der Google-Playstore und verschiedene Google-Apps gehören, bieten auch Amazon, Apple, Microsoft und weitere Anbieter eigene, oftmals geschlossene Ökosysteme mit entsprechend anderen Nutzererfahrungen an. So können auf Geräten mit Microsoft- oder Apple-Betriebssystem Applikationen nur über den eigenen exklusiven App-Store bezogen werden. Im Vergleich dazu wird durch das MADA die Verwendung verschiedener App-Stores auf Android-Geräten nicht ausgeschlossen. Gerätehersteller können weiterhin andere App-Stores und Apps vorinstallieren und prominent platzieren oder gänzlich auf die GMS verzichten und auf andere App-Pakete konkurrierender Anbieter zurückgreifen. Ebenso sind Nutzer frei, trotz ggf. vorinstallierter Google-Apps konkurrierende Anwendungen zu installieren und haben somit die Möglichkeit zum Multihoming bzw. Wechsel der Applikation.

5.4.2.2 Einbindung neuer Dienste und Inhalte zur Steigerung der Plattformattraktivität

244. Zur Beantwortung von Suchanfragen binden Suchplattformen zunehmend Ergebnisse und Inhalte spezialisierter Dienste in die Ergebnisse der horizontalen Suche ein. Hierzu zählen beispielsweise Kartenausschnitte, Nachrichten, Bilder und Videos, aber auch zunehmend Hotel-, Restaurant- oder Produktbewertungen. Eine solche Einbindung spezialisierter Dienste stellt eine Weiterentwicklung der Suchplattform und damit eine Produktinnovation dar, auch weil viele Suchanfragen erst durch diese Einbindung anderer Dienste sinnvoll zu beantworten sind. Dabei muss es sich bei den eingebundenen Diensten nicht zwingend um plattformeigene Inhalteanbieter handeln (dazu 5.4.2.3).

245. Aus Sicht der Nutzer wird durch die zusätzlichen Funktionen der Suchplattform deren Attraktivität gesteigert. Zudem kann es Nutzern einen Mehrwert bieten, wenn relevante Inhalte direkt angezeigt werden und eine umständliche Suche auf weiteren Webseiten entfällt. Die Einbindung komplementärer Dienste kann daher für Nutzer Vorteile bieten, zumal die Inhalte weiter über die organische Ergebnisliste auffindbar bleiben. Konkurrieren zudem komplementäre Dienste um die Einbindung in die allgemeine Suche, besteht die Möglichkeit, dass sich qualitativ hochwertige Dienste durchsetzen können, was wiederum positiv für die Nutzer wäre.

246. Durch die Einbindung und die damit einhergehende bevorzugte Darstellung eines einzelnen Dienstes in den Suchergebnissen ergeben sich Nachteile für all die Dienste, die nicht eingebunden werden und im Gegensatz zum bevorzugt dargestellten Dienst mit einem Rückgang der eigenen Besucherzahlen rechnen müssen. In Abhängigkeit von der Art und Dauer einer Kooperation zwischen Suchmaschine und Diensteanbieter können sich hieraus negative Wirkungen für die Investitionsbereitschaft ergeben. Problematisch kann es sein, wenn der Suchanbieter eigene (suboptimale) Dienste einbindet.¹⁷⁵

247. Problematischer ist es hingegen zu bewerten, wenn Inhalte anderer Anbieter ungeachtet von Verwertungsrechten verwendet werden (sogenanntes Scraping). Das gilt umso mehr, wenn ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Suchmaschine und Inhalteanbieter existiert. Beispiele für ein solches Verhalten auf dem Suchmaschinenmarkt sind die Verwendung nutzergenerierter Inhalte konkurrierender Dienste wie Bilder, Produkt- und Hotelbewertungen sowie unter Umständen die Verwendung geschützter Textauschnitte (sogenannter Snippets) in der Anzeige der spezialisierten Suchergebnisse. Eine solche unerlaubte Verwertung fremder Inhalte stellt bei wirksamem Wettbewerb zwar

¹⁷⁵ Vgl. dazu näher nachfolgenden Abschnitt 5.4.2.3.

keinen kartellrechtlichen Missbrauch dar, kann jedoch gegen die Grundsätze des lauten Wettbewerbs verstoßen (§ 4 Nr. 10-11 UWG). Darüber hinaus wäre ein solches Verhalten durch eine marktmächtige Suchplattform auch kartellrechtlich relevant (Art. 102 AEUV, § 19 GWB).¹⁷⁶ Insbesondere wäre es dabei als problematisch zu bewerten, wenn sich konkurrierende Anbieter gegen eine Verwendung ihrer Inhalte in den spezialisierten Suchergebnissen nur wehren könnten, indem sie gänzlich auf eine Aufnahme in den Webindex der Suchmaschine verzichten und somit auch in den organischen Suchtreffern nicht genannt würden.

5.4.2.3 Bevorzugung plattformeigener Dienste

248. Suchplattformen, die neben der Suchleistung weitere Dienste und Inhalte (Bilder, Videos, Bewertungs- und Vergleichsportale etc.) anbieten, haben einen Anreiz, diese bei der Darstellung von Suchergebnissen zu bevorzugen („Search Bias“), um Nutzer zum Besuch der plattformeigenen Dienste zu bewegen („Traffic Diversion“) und so entsprechend höhere Umsätze etwa durch Werbung oder die Vermittlung von Produkten zu erzielen. Eine Bevorzugung eigener Inhalte kann auf verschiedene Arten und Weisen erfolgen, etwa durch eine Verfälschung des Suchalgorithmus oder die bevorzugte Darstellung der plattformeigenen Dienste in den Suchtreffern.¹⁷⁷ Derartige Eingriffe werden in der öffentlichen Debatte als problematisch angesehen, da Suchergebnisse zulasten der Nutzerinteressen und im Sinne des Plattformbetreibers verzerrt werden können („Suchneutralität“).

Anreize zur Verfälschung des Suchalgorithmus

249. Unabhängig von einer bevorzugten Darstellung eigener Dienste in den Suchergebnissen (siehe unten) könnte eine Verfälschung des Suchalgorithmus mit dem Ziel erfolgen, eigene Inhalte oder die von Kooperationspartnern in den organischen Suchtreffern höher zu stufen („Promotion“) oder bestimmte Angebote konkurrierender Anbieter in der Rangfolge gezielt herabzustufen („Demotion“). Nutzer würden so verstärkt auf eigene Dienste umgeleitet. Sowohl für konkurrierende Dienste wie auch für Nutzer wäre ein solches Verhalten schädlich, da Konkurrenten mit einem Rückgang der Besucherzahlen rechnen müssten und Nutzer nicht zu den Webseiten gelangen würden, die eher ihrem Interesse entsprechen würden. Allerdings müsste eine Suchmaschine mit einem nicht unerheblichen Reputationsverlust und mit einer Einbuße bei Suchanfragen rechnen, wenn ein derartiger Eingriff öffentlich bekannt würde.

Bevorzugte Einbindung eigener Dienste

250. Neben der Verzerrung von Suchergebnissen lassen sich Nutzer auch zu eigenen Diensten umleiten, wenn bei der prominenten Einbindung spezialisierter Dienste bevorzugt auf plattformeigene Dienste zurückgegriffen wird.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Dazu siehe unten Abschnitt 8.

¹⁷⁷ Vgl. vorherigen Abschnitt.

¹⁷⁸ Zu möglichen Verfälschungen des Suchalgorithmus der Suchplattform Google zugunsten von eingebundenen Diensten siehe FTC Staff Report, wie zitiert in: Mullins/Winkler/Kendall, Inside the U.S. Antitrust Probe of Google; Winkler/Mullins, How Google Skewed Search Results; Kendall/Winkler, Excerpts from FTC Staff Report on Google's Search Practices, jeweils in: Wall Street Journal vom 19. März 2015.

251. Während eine Hervorhebung von Inhalten spezialisierter Dienste im Allgemeinen durchaus eine Innovation im Sinne der Nutzer darstellen kann (vgl. Abschnitt 5.4.2.2), kann insbesondere die Bevorzugung plattformeigener Dienste mit weiteren Vor- und Nachteilen verbunden sein, die eine differenziertere Betrachtung erforderlich macht. Denn grundsätzlich dürfte in vielen Fällen die Einbindung von Diensten anderer Anbieter technisch ebenfalls unproblematisch sein. Hierfür spricht, dass z. B. Google in der Vergangenheit Inhalte Dritter eingebunden hat und Microsofts Bing teilweise mit anderen Anbietern kooperiert.

252. Aus Sicht der Suchplattform bestehen Anreize, auf eigene Dienste zurückzugreifen, um diesen mehr Nutzer zuzuführen und entsprechend zusätzliche Umsätze zu erzielen. Zudem können sich Vorteile daraus ergeben, dass entsprechende Transaktionskosten zwischen Suchplattform und Inhalteanbietern entfallen. Gleichzeitig besteht jedoch die Gefahr, die Qualität der Suchergebnisse zu verschlechtern und letztlich Nutzer zu verlieren, wenn es sich bei dem eingebundenen Dienst um einen vergleichsweise schlechten Dienst handeln sollte. Ein plattformeigener Dienst wie z. B. ein Vergleichs- oder Bewertungsportal könnte schlechter sein, weil er zumindest anfangs nicht über eine ausreichende Anzahl an Bewertungen verfügt, um aus Nutzersicht relevant zu sein.

253. Anreize, Nutzer auf eigene Dienste umzuleiten, bestehen unabhängig von der Marktstellung einer Suchplattform. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine Suchplattform, die z. B. aufgrund besserer Technologien oder mehr Nutzungsdaten einen Wettbewerbsvorsprung hat, über einen größeren Spielraum für die Einbindung qualitativ schlechterer eigener Dienste verfügt als andere Suchplattformen. Anders als diese muss sie nicht davon ausgehen, dass Kunden zu einem anderen Anbieter wechseln, solange die Gesamtqualität der Suchplattform ausreichend hoch bleibt. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass mögliche Qualitätseinbußen durch die Einbindung schlechterer Dienste langfristig abnehmen, da die bevorzugte Darstellung in den Suchergebnissen mehr Nutzer zu einer Verwendung des Dienstes bewegt.

254. Fraglich ist, ob derartige Wettbewerbsbeschränkungen durch mit der Einbindung von Diensten einhergehende Effizienzen aufgewogen werden. Dies gilt zumindest, wenn man die möglichen langfristigen Auswirkungen auf das Angebot von Suchdienstleistungen betrachtet. Die Nutzer verzichten infolge der Einbindung eigener Dienste vielfach zunächst auf die Nutzung möglicherweise besserer Konkurrenzdienste, sparen aber je nach ihren Präferenzen (kurzfristig anfallende) Suchkosten, die für die Identifizierung geeigneter Dienste in den allgemeinen Suchergebnissen aufgewendet werden müssen. Allerdings könnte die Einbindung eigener Dienste den Suchplattformbetreiber (langfristig) in die Lage versetzen, seine Marktmacht zu festigen und sich effektiv gegen Wettbewerb abzuschotten.

Rechtliche Einschätzung des Missbrauchspotenzials

255. Aus rechtlicher Sicht kann die Bevorzugung eigener Dienste bei marktbeherrschenden Betreibern einer Suchplattform mit einer missbräuchlichen Hebelung von Marktmacht einhergehen. Wettbewerbsprobleme dieser Art sind bzw. waren bereits Gegenstand von Verfahren der amerikanischen und europäischen Wettbewerbsbehörden gegen das Unternehmen Google. Dabei hat sich der Verdacht einer Verfälschung des Suchalgorithmus nicht erhärtet und wurde fallen gelassen.¹⁷⁹ Die amerikanische Federal Trade

¹⁷⁹ FTC, Pressemitteilung vom 3. Januar 2013, In the Matter of Google Inc. Zur Prüfung in der EU siehe EU-Kommission, 39.740 – Google, Pressemitteilung IP/10/1624 vom 30. November 2010. Dazu

Commission (FTC) kam außerdem bereits 2013 zu dem Schluss, dass die Anzeige komplementärer Dienste zusammen mit den organischen Suchergebnissen wettbewerblich unbedenklich sei, da die Vorteile für Nutzer die Nachteile für Wettbewerber überwogen.¹⁸⁰ Davon abweichend untersucht die Europäische Kommission weiter die kombinierte Anzeige in einem noch laufenden Verfahren im Rahmen des Vorwurfs einer Umleitung des Datenverkehrs (sogenannte Traffic Diversion). Außerdem untersucht die Europäische Kommission verschiedene Praktiken von Google im Zusammenhang mit dem Mobilbetriebssystem Android.

256. In Bezug auf die Anzeige komplementärer Dienste hat Google der Europäischen Kommission zur Abstellung eines möglichen Missbrauchs Verpflichtungszusagen angeboten, nach denen im Fall der Anzeige eigener spezialisierter Suchdienste auch die Dienste von drei Konkurrenten angezeigt werden sollen. Die Vorwürfe im Zusammenhang mit dem Betriebssystem Android waren bisher nicht Gegenstand eines Angebots von Verpflichtungszusagen.

257. Die Europäische Kommission hat Google inzwischen Beschwerdepunkte übermittelt und ihre Vorwürfe aus diesem Anlass auch in allgemein zugänglichen Presseveröffentlichungen konkretisiert.¹⁸¹ Die Beschwerdepunkte beziehen sich auf einen Teilvorwurf des ursprünglichen Verfahrens, nämlich die systematische Bevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes von Google auf den allgemeinen Suchergebnisseiten. Die Europäische Kommission sieht ein missbräuchliches Verhalten in der Ungleichbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes von Google im Verhältnis zu anderen Diensten, die mit der hervorgehobenen Platzierung des eigenen Preisvergleichsdienstes und der Anwendung eines Sanktionssystems auf andere Preisvergleichsdienste verbunden ist. Dadurch hebele Google seine marktstarke Stellung im Bereich der allgemeinen Suche in verbundene Märkte.¹⁸² Außerdem sieht die Europäische Kommission einen Missbrauch darin, dass Google das Mobilsystem Android dazu einsetze, die Vorinstallation googleeigener Anwendungen und Dienste durchzusetzen, die Entwicklung und den Vertrieb von Android-Versionen anderer Anbieter (sogenannte Android forks) zu behindern und Google-Anwendungen und -Dienste mit anderen Anwendungen/Diensten bzw. mit Schnittstellen zu koppeln bzw. zu bündeln.¹⁸³

5.5 Zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen

258. Die vorangegangene Betrachtung des Suchmaschinenmarktes hat ergeben, dass der Verhaltensspielraum großer Suchmaschinen derzeit durch eine Reihe von Marktfaktoren zumindest teilweise eingegrenzt wird. Dessen ungeachtet gibt es eine politische Diskussion über eine regulatorische Ergänzung des bestehenden wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums, um den Wettbewerb bei Suchplattformen funktionsfähig zu erhalten und andere Marktteilnehmer (einschließlich der Verbraucher) gegen Marktmachtmissbräuche zu schützen.¹⁸⁴

schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 42.

180 Vgl. FTC, Pressemitteilung vom 3. Januar 2013.

181 EU-Kommission, Pressemitteilungen IP/15/4780, IP/15/4781, IP/15/4782 und Erklärung von Kommissarin Vestager, STATEMENT/15/4785, jeweils vom 15. April 2015.

182 EU-Kommission, Pressemitteilung IP/15/4781 und Erklärung von Kommissarin Vestager, STATEMENT/15/4785, jeweils vom 15. April 2015.

183 EU-Kommission, Pressemitteilung IP/15/4782 und Erklärung von Kommissarin Vestager, STATEMENT/15/4785, jeweils vom 15. April 2015.

184 Vgl. zuletzt EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM(2015) 192 final, Mitteilung vom 6. Mai 2015, S. 10, 12 ff., und Bundesregierung, Stellungnahme zum XX.

259. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass eine missbrauchsunabhängige, rein präventive Regulierung, insbesondere durch eine Regulierung des Suchalgorithmus oder regulatorische Entflechtungsinstrumente, derzeit nicht zu befürworten ist (dazu 5.5.1). Bei regulatorischen Maßnahmen, die darauf abzielen würden, Suchplattformen einen gleichartigen Zugang zu Nutzerdaten zu ermöglichen oder diesen durch Einrichtung eines staatlich finanzierten Webindex entbehrlich zu machen, überwiegen aus ihrer Sicht die Risiken gegenüber den möglichen Vorteilen (dazu 5.5.2). Allenfalls sollten Maßnahmen erwogen werden, welche die Entwicklung von Standards zur Vernetzung von Plattformen und zur Erhöhung der Interoperabilität fördern (dazu 5.5.3).

5.5.1 Keine Notwendigkeit einer rein präventiven Regulierung

260. Eine Regulierung von Internetplattformen, die darauf abzielt, Missbräuche präventiv zu verhindern, ist aus Sicht der Monopolkommission allenfalls sehr eingeschränkt zu befürworten und erscheint jedenfalls derzeit nicht erforderlich.

5.5.1.1 Keine Notwendigkeit eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments

261. Um den potenziellen Gefahren aus einer Bevorzugung eigener Dienste bei der Anzeige von Suchergebnissen entgegenzuwirken, wird vorgeschlagen, durch die Entflechtung von allgemeiner Suche und spezialisierten Diensten eine Bevorzugung eigener Dienste in der Darstellung von Suchergebnissen zu verhindern.

262. Eine derartige Entflechtung ist in unterschiedlicher Weise denkbar. So sieht das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) Maßnahmen zur buchhalterischen, informationellen, organisatorischen und gesellschaftsrechtlichen Entflechtung vor.¹⁸⁵ Noch weitergehend könnte eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung in Betracht gezogen werden. Die Verfügungsrechte an den verschiedenen Diensten müssten dann – etwa nach der Ausgliederung bestimmter Unternehmensbereiche – bei verschiedenen Eigentümern liegen. Dem entsprechend wären verschiedene Formen der Entflechtung von Suchplattformen denkbar. Eine solche Entflechtung könnte auf marktbeherrschende Suchmaschinen beschränkt oder für alle Suchmaschinen vorgesehen werden.

263. Eine Entflechtung ist allerdings immer ein schwerwiegender Eingriff in die Unternehmensstruktur. Deshalb müsste ein regulatorisches Entflechtungsinstrument gemessen am damit verfolgten wirtschaftlichen Ziel in verhältnismäßiger Weise ausgestaltet und angewendet werden.

264. In Bezug auf das Risiko, dass Suchplattformen eigene Dienste in einer durch den Wettbewerb nicht sanktionierten Weise bevorzugen, ist allerdings zweifelhaft, ob derartige Maßnahmen tatsächlich geeignet wären, etwaige Marktverzerrungen effektiv zu vermindern. Dies gilt insbesondere, wenn die Maßnahmen allein aufgrund der Marktmacht bestimmter Suchmaschinen oder für alle Suchmaschinen im Bereich der organischen Suche getroffen würden.

265. Zwar würden, wenn eine Suchmaschine aufgrund struktureller Maßnahmen oder regulatorischer Vorgaben daran gehindert ist, ihre organischen Suchergebnisse um Inhalte aus proprietären spezialisierten Diensten zu erweitern, mehrere Anbieter um Flä-

Hauptgutachten der Monopolkommission 2012/2013, BT-Drs. 18/4721, Tz. 17.

¹⁸⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2012, Tz. 391 ff.

chen für solche Dienste konkurrieren können. Hieraus könnten sich positive Wirkungen für den Wettbewerb auf diesen Märkten ergeben, was wiederum im Sinne der Nutzer wäre. Allerdings liefen an das bloße Vorhandensein von Marktmacht anknüpfende regulatorische Maßnahmen von vornherein dem Ansatz des Wettbewerbsrechts zuwider, welches (internes) Wachstum durch Markterfolg bewusst hinnimmt, um hierdurch einen Anreiz zu Innovationen zu setzen. Dies gilt um so mehr bei einer Regulierung, die allein auf den Betrieb einer Suchmaschine im Bereich der organischen Suche abstellen würde.

266. Durch eine Entflechtung könnten darüber hinaus aufseiten der betroffenen Suchmaschine Rationalisierungsvorteile zunichtegemacht werden und bestehende Größen- und Verbundvorteile verloren gehen. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte eine Entflechtung einer marktbeherrschenden Suchplattform aufgrund der Schwere des Eingriffs in das Geschäftsmodell allenfalls dann erwogen werden, wenn die relevante Suchplattform über Marktmacht innerhalb eines verfestigten und dauerhaft nicht durch wettbewerbliche Strukturen geprägten Marktumfeldes verfügt.¹⁸⁶ Solange demgegenüber eine Chance auf eine Belebung von Wettbewerbskräften gegeben erscheint, ist von einem schwerwiegenden und irreversiblen Eingriff in existierende Unternehmensstrukturen abzuraten. Davon abgesehen ist fraglich, ob sich etwaige Entflechtungsmaßnahmen gegenüber außerhalb Deutschlands ansässigen Plattformbetreibern überwachen und durchsetzen ließen.

5.5.1.2 Keine Notwendigkeit einer Regulierung des Suchalgorithmus

267. Ferner wird erwogen, durch regulatorische Maßnahmen Verfälschungen von Suchergebnissen zu verhindern und Suchneutralität zu gewährleisten. Dem Begriff Suchneutralität liegt die Vorstellung zugrunde, dass Suchmaschinen eigene Inhalte nicht bevorzugt darstellen dürfen.¹⁸⁷ Schwierigkeiten würde demgegenüber der Versuch bereiten, Anforderungen an eine (vollkommen) „neutrale“ Suchplattform positiv zu formulieren. Die Erstellung einer Liste von Suchergebnissen beruht stets auf Kriterien, die durch den Betreiber der Suchmaschine bestimmt werden und somit zu einem gewissen Grade subjektiv sind.

268. Eine Regulierung des Suchalgorithmus zur Sicherstellung von Suchneutralität würde nach den bisherigen Vorschlägen beinhalten, dass eine staatliche Behörde die Aufsicht über Änderungen am Algorithmus übernehmen müsste.¹⁸⁸ Angesichts der Häufigkeit, mit der Änderungen vorgenommen werden, würde dies einen erheblichen Aufwand bedeuten. Zudem bliebe aufgrund der Komplexität der Suchalgorithmen unklar, ob eine Verzerrung objektiv feststellbar wäre. Hinzu kommt, dass Suchmaschinen im Zweifelsfall geeignetere Möglichkeiten haben, eigenen Diensten einen Vorteil bei der Darstellung der Suchergebnisse zu geben. Aufgrund ihrer Kenntnisse des Suchalgorithmus könnten die Webseiten eigener Dienste zur Sicherung einer guten Platzierung auf der Trefferliste den von der Suchmaschine verwendeten Suchkriterien angepasst werden, ohne dass eine Änderung des Suchalgorithmus notwendig wäre.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Siehe schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 58; dies., Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden Baden 2010, Tz. 135.

¹⁸⁷ Vgl. Crane, D.A., Search Neutrality as an Antitrust Principle, University of Michigan Public Law Working Paper No. 256, 2011.

¹⁸⁸ Vgl. z. B. Bracha, O., und Pasquale, F., Federal Search Commission? Fairness, Access, and Accountability in the Law of Search, 93 Cornell Law Review 1149 (2008).

¹⁸⁹ Vgl. dazu auch Grimmelmann, J., Some Skepticism About Search Neutrality, in: Szoka, B./Marcus, A. (Hrsg.), The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet, TechFreedom, S. 435 ff.

5.5.2 Keine Notwendigkeit einer Vergemeinschaftung von Suchmaschineninfrastruktur

269. Ein möglicher regulatorischer Ansatz zur Intensivierung des Wettbewerbs auf dem Suchplattformmarkt könnte (1) die Offenlegung des Suchalgorithmus oder des Webindex einer beherrschenden Suchmaschine gegenüber den Wettbewerbern, (2) die Entwicklung eines allgemein zugänglichen Webindex oder (3) das Vergemeinschaften exklusiver Nutzerdaten sein.¹⁹⁰ Daher wird teilweise gefordert, die betreffenden Informationen sollten offengelegt oder durch eine vom Staat entwickelte und bereitgestellte Infrastruktur ergänzt werden.

270. Ein regulatorischer Eingriff wird in diesen Fällen auch unabhängig davon in Betracht gezogen, ob der Suchplattformbetreiber im kartellrechtlichen Sinn missbräuchlich handelt, wenn er den Zugang zu ihm exklusiv zur Verfügung stehenden Informationen verweigert. Im vorliegenden Rahmen soll nur eine wettbewerbspolitische und keine immaterialgüter- bzw. datenschutzrechtliche Einschätzung dieser Maßnahmen vorgenommen werden.

271. Aus Sicht der Monopolkommission ist die staatlich erzwungene Offenlegung des Suchalgorithmus oder des Webindex durch eine marktbeherrschende Suchplattform gegenüber ihren Wettbewerbern abzulehnen. Eine solche Maßnahme würde ein erhebliches Risiko bergen, die Anreize zu zerstören, in die Entwicklung des Suchalgorithmus bzw. Webindex zu investieren. Damit einhergehend würde eine solche Maßnahme einen tiefen Eingriff in schutzwürdige Unternehmensinteressen bedeuten.¹⁹¹

272. Als Alternative zur Offenlegung des Suchalgorithmus oder des Webindex einer marktbeherrschenden Suchplattform wird auch die Schaffung eines, z. B. staatlich finanzierten, offenen Webindex diskutiert. Damit ließe sich dem Umstand Rechnung tragen, dass neben Google und Microsofts Bing derzeit nur wenige kleinere Anbieter wie DuckDuckGo und Blekko überhaupt über einen eigenen Webindex zur Beantwortung von Suchen verfügen. Eine solche Maßnahme würde auch einen geringeren finanziellen und technischen Aufwand erfordern als die – ebenfalls schon – erwogene Entwicklung einer europäischen Suchmaschine.

273. Aus Sicht der Monopolkommission übersteigen die Nachteile eines staatlich finanzierten offenen Webindex jedoch klar die möglichen Vorteile. Zwar ist davon auszugehen, dass ein solcher Index den Einstieg neuer Anbieter in den Suchmaschinenmarkt erleichtern würde, da die mit Aufbau und Betrieb eines Indexverbundenen Kosten entfallen würden. Allerdings wäre der Erfolg des Projekts in hohem Maße unsicher, da er letztlich von der Akzeptanz der Suchmaschinennutzer abhängt. Auf der anderen Seite ist nicht ersichtlich, warum Suchmaschinen, die auf einem öffentlichen Index basieren, mehr Erfolg haben sollten als die der bestehenden Wettbewerber. Für die Erstellung und Pflege des offenen Webindex müssten in einem erheblichen Umfang öffentliche Mittel aufgebracht werden. Da derzeit privat finanzierte Webindizes erstellt werden, ist das Bestehen einer Staatsaufgabe in diesem Bereich nicht leicht zu begründen. Zudem spricht die mit staatlichen Engagement einhergehende Verzerrung des Suchmaschinenmarktes gegen die öffentliche Finanzierung eines Webindex. Bereits getätigte Investitionen privater Anbieter würden entwertet.

¹⁹⁰ Vgl. Argenton, C./Prüfer, J., Search Engine Competition with Network Externalities, Journal of Competition Law and Economics 8 (1), 2012, S. 73-105.

¹⁹¹ Vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014, VI ZR 156/13, BGHZ 200, 38 (Scoring-Algorithmus der Schufa als deren „wesentliches Geschäftsgeheimnis“).

274. Darüber hinaus gibt es bereits öffentlich zugängliche Webindizes wie z. B. den der Common Crawl Foundation.¹⁹² Auch wenn die führenden Suchmaschinen wie Google oder Bing über mehr Ressourcen und einen deutlich größeren Webindex verfügen, reichen öffentlich zugängliche Webindizes mit mehreren Milliarden gelisteten Webseiten offenbar aus, um als Grundlage für eine Suchmaschine zu dienen und einen Markteintritt zu erleichtern. Auch andere bestehende Suchmaschinen basieren auf ähnlich großen Webindizes.¹⁹³

275. Ebenfalls diskutiert wird eine Regulierung der Nutzungsdaten. Anders als der Suchalgorithmus oder der Webindex sind die Nutzungsdaten keine eigene Leistung der Suchplattform, sondern fallen durch die Eingaben der Nutzer bei der Suchmaschinen-nutzung an.

276. Diese Nutzungsdaten sorgen für einen Lerneffekt aufseiten der Suchplattform. Auf die Dauer können Konzentrationstendenzen im Markt vergrößert werden, wenn Lerneffekte verstärkt bei einer bestimmten Suchplattform auftreten. Der Hintergrund hierfür ist, dass eine Suchplattform die Nutzerinteraktion auf der Suchseite verwenden kann, um die Anzeige von Suchergebnissen und Suchwerbung entsprechend den Nutzerinteressen zu verbessern. Das bedeutet, dass eine Suchplattform, die einmal einen Wettbewerbsvorsprung erlangt hat, diesen ausbauen und dass so der Markt (auf allen Seiten) zu ihren Gunsten „kippen“ kann, während die Betreiber konkurrierender Suchplattformen ihren eigenen Dienst nur unter immer größeren Schwierigkeiten verbessern können.

277. Eine Möglichkeit, derartigen Konzentrationstendenzen entgegenzuwirken, wäre die Bereitstellung der Nutzungsdaten für andere Suchmaschinen. Dazu sind erneut verschiedene Wege denkbar, entweder ein bilateraler Austausch über entsprechend einzurichtende Schnittstellen oder ein Austausch über eine zentrale Infrastruktur, zu der alle Suchmaschinen Zugang bekämen.

278. Zu den Vorteilen eines solchen Ansatzes würde gehören, dass es sich um einen weniger intensiven Eingriff in das Geschäftsmodell handeln würde als dies etwa bei einer Entflechtung von allgemeiner Suche und spezialisierten Diensten der Fall wäre. Suchplattformen wären weiterhin in der Lage, über eine Reihe weiterer Qualitätsfaktoren, wie der Tiefe des Webindex, der Schnelligkeit der Suchmaschine oder ihrer Nutzerfreundlichkeit zu konkurrieren.

279. Ein Nachteil eines solchen regulatorischen Eingriffs läge im erheblichen Aufwand, der in technischer Hinsicht bei den betroffenen Suchplattformbetreibern und daneben im Rahmen einer Kontrolle des Datenaustausches durch eine staatliche Stelle entstehen würde. Problematisch wäre zudem, dass der Austausch von Nutzungsdaten anderen Suchmaschinenbetreibern Rückschlüsse auf Qualitätsfaktoren wie den Webindex oder den verwendeten Suchalgorithmus erlauben könnte. Es müsste durch entsprechende technische Verfahren sichergestellt werden, dass keine personenbezogenen Daten geteilt würden, um datenschutzrechtlichen Bedenken ausreichend Rechnung zu tragen. Außerdem müssten Standards für den Datenaustausch und die Ermittlung von Zugangspreisen entwickelt und durchgesetzt werden. Dieser Aufwand erschiene insbesondere dann unverhältnismäßig, wenn der regulatorische Eingriff allein für den deutschen Sprachraum durchsetzbar wäre.

¹⁹² Vgl. <http://commoncrawl.org/>, Abruf am 26. März 2015.

¹⁹³ Angaben der Common Crawl Foundation gegenüber der Monopolkommission.

280. Nach Auffassung der Monopolkommission überwiegen in einer Gesamtbetrachtung auch hier die Nachteile gegenüber den möglichen Vorteilen, sodass von einer solchen regulatorischen Maßnahme zumindest derzeit abgeraten wird.

5.5.3 Förderung der Entwicklung von Standards als sinnvolle Maßnahme

281. Dagegen erscheint die Einschätzung der Europäischen Kommission und der Bundesregierung, dass ein zukunftsfähiger Ordnungsrahmen unter anderem durch die Förderung von Normen und Standards geschaffen werden sollte, auch für den Bereich der Suchplattformen und davon abhängiger Dienste zutreffend.¹⁹⁴

282. Die Europäische Kommission hat in ihrer Digitalen Agenda darauf hingewiesen, dass technische Interoperabilität und die dadurch geschaffene offene Architektur des Internets eine Voraussetzung dafür ist, Informations- und Kommunikationstechnologien uneingeschränkt nutzen zu können. Dies setzt Normen und Standards voraus, die das Risiko einer Bindung der Verwender an eine bestimmte Technik reduzieren.¹⁹⁵ Diesbezüglich sind insbesondere Schnittstellen für die Softwareentwicklung von hoher Bedeutung.¹⁹⁶ Darüber hinaus sind Normen und Standards sinnvoll, die der Abhängigkeit der Marktteilnehmer von einzelnen Plattformdiensten entgegen wirken.

283. Die Monopolkommission regt an, Maßnahmen zu prüfen, durch die Nachteile für andere Internetdienste aufgrund der Funktionsweise und Weiterentwicklung von Suchplattformen minimiert werden. So erscheinen staatliche Vorgaben sinnvoll, durch die Anbieter von Internetdiensten, einschließlich Suchmaschinen, zu technischen Voreinstellungen verpflichtet werden, um andere Marktteilnehmer bei Verwendung ihrer Inhalte und Daten gegen die Verletzung ihrer Rechte (z. B. Urheber- oder Datenschutzrechte) zu schützen, z. B. durch situationsabhängige, automatische Anfragen zur Einholung einer expliziten Zustimmung des Rechteinhabers.¹⁹⁷ In Bezug auf die Einrichtung von Geräten und Systemen erscheinen außerdem technische Normen oder Standards sinnvoll, die eine aktive Auswahl von Suchmaschinen und speziellen Suchdiensten durch die Nutzer mittels Applikationen für Mobilgeräte oder im Browser vorsehen.¹⁹⁸

5.5.4 Weiterentwicklung des Urheberrechts an indexierten Inhalten

284. Das Urheberrecht sollte nach Auffassung der Monopolkommission weiterentwickelt werden, um einerseits den Bedürfnissen dynamischer Märkte in der digitalen Wirtschaft und andererseits den legitimen Schutzinteressen von Inhabern geistigen Eigentums angemessen Rechnung zu tragen. Dies gilt mit Blick auf die Nutzung geistigen Eigentums bei der Anzeige von Online-Suchergebnissen, aber auch darüber hinaus.

194 Vgl. EU-Kommission, Eine Digitale Agenda für Europa, Mitteilung vom 19. Mai 2010 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2010) 245 endgültig, S. 17 ff.; Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 13.

195 EU-Kommission, Eine Digitale Agenda für Europa, Mitteilung vom 19. Mai 2010 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2010) 245 endgültig, S. 17 f.

196 Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 13 (dort allerdings mit Blick auf die Verzahnung der klassischen Industrie mit Informations- und Kommunikationstechnologien).

197 Vgl. schon oben Tz. 103 f. (zum Datenschutz).

198 Dazu siehe oben Tz. 192 f. Zu möglichen Regulierungsmaßnahmen vgl. in dieser Hinsicht EU-Kommission, Entscheidung vom 16. Dezember 2009, 39.530 – Microsoft (Kopplung), Anhang.

285. Insbesondere die Einführung urheberrechtlicher Regelungen auf EU-Ebene kann sinnvoll sein, um den Urhebern geistiger Schöpfungen (z. B. Bücher, Bilder) einen besseren Schutz als bisher gegen die Ausbeutung solcher Schöpfungen durch Dritte zu ermöglichen. Dies gilt mit Blick darauf, dass die Durchsetzung solcher Rechte innerhalb des EU-weit zersplitterten Rechtsrahmens erschwert wird. Regelungen auf EU-Ebene könnten davon abgesehen – außerhalb der bei Suchmaschinen bestehenden Wettbewerbsrisiken – klarstellen, welche Voraussetzungen beim Einsatz von technischen Maßnahmen zu beachten sind, um territoriale Beschränkungen von nationalen Urheberrechten durchzusetzen (sogenanntes Geoblocking). In der Praxis werden die von der Rechtsprechung für solche Maßnahmen gezogenen Grenzen offenbar häufig missachtet, was einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln darstellen kann.¹⁹⁹ Die Einführung urheberrechtlicher Regelungen auf EU-Ebene könnte ferner zur Entwicklung grenzüberschreitend tätiger europäischer Digitalunternehmen im audiovisuellen Sektor beitragen.

286. Darüber hinaus sollten auch die Regeln über die Zuordnung von geistigem Eigentum überprüft und möglicherweise vereinfacht werden. So gibt es in der Praxis z. B. erhebliche Unsicherheiten darüber, wer Inhaber der Rechte an einer online abgegebenen Nutzerbewertung ist.

287. In Deutschland ist ein Leistungsschutzrecht eingeführt worden, das neben die Rechte der Urheber von Presseartikeln tritt. Dadurch haben Verleger bei der Anzeige von durch eine Suchmaschine generierten Textausschnitten die Möglichkeit, eigene Rechte an dieser Anzeige und damit zugleich an den Leistungen der Suchmaschine (Traffic-Generierung) geltend zu machen. Der zugrunde liegende Streit betrifft mit Suchmaschinen und Verlegern ausschließlich die Intermediäre zwischen dem Urheber und dem Leser, wobei es im Kern nicht um das urheberrechtlich geschützte Werk (z. B. einen bestimmten Presseartikel), sondern um die Befugnis geht, die durch die Wiedergabe aktueller Nachrichten angezogene Nutzeraufmerksamkeit wirtschaftlich zu nutzen. Aktuelle Nachrichten sind – anders als darüber produzierte Presseerzeugnisse – allerdings nicht schutzfähig. Der Streit sollte durch die Entwicklung marktadäquater Geschäftsmodelle auf Seiten der Intermediäre und nicht durch gesetzgeberische Eingriffe entschieden werden.

¹⁹⁹ EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403 u. 429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1034 ff.

6. Soziale Netzwerke

288. Soziale Netzwerke wie Facebook, Xing oder Twitter bieten ihren Nutzern eine Plattform, auf der sie mit anderen Nutzern kommunizieren sowie unterschiedlichste Inhalte erstellen und mit anderen Nutzern teilen können. Einer repräsentativen Umfrage des Branchenverbandes Bitkom zufolge waren in Deutschland im Jahr 2013 mehr als drei Viertel der Internetnutzer (78 Prozent) bei mindestens einem sozialen Netzwerk angemeldet und zwei Drittel (67 Prozent) waren aktive Nutzer, die zum überwiegenden Teil soziale Netzwerke täglich verwendeten.²⁰⁰ Damit sind soziale Netzwerke ein zentraler Bestandteil des modernen, durch Nutzerinteraktion geprägten Internets (Web 2.0) und bieten durch die Möglichkeit, neue Kontakte zu schließen, einen Mehrwert gegenüber reinen Kommunikationsdiensten wie WhatsApp oder Skype, die im Wesentlichen der Verbraucherkommunikation zwischen bereits bestehenden Kontakten dienen. Die Popularität sozialer Netzwerke spiegelt sich in den Nutzerzahlen wider. Das weltweit größte soziale Netzwerk mit etwa 2 Mrd. registrierten und 1,4 Mrd. aktiven Nutzern ist Facebook. Weitere Dienste mit hohen Nutzerzahlen sind das vor allem im asiatischen Raum verbreitete Tencent Qzone (629 Mio. aktive Nutzer), Google+ (540 Mio.), Instagram (300 Mio.) und Twitter (284 Mio.).

289. Das Angebot an sozialen Netzwerken ist vielfältig.²⁰¹ Die meisten sozialen Netzwerke bieten typischerweise eine Reihe von Grundfunktionen an, zu denen z. B. ein Nutzerprofil, eine Liste mit Kontakten und das Versenden von Nachrichten gehören. Darüber hinaus unterscheiden sich soziale Netzwerke mitunter deutlich im Hinblick auf ihre Zielgruppen, Funktionen und Verwendungszwecke. Einige Netzwerke wie z. B. Facebook, Google+ oder Tencent Qzone richten sich an eine große Nutzergruppe, zu der neben Privatpersonen auch öffentliche Stellen und Unternehmen gehören, die soziale Medien als Teil der Öffentlichkeitsarbeit bzw. Unternehmenskommunikation verwenden. Dabei werden diverse Möglichkeiten für die Nutzerinteraktionen eröffnet. Kommunikation kann bilateral zwischen Nutzern, in Gruppen oder öffentlich erfolgen, wobei neben Textnachrichten auch Verknüpfungen zu anderen Webseiten, Bildern oder Videos geteilt werden können. Im Vergleich dazu gibt es eine Vielzahl anderer Anbieter, die sich auf bestimmte Nutzergruppen bzw. Verwendungszwecke spezialisiert haben. So dienen Netzwerke wie LinkedIn oder Xing als Plattform zur beruflichen Vernetzung. Andere Netzwerke wie Instagram oder Flickr sind besonders für das Teilen von Bildern und Videos geeignet, während Twitter für das Veröffentlichen von Kurznachrichten verwendet wird.

290. Die Finanzierung sozialer Netzwerke kann grundsätzlich über verschiedene Wege erfolgen. Viele Anbieter vermarkten ihren Zugang zu Nutzern, indem sie zunehmend Flächen für Online-Werbung anbieten. So erzielte das soziale Netzwerk Facebook im Geschäftsjahr 2014 den Großteil seines weltweiten Umsatzes von USD 12,5 Mrd. mit Werbung, wobei gerade im Bereich der mobilen Internetnutzung hohe Zuwächse verbucht wurden.²⁰² Alternative Formen der Finanzierung sind Mitgliedsbeiträge oder soge-

200 Bitkom, Soziale Netzwerke 2013, Eine repräsentative Untersuchung zur Nutzung sozialer Netzwerke im Internet. Dritte und erweiterte Studie, Berlin 31. Dezember 2013.

201 Folgender Wikipedia-Artikel enthält eine Übersicht über eine Reihe bekannter sozialer Netzwerke: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_social_networking_websites, Abruf am 14. April 2015.

202 Facebook, http://files.shareholder.com/downloads/AMDA-NJ5DZ/107683291x0x822961/FD718A09-C312-4605-9A17-1D6EF07BDD5A/FB_Q115Earnings-Slides.pdf, S. 8, Abruf am 29. April 2015.

nannte Freemiummodelle, bei denen Basisfunktionen unentgeltlich und bestimmte Premiumfunktionen kostenpflichtig angeboten werden.

291. Öffentliche Kritik an sozialen Netzwerken wird insbesondere hinsichtlich des Umgangs der Dienste mit personenbezogenen Daten geäußert. Zuletzt kam es zu einer Klage von einer Gruppe von Facebook-Nutzern vor dem Landesgericht Wien, die dem Unternehmen vorwerfen, die Privatsphäre seiner Nutzer zu verletzen, Daten unrechtmäßig zu sammeln und weiterzugeben sowie Nutzer über Like-Buttons und Apps auszuspähen.²⁰³ In eine ähnliche Richtung zielte die Kritik an der Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von Facebook Anfang 2015.²⁰⁴ Hier wurde insbesondere bemängelt, dass sich Facebook umfangreiche Möglichkeiten zum Sammeln und Auswerten von Nutzerdaten sowie zum Austausch von Nutzerdaten mit anderen zu Facebook gehörenden Diensten, z. B. WhatsApp, Instagram und dem Werbedienst Atlas, einräumen lässt.²⁰⁵ Aber auch andere Anbieter wie etwa Twitter werden zunehmend für ihren weitreichenden Zugriff auf Nutzerdaten kritisiert.²⁰⁶

292. Auch wenn hierbei auf den ersten Blick vornehmlich Themen des Daten- und Verbraucherschutzes angesprochen sind, rührt es an Belange der Wettbewerbspolitik, wenn möglicherweise marktbeherrschende Anbieter sozialer Netzwerkdienste ihre Position gegenüber Nutzern verwenden, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, indem sie sich einen weitreichenden Zugang zu Nutzerdaten einräumen lassen. Im Folgenden soll daher ein möglicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf aufgrund von Konzentrationstendenzen in Verbindung mit dem Zugang zu Nutzerdaten im Bereich sozialer Netzwerke diskutiert werden.

6.1 Konzentrationstendenzen

293. Bei sozialen Netzwerken handelt es sich aus ökonomischer Sicht zunächst um (einseitige) Netzwerke, die mit den Netzwerkmitgliedern eine Nutzergruppe haben. Durch die Öffnung für Werbezwecke werden soziale Netzwerke zu zweiseitigen Plattformen, die einerseits die Nutzer eines sozialen Netzwerkdienstes und andererseits dessen Werbekunden zusammenführen. Bieten soziale Netzwerke zudem Programmierschnittstellen für Entwickler von Software z. B. für Spiele an, können sie auch als dreiseitige Plattformen verstanden werden, die zusätzlich Nutzer und Inhaltenanbieter zusammenbringen.

6.1.1 Marktabgrenzung/Marktanteile

294. Ähnlich wie im Fall werbefinanzierter Suchplattformen (vgl. Abschnitt 5) kann bei einer wettbewerblichen Beurteilung des Verhaltens sozialer Netzwerkdienste (engl.: Social Networking Services) eine Marktabgrenzung nur näherungsweise durch eine zunächst getrennte Betrachtung der einzelnen Plattformseiten unter Berücksichtigung möglicher Interdependenzen zwischen den Plattformseiten erfolgen.

203 Vgl. u. a. tagesschau.de, <http://www.tagesschau.de/ausland/facebook-153.html>; <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2015-04/facebook-datenschutz-klage-schadenersatz-oesterreich>, Abruf am 14. April 2014.

204 Vgl. Zeit Online, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2015-01/facebook-agb-aenderung-datenschutz-fragen>, Abruf am 13. April 2015.

205 Dazu HmbBfDI, Facebooks neue Datenschutzrichtlinie tritt heute in Kraft, Pressemitteilung vom 30. Januar 2015.

206 Vgl. u. a. Heise.de, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschutz-Twitter-Nutzer-leicht-zu-verfolgen-2156201.html>. Abruf am 13. April 2015. Oder auch FAZ.net, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/datenschutz-twitter-erstellt-app-diagramm-13289768.html>, Abruf am 13. April 2015.

295. Hinsichtlich der geografischen Marktabgrenzung ist einerseits festzustellen, dass soziale Netzwerke ihre Dienste grundsätzlich weltweit anbieten, sodass Kommunikation global stattfinden kann. Andererseits dürfte der Großteil der Nutzerinteraktion und der angezeigten Werbung einem Sprach- und Kulturraum zuzuordnen sein. Beispielsweise werden deutsche Facebook- oder Twitternutzer den Dienst vorzugsweise mit deutscher Spracheinstellung nutzen, verstärkt mit anderen deutschen Nutzern kommunizieren und es wird ihnen an ihren Standort angepasste Werbung in deutscher Sprache angezeigt werden.

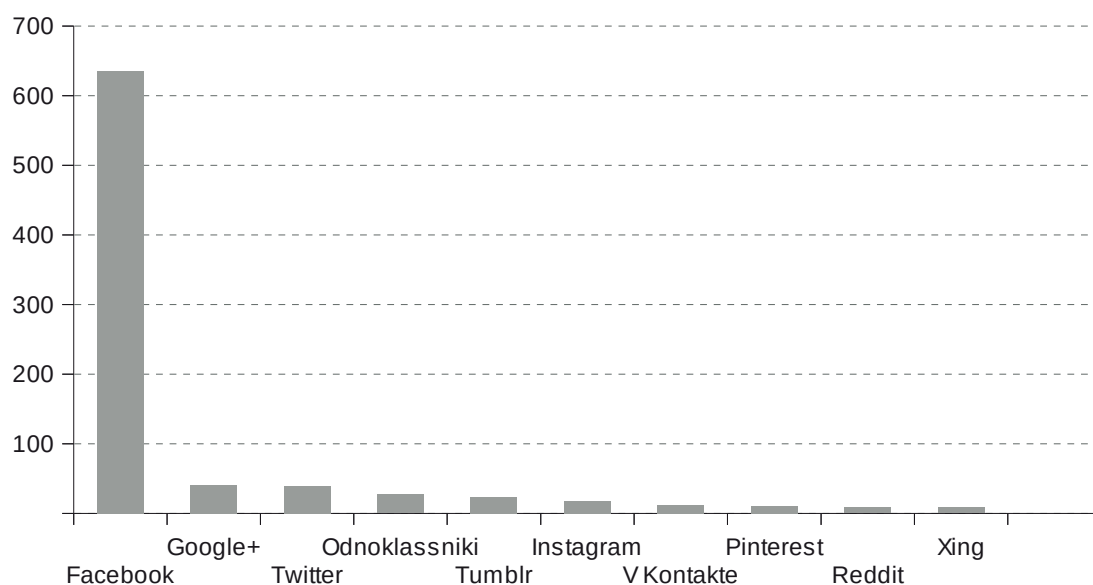
296. Für die Ermittlung von Anteilen auf der Nutzerseite sozialer Netzwerkdienste ist eine Betrachtung der Anzahl registrierter Nutzer nur bedingt aussagekräftig. So ist nur knapp ein Viertel (540 Mio.) der schätzungsweise 2,4 Mrd. registrierten Nutzer von Google+ tatsächlich mindestens einmal im Monat im Netzwerk aktiv.²⁰⁷ Der Großteil der registrierten Mitglieder ist also für andere Nutzer und potenzielle Werbekunden nicht erreichbar. Entsprechend geringer dürfte die Bedeutung des Netzwerkes für Nutzer und Werbekunden einzuschätzen sein. Hinsichtlich der Verwendung von Mitgliederzahlen ist zudem zu berücksichtigen, dass Nutzer auf mehr als einem sozialen Netzwerk aktiv sein können und daher anhand der Mitgliederzahlen nur bedingt verlässliche Aussagen über die tatsächliche Verteilung von Nutzern gemacht werden können.

297. Hilfreich kann es daher sein, zusätzlich zur Anzahl der Nutzer die Häufigkeit der Nutzerinteraktion auf der Plattform heranzuziehen. Näherungsweise kann dies z. B. durch die Betrachtung der Seitenaufrufe geschehen. Abbildung 6.1 stellt die Anzahl der Seitenaufrufe der zehn beliebtesten sozialen Netzwerke in Deutschland im Dezember 2014 dar. Nicht enthalten sind Seitenaufrufe über Mobilgeräte. Es zeigt sich, dass die Webseite von Facebook mit rund 636 Mio. Aufrufen (entspricht 77 Prozent) deutlich häufiger aufgesucht wurde als alle anderen hier betrachteten Dienste zusammen (rund 190 Mio.). Es folgen mit großem Abstand Google+ und Twitter mit jeweils rund 40 Mio. Seitenaufrufen (entspricht knapp 5 Prozent).

298. Die Nutzeranteile einzelner sozialer Netzwerke sind außerdem höher einzuschätzen, wenn man davon ausgeht, dass es sich bei den hier betrachteten Diensten aus Nutzersicht um verschiedene Produkte handeln kann. Zwar bieten typischerweise alle sozialen Netzwerke eine Reihe von Grundfunktionen, z. B. Nutzerprofile, Kontaktlisten und Kommunikationsfunktionen.²⁰⁸ Dennoch unterscheiden sich viele Dienste durch unterschiedliche Funktionalitäten und Nutzeroberflächen, was dazu führt, dass diese Dienste in unterschiedlicher Art und Weise verwendet werden und Nutzer auf mehrere Dienste parallel zugreifen. Während etwa Twitter vornehmlich dem Veröffentlichen von Kurznachrichten dient, ist Instagram insbesondere auf das Veröffentlichen von Fotos ausgelegt. Facebook hingegen bietet umfänglichere Möglichkeiten, andere Nutzer auf verschiedene Inhalte wie z. B. Nachrichten, Bilder und Videos aufmerksam zu machen. Entsprechend können Dienste wie Facebook, Twitter oder Instagram je nach dem konkret gewählten Blickwinkel nicht oder nur eingeschränkt demselben Markt zugeordnet werden.

²⁰⁷ Zur geschätzten Anzahl von Google+-Profilen vgl. Miernicki, G. <http://plus.miernicki.com/>, Abruf am 29. April 2015. Zur Anzahl aktiver Nutzer vgl. Google Official Blog, <http://googleblog.blogspot.de/2013/10/google-hangouts-and-photos-save-some.html>, Abruf am 29. April 2015.

²⁰⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 51.

Abbildung 6.1: Meistbesuchte soziale Netzwerke in Deutschland (Seitenaufrufe in Mio.)

Anm.: Die Angaben beziehen sich auf Dezember 2014. Mobile Besucher sind nicht erfasst

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Statista/SimilarWeb

299. Es zeigt sich, dass eine trennscharfe Abgrenzung der Nutzerseite wegen unterschiedlicher Substitutionsbeziehungen und der Möglichkeit zur parallelen Verwendung verschiedener Dienste (sogenanntes Multihoming) nicht möglich ist. Facebook hat selbst bei einer potenziell zu weiten Abgrenzung sozialer Netzwerkdienste eine sehr hohe Relevanz bei den Nutzern. Die Gründe für die hohe Konzentration sollen im Folgenden beleuchtet werden.

6.1.2 Faktoren der Marktkonzentration und Marktbeherrschung

300. Ausgeprägte direkte Netzwerkeffekte auf der Nutzerseite begünstigen eine starke Konzentration der Nutzer auf wenige Anbieter. Je mehr Mitglieder ein soziales Netzwerk hat, desto höher ist der Nutzen des Netzwerkes für den Einzelnen. Die teilweise in der Literatur vorgebrachte Argumentation, den Konzentrationstendenzen wären durch steigende Grenzkosten in Form von abnehmender Übersichtlichkeit für Nutzer Grenzen gesetzt, kann nicht überzeugen.²⁰⁹ Dagegen spricht zum einen, dass es eine Vielzahl von sozialen Netzwerken gibt, die dauerhaft sehr hohe Nutzerzahlen aufweisen und weiterhin wachsen. Zum anderen wird einer Überforderung der Nutzer vorgebeugt, indem z. B. Nachrichtenseiten, auf denen Meldungen anderer Nutzer zusammengeführt werden (News Feed), entsprechend der individuellen Nutzerinteressen mithilfe von Algorithmen gefiltert werden.

301. Begünstigt werden Konzentrationstendenzen zudem durch eine fehlende Interoperabilität zwischen verschiedenen sozialen Netzwerken. Wenn Nutzer verschiedener Netzwerke nicht über Plattformgrenzen hinweg kommunizieren können, haben sie einen verstärkten Anreiz, sich dem größten Netzwerk anzuschließen, um zumindest potenziell mit möglichst vielen anderen Nutzern interagieren zu können. Besonders Betreiber klei-

²⁰⁹ Vgl. Yoo, C. S., When Antitrust met Facebook, University of Pennsylvania Law School, Institute of Law and Economics, Research Paper No 12-31, 2012, S. 1148 ff.

nerer Netzwerke dürften daher ein Interesse haben, ihren Nutzern eine Kommunikation mit Nutzern anderer, gegebenenfalls größerer Netzwerke zu ermöglichen, um mögliche Nachteile aufgrund zu geringer Netzwerkgröße auszugleichen. Im Gegensatz dazu haben Betreiber relativ großer Netzwerke keinen Anreiz, eine Interoperabilität mit anderen Netzwerken herzustellen, da sie ein Interesse daran haben, Nutzer an ihr Netzwerk zu binden.

302. Ohne eine solche Interoperabilität stellt eine große Nutzerbasis eines etablierten Dienstes eine Markteintrittsbarriere für andere gleichartige Dienste dar. Denn anders als z. B. bei Suchmaschinen sind die Wechselkosten für Nutzer aufgrund starker direkter Netzwerkeffekte und Koordinierungskosten tendenziell hoch. Hohe Wechselkosten resultieren aus Nutzersicht zum einen insbesondere aus den Kontakten, die bei einem Wechsel zu einem weniger populären Netzwerk nicht übertragen werden können. Zum anderen gehen bei einem Anbieterwechsel einmal geteilte Informationen verloren, weil z. B. Nachrichten, Kommentare und Fotos nicht ohne Weiteres zu einem anderen Netzwerk übertragen werden können. Eine fehlende Datenportabilität kann also die Wechselkosten für Nutzer erhöhen und einen Lock-in-Effekt verstärken. Daher hat ein soziales Netzwerk mit einer großen Nutzerbasis mehr Spielraum für missbräuchliches Verhalten. Anders als in Plattformmärkten mit geringer Nutzerbindung reicht es somit bei sozialen Netzwerken nicht aus, wenn es einen Konkurrenten mit einer lediglich ein wenig besseren Qualität gibt, um eine ausreichend große Anzahl von Nutzern zum Anbieterwechsel zu bewegen. Ein alternatives soziales Netzwerk müsste vielmehr die höheren Wechselkosten der Nutzer durch eine deutlich höhere Qualität kompensieren. In diesem Fall würde sich ein „Kippen“ des Marktes zugunsten eines anderen Anbieters ergeben, dessen starke Stellung bliebe aber wiederum bestreitbar, sodass ein Spielraum für wettbewerbsbeschränkendes Verhalten begrenzt wäre.²¹⁰

303. Plattfordmendifferenzierung kann dazu beitragen, Konzentrationstendenzen abzuschwächen, wenn Teile der Nutzer aufgrund heterogener Präferenzen zu einem neuen Anbieter wechseln. In vielen Fällen ist jedoch davon auszugehen, dass es sich um spezialisierte Dienste handelt, die durch die Konzentration auf eine bestimmte Nutzergruppe wie etwa Berufstätige (LinkedIn und Xing) oder die Betonung einer bestimmten Funktionalität wie z. B. dem Teilen von Bildern (Instagram) eine bestimmte Marktnische bedienen und von Nutzern daher eher als komplementäre Dienste betrachtet werden. Das heißt, Nutzer verwenden z. B. die Dienste Twitter und Facebook eher parallel anstatt von einem Dienst zum anderen zu wechseln. Es muss daher aufgrund ihrer Spezialisierung bezweifelt werden, dass diese Dienste die Marktposition eines breiter aufgestellten Dienstes mit höherer Nutzerzahl langfristig gefährden können.

304. Ähnlich wie im Fall werbefinanzierter Suchmaschinen dürften indirekte Netzwerkeffekte zwischen Nutzern und Werbekunden bei sozialen Netzwerken insoweit vorliegen, als ein großes Netzwerk mit vielen Nutzern für Werbekunden attraktiver ist als ein kleineres Netzwerk. Da Werbekunden pro Einblendung bzw. pro Klick bezahlen, dürfte der Vorteil eines größeren Netzwerkes darin liegen, dass es mehr Informationen über Nutzerinteressen hat, die es ihm erlauben Werbung gezielter anzuzeigen. Umgekehrt ist eher nicht davon auszugehen, dass Nutzer ein Netzwerk mit einer größeren Anzahl von Werbekunden bevorzugen.

²¹⁰ Vgl. Tz. 16 (Wettbewerb nach Schumpeter).

305. Hohe Investitionskosten, z. B. für den Aufbau großer Serveranlagen, dürften eine eher untergeordnete Rolle im Hinblick auf den Markteintritt spielen. Zwar verfügen die Betreiber großer sozialer Netzwerke über große Serveranlagen, doch lassen sich Rechenkapazitäten auch kurzfristig anmieten, sodass kleineren Netzwerken keine Nachteile aufgrund hoher Fixkosten entstehen müssen.

6.2 Potenzielle Wettbewerbsprobleme

6.2.1 Anreize zur übermäßigen Sammlung von Nutzerdaten

306. Nutzerdaten spielen in mehrfacher Hinsicht eine zentrale Rolle im Geschäftsmodell werbefinanzierter sozialer Netzwerke. Zum einen haben Netzwerkbetreiber ein Interesse daran, dass die Nutzer ihre persönlichen Daten anderen Nutzern offenlegen, um die Attraktivität des Netzwerkes zu erhöhen, da erst durch das Weitergeben persönlicher Informationen soziale Interaktion ermöglicht wird. Da die Bereitschaft der Nutzer zur Offenlegung persönlicher Informationen auch davon abhängt, wie sicher diese Informationen vor dem unerwünschten Zugriff Dritter sind, haben soziale Netzwerke grundsätzlich auch ein Interesse daran, ein hohes Maß an Datensicherheit zu gewährleisten.

307. Interessenkonflikte zwischen Betreibern und Nutzern sozialer Netzwerke können sich im Hinblick auf die Verwendung von personenbezogenen Daten ergeben, wenn Nutzerdaten für Werbezwecke ausgewertet werden. Entsprechend sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vieler Dienste häufig weitreichende Nutzereinzwilligungen in die Verarbeitung und nicht selten auch in die kommerzielle Verwertung der Daten vor, welche die Nutzer dem jeweiligen Anbieter im Rahmen der Nutzung des Dienstes zur Verfügung stellen.²¹¹

308. Begünstigt wird ein solches Verhalten, wenn die gesetzlichen Mindestanforderungen an Transparenz im Markt nur unzureichend umgesetzt werden. Dabei handelt es sich insbesondere um folgende Mindestanforderungen:

- Zivilrechtliches Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB): Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) müssen so formuliert sein, dass die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Verwenders (Durchschnittsadressaten) möglichst klar, einfach und präzise dargestellt werden.²¹² Dabei sind auch die wirtschaftlichen Nachteile einer Regelung für die Gegenseite so deutlich zu machen, wie dies nach den jeweiligen Umständen gefordert werden kann.²¹³
- Anforderung für die Verwendung von Nutzungsdaten für Werbung (§§ 15 Abs. 3 TMG, 4, 14 Abs. 2 Nr. 2 BDSG): Die Nutzung und Verwertung personenbezogener Daten ist bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage grundsätzlich nur mit

²¹¹ Dazu HmbBfDI, Widerspruchsbescheid erlassen - Mehr Kontrollrechte für Google-Nutzer gefordert, Pressemitteilung vom 8. April 2015; Wesentliche Änderungen bei der Datenverarbeitung von Google notwendig - Datenschutzaufsicht erlässt Anordnung, Pressemitteilung vom 30. September 2014; vzbv, Facebook führt Nutzer in die Irre, Pressemitteilung vom 26. Februar 2015. Zum Teil ist unklar, inwiefern es sich überhaupt um Vertragsbedingungen handelt. Dies ist etwa bei den für Sucheingaben geltenden Datenschutz- und Nutzungsbedingungen offen; vgl. etwa Google, Datenschutzerklärung i.d.F. vom 25. Februar 2015, aufrufbar über www.google.com: „Wir nutzen die im Rahmen unserer Dienste erhobenen Informationen [...] außerdem, um Ihnen maßgeschneiderte Inhalte anzubieten – beispielsweise, um Ihnen relevantere Suchergebnisse und Werbung zur Verfügung zu stellen.“

²¹² BGH, Urteil v. 21. Juli 2010, XII ZR 189/08, Rz. 29; Urteil vom 7. Oktober 2010, XI ZR 3/10 – Schwäbisch Hall, Rz. 20; Urteil vom 12. März 2014, IV ZR 295/13, Rz. 23 (jeweils zit. nach Juris).

²¹³ BGH, Urteil vom 7. Oktober 2010, XI ZR 3/10 – Schwäbisch Hall, Rz. 20, 24.

Einwilligung des Nutzers zulässig. Die Erstellung von Nutzungsprofilen zu Zwecken der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung ist nur zulässig, wenn der Nutzer auf das ihm zukommende Widerspruchsrecht hingewiesen worden ist und nicht widersprochen hat.

- Verbot des unlauteren Wettbewerbs durch Irreführung (§§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 2 UWG): Danach dürfen Anbieter von Internetdiensten keine geschäftlichen Handlungen vornehmen, die irreführende Angaben über wesentliche Merkmale des Dienstes oder den Preis enthalten oder den Verbrauchern wesentliche Angaben vorenthalten.²¹⁴

309. Die Rechtslage dürfte daneben selbst dazu beitragen, die Transparenz für Nutzer zu verschlechtern. Das liegt daran, dass eine Vielzahl von Informationen unabhängig davon bereitgestellt werden muss oder zumindest zur Minimierung eigener Haftungsrisiken unabhängig davon bereitgestellt wird, ob der Verbraucher sie aktuell benötigt und verarbeiten kann. Insbesondere ist es für Verbraucher deshalb schwierig abzuschätzen, welche Einwilligungen sie mit der Zustimmung zu AGB abgeben und welchen Umfang diese Einwilligungen haben. So gaben einer neueren Studie zufolge knapp 75 Prozent der Nutzer an, dass AGB oft zu lang und zu kompliziert gestaltet seien, um überhaupt nachvollzogen zu werden.²¹⁵ Dementsprechend verzichtet auch ein großer Teil der Nutzer auf das Lesen solcher AGB oder liest diese allenfalls flüchtig. Darüber hinaus gaben fast zwei Drittel der Befragten an, dass nach ihrer Einschätzung die Einhaltung der AGB nicht überprüfbar sei.

310. Die mangelhafte Beachtung rechtlicher Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der Sammlung und Verwendung von Nutzerdaten kann zu Situationen führen, in denen Betreiber sozialer Netzwerke (1) Nutzern gegenüber ohne deren bewusste Zustimmung Entscheidungen durchsetzen (z. B. erzwungene Hinnahme eines besonders weitreichenden Datenzugriffs), (2) durch die Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen oder durch technische Maßnahmen die Entscheidungsmöglichkeiten der Nutzer einschränken (z. B. durch Erschwerung von Profillösungen, Ausschluss der Datenportabilität) oder (3) mehr wirtschaftlich verwertbare Nutzerdaten erheben, als es durch die Qualität des Dienstes (= die erbrachte Gegenleistung) wirtschaftlich gerechtfertigt wäre. Insofern drängt sich ein Vergleich mit Fällen auf, in denen Abnehmer einen überhöhten Preis oder eine übermäßig lange Vertragsdauer hinnehmen müssen.

311. Die angesprochenen Verhaltensweisen können datenschutz- bzw. verbraucherrechtlich problematisch sein. Bei funktionierendem Wettbewerb ist allerdings davon auszugehen, dass das Risiko solcher Verhaltensweisen dadurch begrenzt wird, dass die Verbraucher alternative Angebote konkurrierender Dienste wählen können. Stark ausgeprägte und durch fehlende Interoperabilität begünstigte Netzwerkeffekte sowie hohe Wechselkosten können allerdings zu einer Lock-in-Situation für Nutzer führen, die eine Marktkonzentration fördern. Den daraus resultierenden Verhaltensspielraum gegenüber den Nutzern kann ein soziales Netzwerk verwenden, um weitreichendere Zustimmungen zur Erhebung und Verwertung von persönlichen Daten einzufordern, als dies

²¹⁴ Siehe § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zum Begriff der geschäftlichen Handlung. Aufgrund von vorangegangenen gefahr begründenden Handeln kann dabei auch eine Haftung für das Verhalten von Dritten in Betracht kommen, z. B. durch Bereitstellung von Diensten, bei denen fremde Rechte verletzt werden; vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2007, I ZR 153/04 – Telefonaktion, Rz. 21; Köhler in: Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG, 33. Aufl. 2015, § 8 UWG Rz. 2.16.

²¹⁵ Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet, DIVSI Studie. Daten – Waren und Währung, November 2014.

bei funktionierendem Wettbewerb zu erwarten wäre. Dann tritt im Fall sozialer Netzwerke neben das Verbraucherschutzproblem ein Wettbewerbsproblem.

6.2.2 Erweiterung des Angebots

312. Allgemein lässt sich auf dem Markt für soziale Netzwerkdienste beobachten, dass Anbieter versuchen, die Attraktivität von Plattformen durch die Einbindung neuer Dienste und Funktionen zu erhöhen. Hierbei kann es sich um eigene Dienste des Netzbetreibers oder Dritter handeln. So hat beispielsweise Facebook sein soziales Netzwerk um eine Reihe eigener Dienste wie z. B. eine neu konzipierte Suchfunktion, einen Chat-Dienst, einen Nachrichtendienst, eine Video-Anwendung und einen Marketplace für Kleinanzeigen erweitert. Nutzer in den USA können zudem seit 2012 die Stellenbörse „Social Jobs Partnership“ nutzen.

313. Außerdem bietet Facebook Softwareentwicklern eine Schnittstelle für Programme an, die in das Nutzerprofil integriert werden und mit entsprechender Nutzererlaubnis auf personenbezogene Daten zugreifen können. Hierbei handelt es sich vorwiegend um Spiele und andere Kommunikationsanwendungen. Zudem haben Nutzer die Möglichkeit, Inhalte wie Texte, Bilder und Videos von den Webseiten anderer Inhaltenanbieter anderen Nutzern des sozialen Netzwerks bereitzustellen.

314. In diesem Zusammenhang wurde in den Medien über eine geplante Kooperation zwischen dem sozialen Netzwerk Facebook und verschiedenen Inhaltenanbietern wie der New York Times und dem National Geographic berichtet.²¹⁶ Demnach würden journalistische Inhalte nicht mehr nur auf den Webseiten der Inhaltenanbieter veröffentlicht, sondern zusätzlich auch direkt im sozialen Netzwerk. Die derzeit üblichen Verweise auf Inhalte außerhalb des Netzwerks mittels Verlinkungen würden entsprechend abnehmen. Ziel soll es sein, den Nutzern insbesondere auf Mobilgeräten ein umständliches Öffnen von Artikeln in einer anderen Anwendung zu ersparen, um ein nahtloses Lesen von Inhalten in einer Applikation zu ermöglichen.

315. Von einer solchen Zusammenarbeit könnten die Beteiligten in verschiedener Weise profitieren. Das soziale Netzwerk würde seine Attraktivität für Nutzer und Werbekunden steigern, da Nutzer Inhalte direkt im Netzwerk angezeigt bekämen und zusätzliche Werbung unmittelbar neben den Inhalten angezeigt werden könnte. Für Inhaltenanbieter könnte eine solche Kooperation attraktiv sein, da Inhalte durch die prominente Platzierung im Netzwerk und den einfacheren Zugang mehr Aufmerksamkeit bekämen. Zudem sollen Inhaltenanbieter möglicherweise an den zusätzlichen Werbeerlösen beteiligt werden. Direkte Nachteile ergeben sich für Inhaltenanbieter daraus, dass Möglichkeiten zum Einblenden von Werbung und Sammeln von Nutzerdaten auf der eigenen Webseite entfielen. Zudem könnten Inhaltenanbieter, die nicht mit Facebook kooperieren, einen Nachteil gegenüber kooperierenden Anbietern haben, wenn ihre Inhalte nicht in ähnlicher Weise bei Facebook dargestellt werden, und sich gezwungen sehen ebenfalls mit Facebook zu kooperieren. Wie sich dies langfristig auf den Medienmarkt auswirkt, bleibt abzuwarten. Allerdings könnte die Abhängigkeit der Inhaltenanbieter von Facebook zunehmen, da Inhalte für Nutzer nicht länger exklusiv auf den Webseiten der Inhaltenanbieter erreichbar wären und Anreize vermindert würden diese Seiten aufzurufen.

²¹⁶ Vgl. nytimes.com vom 23. März 2015, http://www.nytimes.com/2015/03/24/business/media/facebook-may-host-news-sites-content.html?_r=3, Abruf am 28. April 2015.

6.2.3 Weiterentwicklung des Produktportfolios

316. Wettbewerblich nicht einfach einzuschätzen sind aktuelle Pläne von Facebook zur Erweiterung des Facebook Messenger. Dieser Messenger wurde ursprünglich als Kommunikationsdienst entwickelt (ähnlich z. B. Microsoft Messenger, WhatsApp). Nach Presseinformationen plant Facebook nun, den Dienst in eine Plattform für mobile Anwendungen (mobile Applikationen – Apps) umzuwandeln.²¹⁷ Nach diesen Plänen sollen Anbieter von Apps die Möglichkeit erhalten, Apps zu entwickeln, die in den Facebook Messenger integriert und von Nutzern des Messenger frei ausgewählt und verwendet werden können.

317. Diese Erweiterung des Facebook Messenger folgt einer zurzeit insbesondere im asiatischen Raum zu beobachtenden Entwicklung (vgl. die Dienste Line bzw. WeChat) und trägt dem Umstand Rechnung, dass sich das Verhalten von Nutzern offenbar in einer für Facebook relevanten Weise verändert. Das von Facebook bisher hauptsächlich angebotene Produkt ist ein sozialer Netzwerkdienst. Dieser Dienst wurde ursprünglich für die Desktopnutzung entworfen. Im Zuge der Durchsetzung des Netzwerks gegen Konkurrenten im Markt (MySpace, in Deutschland: z. B. StudiVZ) wurde der Dienst weiter entwickelt. Das heute erreichte Endprodukt stellt einen Dienst dar, der auf verschiedenen Geräten verwendet werden kann und darauf ausgerichtet ist, den Nutzern ein umfassendes Angebot an Möglichkeiten zur Selbstdarstellung, zur Kommunikation mit möglichst vielen Kontakten und allgemein zur Unterhaltung zu bieten.

318. Es zeichnet sich allerdings eine Entwicklung ab, dass die für Facebook relevanten Dienste immer stärker zusätzlich oder sogar ausschließlich von mobilen Geräten genutzt werden. Die Nutzer können sich auf diesen Geräten die Dienste, die sie verwenden möchten, individuell zusammenstellen. Dabei können sie grundsätzlich auch Alternativen zu den von Facebook angebotenen Diensten wählen. Ein Beispiel war vor der Übernahme durch WhatsApp die Nutzung von WhatsApp als Alternative zum Facebook Messenger.

319. Facebook hat auf diese Entwicklung dadurch reagiert, dass das Unternehmen einige Anbieter komplementärer oder konkurrierender Dienste (z. B. Instagram, WhatsApp) übernommen hat.²¹⁸ Dabei ging Facebook so vor wie einige andere Anbieter großer Internetplattformen, die ebenfalls kleinere, häufig mobil genutzte Dienste übernommen und in ihr Unternehmen integriert haben, z. B. Google die Plattform Youtube oder Twitter die Blogplattform Posterous, den Videodienst Vine und den Musikdienst We Are Hunted.

320. Anders als vermutet und z. B. in der Entscheidung der Europäischen Kommission zur Übernahme von WhatsApp auch untersucht wurde, hat Facebook jedoch nicht alle der übernommenen Dienste in sein soziales Netzwerk integriert.²¹⁹ Gerade die bei Nutzern sehr beliebten Dienste Instagram und WhatsApp werden gegenüber den Nutzern weiter getrennt vermarktet. Damit trägt Facebook dem Umstand Rechnung, dass Nutzer, die lediglich Instagram oder WhatsApp, aber nicht das soziale Netzwerk von Facebook

²¹⁷ Dazu z. B. Lindner, Facebook wertet Messenger auf, FAZ vom 26. März 2015; Eichenseher, Facebook streut, um zu wachsen, Gizmodo Buzz vom 7. April 2015.

²¹⁸ Vgl. FTC, File No. 121-0121, Pressemitteilung vom 22. August 2012; File No. unbek., Pressemitteilung vom 10. April 2014; EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp.

²¹⁹ Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 136 ff., 159 ff., 184 ff. zur Prüfung der EU-Kommission.

nutzen, nach ihren persönlichen Präferenzen nur ein Interesse an den zuvor genannten Diensten haben.

321. Allerdings hat Facebook durch eine Änderung seiner Nutzer-AGB die Möglichkeit geschaffen, auf einem Dienst gesammelte Nutzerdaten für andere Dienste zu verwenden.²²⁰ Dies gestattet eine Zusammenführung und Auswertung der Daten, sodass die Dienste in einheitlicher Form weiterentwickelt und kooperierenden Anbietern (z. B. App-Anbietern auf dem Facebook Messenger) ein einheitliches Angebot gemacht werden kann.²²¹ Für Facebook ergibt sich zugleich die Möglichkeit, die eigene Anbindung an die Nutzer auch dann aufrecht zu erhalten, wenn die Nutzer die Dienste anderer Anbieter verwenden, die in den Facebook Messenger integriert sind. Ebenso können die Nutzerdaten nach der AGB-Änderung im Prinzip einheitlich für Werbezwecke ausgewertet und kommerziell verwertet werden.

322. Mit diesen Anpassungen verringert Facebook die unternehmerische Abhängigkeit vom Erfolg seines sozialen Netzwerkes. Die Weiterentwicklung des Facebook Messenger eröffnet vielmehr die Möglichkeit, das entscheidend auf der Sammlung von Nutzerdaten basierende Geschäftsmodell des Betriebs eines sozialen Netzwerks in einer Weise weiter zu entwickeln, dass Facebook seine Anbindung an die Nutzer fortlaufend aufrechterhält und die bisher gesammelten Nutzerdaten weiterverwenden kann, selbst wenn die Nutzer das soziale Netzwerk nur noch sporadisch oder sogar gar nicht mehr nutzen sollten.

323. Es fällt auf, dass diese Entwicklung offenbar kein Prüfungsgegenstand im Fusionskontrollverfahren zur Übernahme von WhatsApp war. Die Europäische Kommission hatte in dem Verfahren eine Prognoseentscheidung über die in absehbarer Zeit (mind. zwei Jahre)²²² zu erwartende Marktentwicklung zu treffen. Nach Darstellung von Facebook außerhalb des Verfahrens handelt es sich bei der Weiterentwicklung des Facebook Messenger und der Integration von WhatsApp und Instagram in das Produktportfolio von Facebook anscheinend um zentrale Elemente der Geschäftsstrategie dieses Unternehmens.²²³ Der Entscheidung der Europäischen Kommission lässt sich nicht entnehmen, wie sie die genannte Strategie aus Wettbewerbssicht beurteilt.

324. Die von Facebook eingeschlagene Entwicklung weist in Hinblick auf mobile Nutzungen Parallelen zur Entwicklung des Portfolios der Google-Dienste auf. Auch Google hat mit Youtube eine beliebte Plattform übernommen, die sich für mobile Nutzungen eignet und deren Angebot die Nutzer getrennt von Googles allgemeiner Suche verwenden können. Zugleich hat Google mit dem Betriebssystem Android und dem Google PlayStore allerdings auch noch weitere Dienste entwickelt, die mobil genutzt werden und die es auch Google erlauben, die Anbindung an die Nutzer selbst dann zu erhalten, wenn diese Angebote (z. B. Apps) sonstiger Anbieter verwenden.

220 Facebook Datenrichtlinie, Abschnitt „Wie werden diese Informationen geteilt?“, <https://de-de.facebook.com/about/privacy>, Abruf am 23. April 2015.

221 Vgl. die Präsentationen auf der F8-Konferenz 2015, insbesondere die Beiträge „F8 2015 Opening Keynote“, „Conversation With WhatsApp, Instagram and Messenger“ sowie „Implementing and Understanding Facebook Analytics for Apps“.

222 Vgl. Verordnung 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 133 vom 30. April 2004, S. 1 (konsol. Fassung 2004R0802 – DE — 01.01.2014 – 003.001), Anhang I, Formblatt CO, Ziff. 3.2, 8.7; DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20. Januar 2004, Tz. 16 ff., 20.

223 Vgl. erneut die Präsentationen auf der F8-Konferenz 2015, insbesondere die Beiträge „F8 2015 Opening Keynote“, „Conversation With WhatsApp, Instagram and Messenger“.

325. Die Erweiterung des Dienstangebots um mobil nutzbare Plattformen und Dienste erklärt sich aus den sich ändernden Nutzerpräferenzen. Sie kann allerdings mit Wettbewerbsrisiken einhergehen, wenn Dienste durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gebündelt werden oder wenn sie durch ein solches Unternehmen am Markt mit sonstigen Mitteln durchgesetzt werden, die den Wettbewerb durch andere Diensteanbieter behindern oder eine Ausbeutung der Nutzerbindung an die betreffenden Dienste ermöglichen. Derartige Wettbewerbsrisiken sind bereits Gegenstand eines Verfahrens der Europäischen Kommission gegen Google. Die Monopolkommission hält es für erforderlich, auch die Entwicklung auf Seiten von Facebook zu beobachten.

6.2.4 Rechtliche Einschätzung des Missbrauchspotenzials

326. Ein kartellrechtlich relevantes Missbrauchspotenzial ist grundsätzlich nur bei marktbeherrschenden Diensten anzunehmen. Ein Marktmachtmissbrauch ist bei marktbeherrschenden sozialen Netzwerken in zweierlei Hinsicht denkbar. Zum einen könnten die Betreiber sozialer Netzwerke Wettbewerber behindern, etwa indem sie andere Dienste daran hindern, eigene Leistungen an Nutzer zu erbringen, oder indem sie ihr Angebot in antikompetitiver Weise erweitern (sogenannter Behinderungsmissbrauch). Zum anderen könnte sich ein Missbrauch daraus ergeben, dass die betreffenden Unternehmen in einem übermäßigen Umfang Daten sammeln und die Möglichkeit der Nutzer, ein solches Datensammeln zu begrenzen, übermäßig einschränken (sogenannter Ausbeutungsmissbrauch).

327. Die antikompetitive Erweiterung des Angebots durch eine Bündelung von Diensten war in Bezug auf soziale Netzwerke bisher noch kein Gegenstand behördlicher Verfahren. Dagegen war die Frage einer Behinderung von Wettbewerbern durch eine Verweigerung der Einbettung fremder Inhalte in die eigenen Websites (z. B. Videos fremder Dienste) bereits Gegenstand eines U.S.-amerikanischen Gerichtsverfahrens. Ein Grund für die Weigerung des Betreibers eines sozialen Netzwerks, fremde Inhalte einzubetten, kann darin liegen, dass die Anbieter der Inhalte durch die Einbettung unter Umständen am Erfolg des Netzwerks partizipieren können, ohne zu den mit seinem Aufbau verbundenen Vorabinvestitionen beizutragen. Die Einbettung erfolgte in dem einzigen bislang entschiedenen Fall allerdings durch die Nutzer und war deshalb weder nach dem geprüften U.S.-Kartellrecht noch nach europäischem Missbrauchsrecht relevant.²²⁴

328. Allgemein ist bei Maßnahmen, die den Nutzerwechsel zu einem Konkurrenzdienst erschweren (z. B. Beschränkungen der Datenportabilität bzw. der Interoperabilität) zu berücksichtigen, dass auch marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich nicht verpflichtet sind, Wettbewerbern den Markteintritt zu erleichtern oder anderweitig zu helfen.²²⁵ Eine andere Bewertung kann jedoch erforderlich sein, wenn zu der Weigerung ein zusätzliches und seinerseits antikompetitives Verhalten hinzutritt.

²²⁴ LiveUniverse, Inc. v. MySpace, Inc., No. CV 06-6994 AHM (Rzx), 2007 WL 6865852 (C.D. Cal. June 4, 2007), bestätigt: 304 F. App'x 554 (9th Cir. 2008).

²²⁵ EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 75; zur zugrunde liegenden europ. Rechtsprechung ausführlich z. B. Monopolkommission, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Tz. 121; ebenso United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 75 (D.C. Cir. 2001) (en banc) (per curiam); im Ergebnis auch: Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., [2012] WL 542586 (N.D. Cal. 16 Feb. 2012).

329. Der potenzielle Missbrauch durch übermäßige Datensammlung beruht nicht notwendig auf einem nachweisbaren Rechtsverstoß, sondern auf der Unausgewogenheit der Leistung des Internetdienstes (in diesem Fall etwa der Ermöglichung sozialer Interaktionsmöglichkeiten) und der Gegenleistung der Nutzer (Ermöglichung des Zugriffs auf personenbezogenen Daten).²²⁶ Ein Missbrauch im Verhältnis des Diensteanbieters zu den Nutzern kommt auch dann in Betracht, wenn – wie bei einer Reihe sozialer Netzwerke – der Dienst in einem mehrseitigen Verhältnis erbracht wird (z. B. weil Daten ohne konkreten Sachzusammenhang mit dem Dienst für die Nutzer kommerziell verwertet werden). Der Nachweis eines solchen Missbrauchs trifft allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten. Dies liegt zum einen an dem nur vagen rechtlichen Prüfungsmaßstab (Was heißt „übermäßig“²²⁷ bzw. wann fehlt ein Sachzusammenhang?). Zum anderen kann auch das Angebot des betreffenden Diensteanbieters derart komplex oder nutzerspezifisch sein, dass sich daraus unüberwindbare tatsächliche Hürden für den Nachweis des Missbrauchs ergeben, etwa weil diese eine situations- oder nutzerabhängige Bewertung der Relevanz des fraglichen Dienstes erfordert.

6.3 Zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen

330. Ähnlich wie bei Suchmaschinen wird bei sozialen Netzwerken die Frage eines Gesetzgebungsbedarfs diskutiert. Aus Sicht der Monopolkommission ist kein Änderungsbedarf im Wettbewerbsrecht erkennbar. In verschiedenen Bereichen erscheint jedoch eine Stärkung des Rechtsschutzes auf Seiten der Internetnutzer erforderlich.

6.3.1 Kein Änderungsbedarf im Wettbewerbsrecht

331. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts besteht nach Auffassung der Monopolkommission auf Basis der verfügbaren Informationen kein zusätzlicher Regelungsbedarf.

332. So erscheint insbesondere eine Erweiterung der speziellen Presse- und Rundfunkfusionskontrolle in Deutschland (§ 38 Abs. 3 GWB) auf soziale Netzwerke nicht geboten. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass soziale Netzwerke – ebenso wie die Dienste von Nachrichtenaggregatoren und andere Internetdienste – die traditionellen Medien ergänzen und für einige Nutzergruppen zunehmend ersetzen.²²⁸ Die Sondervorschriften zur Presse- und Rundfunkfusionskontrolle sollen dem Umstand Rechnung tragen, dass es bei nur lokal bzw. regional verfügbaren traditionellen Medien einer kleinteiligeren Kontrolle zur Sicherung der lokalen bzw. regionalen Vielfalt bedarf. Die Märkte von sozialen Netzwerken im Internet sind räumlich grundsätzlich weiter abzugrenzen (i. d. R. national oder weiter, z. B. auf einen Sprachraum bezogen). Außerdem fehlt bei solchen Diensten grundsätzlich eine redaktionell-journalistische Tätigkeit, wie sie für Presse und Rundfunk konstituierend ist.

333. Ebenso wenig besteht speziell in Bezug auf soziale Netzwerke nach den derzeit verfügbaren Informationen ein Regelungsbedarf bezüglich der Feststellung missbräuchlichen oder unlauteren Verhaltens. Die Erweiterung des Angebots sozialer Netzwerke durch die Einbindung komplementärer Dienste kann nach herkömmlichen Grundsätzen (Bündelung) überprüft werden. Die bestehenden Nachweisprobleme bezüglich eines et-

²²⁶ Vgl. Gebicka/Heinemann, [2014] World Comp. 37(2), 149, 162 ff.

²²⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, Rz. 235 ff. („unangemessene Preise“).

²²⁸ Dazu näher unten Abschnitt 9.2.

waigen Ausbeutungsmissbrauchs durch den eventuell übermäßigen Zugriff auf Nutzerdaten sind nicht internetspezifisch.²²⁹

6.3.2 Notwendige Stärkung des Datenschutzes

334. Soweit ein Risiko besteht, dass Betreiber sozialer Netzwerke ihre Nutzer übermäßig an sich binden, dürfte sich dieses Risiko vor allem durch eine Stärkung der Nutzerrechte begrenzen lassen. Insofern sind bereits Maßnahmen in die Wege geleitet oder zumindest vorgeschlagen worden, wovon im vorliegenden Kontext vor allem das durch die EU-Rechtsprechung etablierte und in der geplanten Datenschutz-Grundverordnung ausgestaltete „Recht auf Vergessenwerden“ hervorzuheben ist.²³⁰

335. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Datenschutz-Grundverordnung ist außerdem geplant, die Datenportabilität zu erleichtern.²³¹ Dies dürfte ein effektives Mittel sein, um die Marktmacht einzelner sozialer Netzwerke zu begrenzen. Zum einen würden mögliche Wechselkosten erheblich gesenkt und die zeitgleiche Pflege mehrerer Nutzerkonten in unterschiedlichen sozialen Netzwerken erleichtert. Zum anderen könnten Anreize geschaffen werden, soziale Netzwerke mit strengeren Datenschutzstandards zu gründen.

6.3.3 Notwendige Weiterentwicklung des Verbraucherschutzes

336. Davon abgesehen bieten die Verbraucherschutzprobleme bei sozialen Netzwerkdiensten aus Sicht der Monopolkommission Anlass, das Instrumentarium des Verbraucherschutzes im Internet weiterzuentwickeln.

337. Insbesondere erscheinen Maßnahmen sinnvoll, welche die Internetanbieter zu einer besseren Information der Nutzer über die Wirkung der von diesen erteilten Einwilligungen verpflichten und die Möglichkeiten der Nutzer stärken, ihre Datenschutzinteressen selber durchzusetzen.²³² Dem kommen Maßnahmen von Plattformbetreibern entgegen, Datenrichtlinien transparenter zu gestalten.

338. Zudem kann das Angebot von kostenpflichtigen Diensten, bei denen auf Werbung und die Auswertung von Daten zu diesem Zweck verzichtet wird, dazu beitragen, den Datenschutzinteressen der Nutzer gerecht zu werden. Beispielsweise hat die zu Google gehörende Videoplattform Youtube angekündigt, ein werbefreies Bezahlangebot anbieten zu wollen.²³³ Ausgehend von solchen Marktlösungen könnte Nutzern gegenüber Internetdiensten ein spezielles gesetzliches Wahlrecht eingeräumt werden, entweder jede Werbenutzung ihrer Daten abzulehnen und den jeweiligen Dienst gleichwohl zu nutzen, allerdings mit nicht an den Nutzer angepasster Werbung, oder einer Werbenutzung zuzustimmen und dann eine an den Nutzer angepasste Werbung zu erhalten. Im Einzelnen wäre dann festzulegen, wie weitgehend der Nutzer, sofern er dies wünscht, über einzelne Verwendungen seiner Daten zu informieren ist, bevor er eine wirksame Einwilligung

²²⁹ Dazu vgl. oben Tz. 329 und unten Tz. 498.

²³⁰ EuGH, Urteil vom 13. Mai 2014, C-131/12 – Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317, Rz. 92 ff.; Art. 17 des Kommissionsvorschlags vom 25. Januar 2012 für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endgültig; ferner siehe oben Tz 37.

²³¹ Art. 18 des Kommissionsvorschlags vom 25. Januar 2012 für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endgültig.

²³² Vgl. oben Tz. 103 ff.

²³³ Vgl. o. A., Youtube denkt über Abo-Modell nach, dpa/FAZ.net vom 28. Oktober 2014, Abruf am 14. April 2015.

erteilen kann. Ein solches gesetzliches Recht könnte dazu beitragen, den Datenschutz über die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung hinaus effektiv zu stärken und zugleich die durch vergangene Datenschutzverstöße erlangten Wettbewerbsvorteile zu reduzieren. Diese Lösung sollte zumindest für den Fall in Betracht gezogen werden, dass die Bezahlmodelle für die werbefreie Nutzung von Diensten, mit denen einzelne Anbieter zurzeit experimentieren, sich nicht dauerhaft als marktfähige Alternative etablieren lassen.

339. Dessen ungeachtet bedarf der bisherige, auf bloße Information ausgerichtete Ansatz des Verbraucherschutzes einer Überprüfung und sollte im Zweifel durch einen differenzierteren Ansatz ersetzt werden. Insbesondere sollte auf eine übersichtlichere Darstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) hingewirkt werden.

340. Angelehnt an die Rechtslage bei entgeltpflichtigen Bestellungen im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312j BGB) sollten Verbrauchern vertragsrelevante Informationen im Internet auch bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen anlassbezogen bereitgestellt werden – beim Vertragsschluss also vor allem Informationen über die wesentlichen Bestandteile des Vertrags (sogenannte Button-Lösung). Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund die laufenden Initiativen der Bundesregierung, gemeinsam mit den Betreibern von App Stores bestimmte Informationen festzulegen, die dem Verbraucher bei einem App-Kauf hervorgehoben angezeigt werden sollen.

341. Darüber hinausgehend könnte erwogen werden, von Gesetzes wegen umfangreiche Globaleinwilligungen zur Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen der AGB zu beschränken. Besonders relevant erscheint dies, wenn die AGB im Rahmen eines bestehenden Nutzungsverhältnisses geändert und die Möglichkeiten zur Datenverwendung erweitert werden, der Nutzer dieser erweiterten Nutzungsmöglichkeit aber nicht ohne Abmeldung vom entsprechenden Dienst widersprechen kann. Eine zu begrüßende Regelung trifft insofern die geplante Datenschutz-Grundverordnung, nach welcher der für die Datenverarbeitung Verantwortliche die Beweislast dafür tragen soll, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für eindeutig festgelegte Zwecke erteilt hat.²³⁴ Aus wettbewerbspolitischer Perspektive erscheint dies insbesondere deshalb relevant, weil Registrierungsportale derzeit wesentlich mehr relevante Daten für die Schaltung von Werbung sammeln können als nicht registrierungspflichtige Online-Dienste, denen lediglich eine anonymisierte Datenverarbeitung möglich ist.²³⁵

342. Die Einführung des Marktwächters Digitale Welt ist aus Sicht der Monopolkommission zu begrüßen. Hierbei handelt es sich um eine Initiative der Verbraucherschutzbehörden, in deren Rahmen die Märkte für digitale Güter und Dienstleistungen beobachtet werden sollen, um Verbraucher und staatliche Aufsichtsstellen wie die Bundesnetzagentur, das Bundeskartellamt und die Datenschutzaufsichtsbehörden frühzeitig über mögliche Fehlentwicklungen informieren zu können.²³⁶ Dadurch wird dazu beigetragen, dass die Vertragsparität zwischen den Anbietern von Internetdiensten und den Nutzern verbessert wird.

²³⁴ Art. 7 des Kommissionsvorschlags vom 25. Januar 2012 für zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endgültig.

²³⁵ Vgl. Tz. 103 f.

²³⁶ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Pressemitteilung vom 17. Oktober 2014.

7. Elektronischer Handel (E-Commerce)

343. Der Online-Handel mit Waren und Dienstleistungen (im Folgenden auch E-Commerce) kann grundsätzlich in drei Bereiche aufgeteilt werden. Zu unterscheiden sind der Handel zwischen Unternehmen (Business-to-Business – B2B), zwischen Unternehmen und Endverbrauchern (Business-to-Consumer – B2C) sowie zwischen Endverbrauchern (Consumer-to-Consumer – C2C). Die Ausführungen in diesem Kapitel werden sich weitestgehend auf den besonders in der öffentlichen Diskussion stehenden Bereich des Online-Handels zwischen Unternehmen und Endverbrauchern konzentrieren, wobei ein besonderer Fokus auf sogenannte Handelsplattformen bzw. Online-Marktplätze gelegt wird.

344. Der Online-Handel mit Waren und Dienstleistungen im Internet ist für viele Unternehmen und Endverbraucher inzwischen eine Selbstverständlichkeit. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der zunehmenden Verbreitung des sogenannten Mobile Shopping, dem Einkauf über mobile Geräte wie Smartphones und Tablets. Die zunehmende Digitalisierung des Handels stellt dabei insbesondere den klassischen stationären Handel vor Herausforderungen, der mit sinkenden Besucherfrequenzen konfrontiert ist. Vereinzelt wird vor diesem Hintergrund bereits ein Aussterben der Innenstädte befürchtet.²³⁷

345. Der E-Commerce wirkt sich auf den Wettbewerb im Handel in unterschiedlicher Weise aus.²³⁸ So führen die Reduzierung von Suchkosten und die erhöhte Markttransparenz durch Preisvergleiche zu einer Intensivierung des Preiswettbewerbs, der räumliche Markt für Transaktionen wird erweitert und Distributionskosten durch die Möglichkeit des direkten Handels zwischen Herstellern und Endverbrauchern sowie die größere Angebotsvielfalt von Online-Händlern reduziert. Gleichzeitig können jedoch neue Informationsasymmetrien aufgrund der fehlenden Möglichkeit von Verbrauchern, Produkte vorab zu testen, auftreten, denen allerdings durch Bewertungs- und Empfehlungssysteme im Internet oder Rückgaberegelungen begegnet werden kann. Die Möglichkeit von Markteintritten variiert je nach Marktsegment. Während insbesondere Handelsplattformen Online-Händlern den Markteintritt erleichtern, können sie selbst aufgrund starker indirekter Netzwerkeffekte bedeutende Marktstellungen erreichen. Letztlich kann die Entwicklung des E-Commerce somit nicht nur den Wettbewerb im Handel erhöhen, sondern auch zu neuen Wettbewerbsproblemen führen.

346. Im Folgenden werden zunächst wesentliche Marktakteure im E-Commerce sowie die Umsatzentwicklung in den letzten Jahren aufgezeigt. Der Fokus liegt dabei auf der Marktentwicklung in Deutschland. Hiervon ausgehend wird auf die Konzentrationstendenz im deutschen E-Commerce eingegangen. Abschließend werden einige potenzielle Wettbewerbsprobleme betrachtet.

²³⁷ Vgl. z. B. Reimann, E., Online-Handel bedroht die Innenstädte, Deutsche Welle, 17. Februar 2014, <http://www.dw.de/online-handel-bedroht-die-innenst%C3%A4dte/a-17437252>, Abruf am 28. April 2015.

²³⁸ Vgl. Buccirossi, P., Background Note, in: OECD, Vertical Restraints for On-line Sales, Serie Policy Roundtables (2013), DAF/COMP(2013)13, 12. September 2013, S. 17 ff.

7.1 Marktakteure

347. Im Online-Handel ist eine Vielzahl von Akteuren tätig. Hierzu gehören neben den obligatorischen Händlern und Verbrauchern, die sowohl Geschäftskunden als auch Privatkunden umfassen, insbesondere als Intermediäre tätige Handelsplattformen bzw. Online-Marktplätze. Darüber hinaus existieren Preisvergleichsportale für unterschiedlichste Produktkategorien.

348. Mit Blick auf die Online-Händler ist eine Unterscheidung – ähnlich wie im stationären Handel – anhand des Produktsortiments möglich. So gibt es Händler, die sich auf bestimmte Produktkategorien beschränken, etwa Bekleidung oder Elektronikartikel, und solche, die ein umfassenderes und Produktkategorien übergreifendes Sortiment anbieten. Darüber hinaus eröffnen immer mehr Hersteller eigene Online-Shops und treten damit in Konkurrenz zum Handel und ihren Vertriebspartnern.

349. Handelsplattformen bzw. Online-Marktplätze stellen zwei- bzw. mehrseitige Plattformen dar, die Online-Händler (Verkäufer) und Verbraucher (Käufer) zusammenführen und damit das Matching von Angebot und Nachfrage erleichtern.²³⁹ Für Verbraucher bieten sie zahlreiche Vorteile, etwa eine höhere Markttransparenz, eine größere Produktauswahl, eine Überwindung von Vertrauensproblemen beim Internetkauf, eine Reduzierung von Wechselkosten sowie die Möglichkeit grenzüberschreitender Transaktionen. Auf der Händlerseite profitieren insbesondere kleine Händler von geringeren Marktzutrittsschranken und der Erreichbarkeit umfassender Kundengruppen.²⁴⁰ Neben der Vermittlung übernehmen einige Handelsplattformen für Online-Händler die Zahlungsabwicklung und bieten weitere Services wie die Versandabwicklung an. Für ihre Dienstleistung erheben sie zumeist eine Gebühr oder Provision, die in der Regel von den Händlern zu tragen ist. Diesen Vorteilen von Handelsplattformen stehen Risiken in Form einer hohen Marktkonzentration (durch Netzwerkeffekte) und einer entsprechenden Marktmacht gegenüber.

350. Handelsplattformen bestehen insbesondere für den Handel zwischen Endverbrauchern (C2C), zwischen Unternehmen und Endverbrauchern (B2C) sowie zwischen Unternehmen (B2B). Darüber hinaus können sie sich auf bestimmte Produktkategorien spezialisieren oder ein umfassendes Produktsortiment anbieten. Zu unterscheiden ist zudem zwischen Anbietern, die lediglich eine Handelsplattform bereitstellen, selbst aber nicht als Händler auftreten (z. B. eBay), und vertikal integrierten Unternehmen, die sowohl Eigentümer einer Plattform als auch Händler auf dieser Plattform sind und damit in Konkurrenz zu anderen Händlern auf ihrer Plattform treten (z. B. Amazon auf Amazon Marketplace).

351. Preisvergleichsportale tragen durch die Ermöglichung von Preisvergleichen für unterschiedlichste Produktkategorien maßgeblich zur Preistransparenz im Internet bei. Ähnlich wie Online-Händler und Handelsplattformen sind sie ebenfalls dahin gehend zu unterscheiden, ob sie auf eine bzw. wenige Produktkategorien spezialisiert sind oder mehrere Kategorien abdecken. Spezialisierte Preisvergleichsportale existieren beispielsweise für Flug- oder Reisebuchungen. Eine neuere Entwicklung ist, dass einige Preisvergleichsportale Endverbrauchern die Möglichkeit zum Direktkauf von Produkten ohne

²³⁹ Werbetreibende können gegebenenfalls eine dritte Plattformseite darstellen.

²⁴⁰ Vgl. Centrum für Europäische Politik, Vertikale Beschränkungen und offene Online-Marktplätze. Eine ökonomische und juristische Analyse für Markenartikel, Studie im Auftrag des Markenverbandes e.V., Freiburg, 31. März 2014, S. 16 ff.

Weiterleitung auf die Internetpräsenz der jeweiligen Händler anbieten. Sie nähern sich somit dem traditionellen Bereich von Handelsplattformen an.

7.2 Entwicklung des E-Commerce

352. Der E-Commerce zwischen Unternehmen und Endverbrauchern ist in den letzten Jahren stark gewachsen.²⁴¹ Öffentlich verfügbare Marktdaten zum Marktvolumen im E-Commerce sind allerdings uneinheitlich und variieren je nach Quelle aufgrund unterschiedlicher Erhebungsmethoden und einbezogener Produkte.²⁴² Dementsprechend sind die folgenden Angaben lediglich als Orientierungswerte zu verstehen. Weltweit ist der Umsatz im B2C-E-Commerce nach Angaben des Marktforschungsinstituts eMarketer von ca. USD 1.058 Mrd. in 2012 auf ca. USD 1.316 Mrd. in 2014 angestiegen. Bis 2018 wird ein weiterer Anstieg auf USD 2.489 Mrd. prognostiziert.²⁴³ In Europa belief sich der Umsatz im B2C-Online-Handel auf ca. USD 277 Mrd. in 2012 und ca. USD 325 Mrd. in 2013. Bis 2018 wird ein Anstieg auf rund USD 535 Mrd. erwartet.²⁴⁴

353. Für Deutschland weist eMarketer einen Umsatz im Online-Handel von ca. USD 52 Mrd. und ein Wachstum von 21,7 Prozent in 2013 aus.²⁴⁵ Damit entfällt auf Deutschland hinter China, den USA, dem Vereinigten Königreich und Japan der fünfthöchste Umsatz im B2C-E-Commerce. Bis 2018 wird ein Anstieg des Umsatzes auf ca. USD 99 Mrd. prognostiziert, bei jährlich abnehmenden Wachstumsraten. Angaben des Handelsverbands Deutschland (HDE) weisen grundsätzlich in eine ähnliche Richtung. Demnach beläuft sich der Umsatz im Online-Handel für das Jahr 2014 auf ca. EUR 39 Mrd. (ohne Umsatzsteuer). Dies entspricht einem Wachstum von 17 Prozent gegenüber dem Vorjahr. Für 2015 wird ein Wachstum von 12 Prozent bzw. ein Umsatz von EUR 43,6 Mrd. prognostiziert.²⁴⁶ Der Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) beziffert den steuerbereinigten Umsatz im E-Commerce auf rund EUR 43,6 Mrd. in 2014. Dies entspricht einem Wachstum von „lediglich“ ca. 4 Prozent gegenüber dem Vorjahr.²⁴⁷ Das Brutto-Gesamtvolumen wird auf ca. EUR 51,2 Mrd. beziffert, wo-

241 Die Angaben zu Umsätzen im E-Commerce variieren je nach Quelle aufgrund unterschiedlicher Erhebungsmethoden und betrachteter Produkte. Die folgenden Angaben sind daher lediglich als Richtwerte zu verstehen.

242 Unterschiedliche Angaben zum Marktvolumen können sich ferner aus dem Umgang mit der Zurechnung von retournierter Ware ergeben.

243 Vgl. eMarketer, Retail Sales Worldwide Will Top \$22 Trillion This Year, 23. Dezember 2014, <http://www.emarketer.com/Article/Retail-Sales-Worldwide-Will-Top-22-Trillion-This-Year/1011765>, Abruf am 27. März 2015. Die Angaben beziehen sich auf über das Internet gekaufte Produkte und Dienstleistungen inkl. Reisebuchungen.

244 Vgl. eMarketer, New Delivery Options Let Western Europe's Shoppers Have It Their Way, 25. Juli 2014, <http://www.emarketer.com/Article/New-Delivery-Options-Let-Western-Europes-Shoppers-Have-Their-Way/1011042>, Abruf am 27. März 2015. Die Angaben beziehen sich auf über das Internet gekaufte Produkte und Dienstleistungen exkl. Reise- und Veranstaltungstickets.

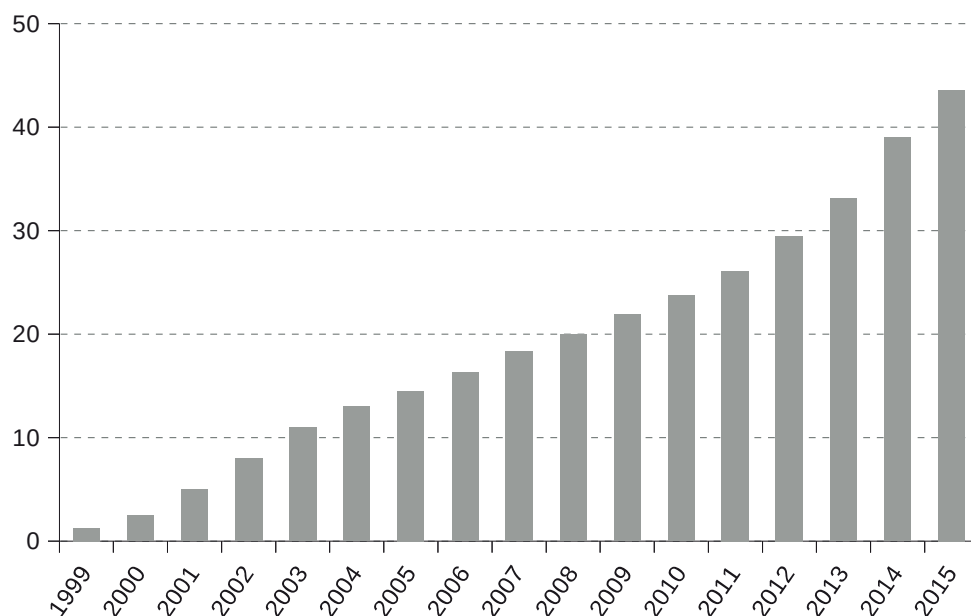
245 Vgl. eMarketer (2014), Retail Sales Worldwide Will Top \$22 Trillion This Year, 23. Dezember 2014, <http://www.emarketer.com/Article/Retail-Sales-Worldwide-Will-Top-22-Trillion-This-Year/1011765>, Abruf am 27. März 2015. Die Angaben beziehen sich auf über das Internet gekaufte Produkte und Dienstleistungen exkl. Reise- und Veranstaltungstickets.

246 Vgl. HDE, Online-Monitor 2014, Berlin, 2014, http://www.einzelhandel.de/images/141126_Handel_digital_Brochure_ds.pdf, Abruf am 27. März 2015. Die Angaben umfassen Umsätze aus den Bereichen Nonfood, Fast Moving Consumer Goods (FMCG), Entertainment, Tickets, Downloads, Reisen (o. Urlaubsreisen).

247 Vgl. bevh, Jahrespressekonferenz. Interaktiver Handel in Deutschland 2014, Präsentation vom 3. März 2015, https://www.bevh.org/uploads/media/150303_Pressepr%C3%A4sentation.pdf, Abruf am 27. März 2015. Die Studie basiert auf einer Telefon- und Onlinebefragung zum Ausgabeverhalten im Online- und Versandhandel und zum Konsum von digitalen Dienstleistungen wie z. B. Downloads

von das Gros mit ca. EUR 41,9 Mrd. auf den Handel mit physischen Waren entfällt. Der Umsatz mit digitalen Gütern und Dienstleistungen²⁴⁸ beträgt ca. EUR 9,4 Mrd. Abbildung 7.1 verdeutlicht die Umsatzentwicklung im deutschen B2C-E-Commerce zwischen 1999 und 2015 auf Basis der Daten des HDE.

Abbildung 7.1: B2C-E-Commerce-Umsatz in Deutschland (in EUR Mrd.)



Anm.: Die Angaben umfassen Umsätze (ohne Umsatzsteuer) aus den Bereichen Nonfood, Fast Moving Consumer Goods (FMCG), Entertainment, Tickets, Downloads, Reisen (o. Urlaubsreisen). Die Angaben für 2015 sind geschätzt

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf HDE, Online-Monitor 2014, Berlin, 2014

354. Das starke Wachstum des Online-Handels zeigt sich auch am steigenden Anteil des E-Commerce am gesamten Einzelhandelsumsatz. Letzterer ist in Deutschland in 2014 um ca. 1,9 Prozent auf EUR 459,3 Mrd. gewachsen.²⁴⁹ Die Anteile des Online-Handels am Einzelhandelsumsatz variieren je nach Studie. Der bevh weist einen Anstieg des Anteils des interaktiven Handels, d. h. des E-Commerce und des klassischen Versandhandels, am gesamten Einzelhandel von 7,2 Prozent in 2009 auf 11,1 Prozent in 2013 und 2014 aus.²⁵⁰ Betrachtet man allein den Anteil des E-Commerce am Einzelhandelsumsatz, entspricht dies einem Anstieg von ca. 4,4 Prozent in 2009 auf ca. 9,5 Prozent in 2014. Eine Marktstudie von deals.com und dem Centre for Retail Research beziffert den Anteil des Online-Handels am Handelsumsatz in Deutschland auf 8,1 Prozent in 2013 und 10 Prozent in 2014. Für 2015 wird bereits ein Anteil von 11,6 Prozent erwartet.²⁵¹

und Tickets. Befragt wurden rund 40.000 Privatpersonen aus Deutschland im Alter von über 14 Jahren von Januar bis Dezember 2014.

248 Diese Kategorie umfasst unter anderem Downloads sowie Reise- und Ticketbuchungen.

249 Vgl. HDE, Jahrespressekonferenz, Berlin, Präsentation vom 30. Januar 2015, http://www.einzelhandel.de/index.php/presse/pressekonferenzen/item/download/7731_c4194b90f6a955f833638ff581f928cb, Abruf am 27. März 2015.

250 Vgl. bevh, a. a. O.

251 Vgl. deals.com/Centre for Retail Research, Internationale E-Commerce-Studie 2015, <http://www.deals.com/umfragen/e-commerce-studie-2015>, Abruf am 27. März 2015. Einzelhandel umfasst in dieser Studie den Verkauf von Handelsgütern an Endverbraucher über Ladengeschäfte und das Internet. Die Daten beinhalten keine Umsätze aus den Bereichen Gastronomie, Kraftfahrzeuge, Benzin

355. Unabhängig von den genauen Marktdaten ist zukünftig ein weiterer Anstieg des Anteils des Online-Handels am Einzelhandelsumsatz zu erwarten, allerdings bei rückläufigen Wachstumsraten des E-Commerce. So prognostiziert etwa eMarketer, das für 2013 lediglich einen Anteil des Online-Handels in Deutschland von 6,1 Prozent ausweist, einen Anstieg auf 11,2 Prozent in 2018. Gleichzeitig wird jedoch ein abnehmendes jährliches Wachstum des Online-Handels von 21,7 Prozent in 2013 auf nur noch 8 Prozent in 2018 erwartet.²⁵² Das EHI Retail Institute hatte bereits 2012 prognostiziert, dass der Onlinehandel bis 2025 einen Anteil von bis zu 27 Prozent am gesamten Einzelhandelsumsatz erreichen wird.²⁵³

356. Der Online-Handel in der EU konzentriert sich nach Angaben der Europäischen Kommission auf den Handel innerhalb einzelner Mitgliedstaaten. Der grenzüberschreitende Handel ist demnach deutlich geringer ausgeprägt. In 2014 hat zwar rund die Hälfte der EU-Bevölkerung online eingekauft, hiervon haben allerdings lediglich 15 Prozent Produkte von einem Online-Händler aus einem anderen Mitgliedstaat bezogen. Die Europäische Kommission geht den Ursachen für diesen geringeren grenzüberschreitenden Online-Handel im Rahmen einer Sektoruntersuchung zum E-Commerce nach.²⁵⁴

357. Eine aktuelle Entwicklung im Online-Handel ist die verstärkte Nutzung mehrerer, sich ergänzender Vertriebskanäle. So betreiben 50,4 Prozent der 1.000 größten Online-Shops in Deutschland zusätzlich ein stationäres Ladengeschäft. 37,6 bzw. 32,9 Prozent vertreiben ihre Produkte auf den Online-Marktplätzen von Amazon bzw. eBay. Von wachsender Bedeutung ist zudem der mobile Kanal, also der Ein- bzw. Verkauf über mobile Geräte wie Smartphones und Tablets. So bieten inzwischen 45,6 Prozent der betrachteten Online-Shops mobile Webseiten bzw. Apps mit Shopfunktion an.²⁵⁵ Die Wachstumsraten des mobilen Handels übersteigen dabei jene des stationären Online-Handels um ein Vielfaches. Im Jahr 2014 betrug das Wachstum des Online-Umsatzes in Deutschland über mobile Endgeräte Schätzungen zufolge ca. 103 Prozent, im Vergleich zu ca. 7 Prozent über stationäre Computer. Insgesamt entfielen ca. 16,8 Prozent des deutschen Online-Umsatzes auf mobile Geräte.²⁵⁶ Der Trend zum Multi- bzw. Omnichannel-Vertrieb zeigt sich auch in den Umsatzzahlen sogenannter Multichannel-Versender, die ihren Umsatz in Deutschland in 2014 gegenüber dem Vorjahr um 48 Prozent auf rund EUR 10,94 Mrd. steigern konnten.²⁵⁷ Im Vergleich hierzu ging der Umsatz von Online-Marktplätzen Schätzungen zufolge um ca. 10 Prozent auf rund EUR 23,48 Mrd.

und Treibstoffe, Eintrittskarten, Reisen, Versicherungen, Bank- und Kreditprodukte. Mehrwert- und Umsatzsteuern sind nach eigenen Angaben soweit wie möglich ausgeschlossen.

252 Vgl. eMarketer, Retail Sales Worldwide Will Top \$22 Trillion This Year, 23. Dezember 2014, <http://www.emarketer.com/Article/Retail-Sales-Worldwide-Will-Top-22-Trillion-This-Year/1011765>, Abruf am 27. März 2015. Die Angaben beziehen sich auf über das Internet gekaufte Produkte und Dienstleistungen exkl. Reise- und Veranstaltungstickets.

253 Vgl. EHI Retail Institute, Pressemitteilung vom 14. Juni 2012, <http://www.ehi.org/presse/pressemitteilungen/detailanzeige/article/marktanteil-onlinehandel-waechst-weiter.html>, Abruf am 27. März 2015.

254 Vgl. Europäische Kommission, Datenblatt (fact sheet) MEMO/15/4922 und Pressemitteilung IP/15/4921; zuvor schon Pressemitteilung IP/15/4701 vom 26. März 2015.

255 Vgl. EHI Retail Institute/Statista, E-Commerce-Markt Deutschland 2014, Köln/Hamburg, Oktober 2014. Die Angaben der Studie basieren auf einer Befragung der 1.000 umsatzstärksten Online-Händler und Hochrechnungen in Form einer Regressionsanalyse sowie Unternehmensangaben aus Geschäftsberichten, Pressemitteilungen und Unternehmenswebsites. Berücksichtigt wurden nur Umsätze mit physischen Gütern, nicht mit digitalen Gütern. Die Werte geben den Nettoumsatz der jeweiligen Online-Shops aus der reinen Geschäftstätigkeit an, bereinigt von Retouren und exkl. Umsatzsteuer. Der Nettoumsatz dieser 1.000 Online-Händler betrug rund EUR 30 Mrd.

256 Vgl. deals.com/Centre for Retail Research, a. a. O.

257 Vgl. bevh, a. a. O.

in 2014 zurück. Allerdings stellen diese weiterhin den mit Abstand größten Absatzkanal im Online-Handel dar.²⁵⁸

358. Ein weiterer Trend im Online-Handel ist schließlich eine zunehmende Vertikalisierung der Hersteller. So betreiben inzwischen immer mehr (Marken)Hersteller eigene Online-Shops, über die sie ihre Produkte unter Umgehung ihrer klassischen Handelspartner direkt an die Endverbraucher vertreiben. Diese Entwicklung erscheint insbesondere vor dem Hintergrund möglicher Vertriebsbeschränkungen für Handelspartner, wie z. B. Drittplattformverboten, relevant.

7.3 Konzentrationstendenzen im deutschen E-Commerce

359. Im Folgenden wird aufgezeigt, inwieweit im deutschen E-Commerce Konzentrationstendenzen bestehen. Hierzu wird beispielhaft auf Online-Händler sowie auf als Intermediäre auftretende Handelsplattformen eingegangen. Nachdem zunächst die Notwendigkeit einer adäquaten Marktabgrenzung dargelegt wird, werden Faktoren aufgezeigt, die eine Marktkonzentration auf Handelsplattformen fördern oder abschwächen können.

7.3.1 Marktabgrenzung und Marktanteile von Online-Händlern

360. Dem deutschen Online-Handel wird häufig eine hohe und weiter zunehmende Marktkonzentration bescheinigt. In der Regel wird hierbei auf die Anteile einzelner Händler am gesamten Umsatzvolumen des Online-Handels in Deutschland verwiesen. Entsprechende Daten hat z. B. das EHI Retail Institute in einer aktuellen Studie ermittelt.²⁵⁹ Dabei wird als Gesamtmarkt allerdings der Nettoumsatz der 1.000 größten Online-Shops mit physischen Gütern angenommen, der sich auf rund EUR 30 Mrd. belief. Bezogen auf diese 1.000 Online-Shops entfielen in 2013 rund 37,1 Prozent des Nettoumsatzes mit physischen Gütern auf die zehn größten Online-Shops, im Vergleich zu 32,3 Prozent im Vorjahr. Die 100 größten Online-Shops erwirtschafteten rund zwei Drittel des Gesamtumsatzes, die 500 größten rund 86 Prozent. Die sogenannten Generalisten, die ein umfassenderes Produktsortiment anbieten, generierten fast 40 Prozent des Gesamtumsatzes der 1.000 betrachteten Online-Shops. Der mit Abstand größte deutsche Online-Händler ist dieser Studie zufolge Amazon mit einem geschätzten Umsatz von EUR 5,79 Mrd. in 2013, gefolgt von Otto mit EUR 1,89 Mrd. und Zalando mit EUR 702 Mio.²⁶⁰

361. Aus solchen Umsatzzahlen wird in der Öffentlichkeit häufig pauschal auf Wettbewerbsprobleme oder marktbeherrschende Stellungen einzelner Unternehmen geschlossen. Tatsächlich sind solche Angaben aus wettbewerbspolitischer Sicht jedoch nicht aussagekräftig, da eine wettbewerbliche Betrachtung eine geografische wie sachliche Abgrenzung des jeweils relevanten Marktes voraussetzt. Hinsichtlich der geografischen Marktabgrenzung erscheint es insofern schon fraglich, ob Online-Märkte national, euro-

²⁵⁸ Vgl. ebenda Dies ist zwar ein Rückgang von ca. 10 Prozent gegenüber 2013. Allerdings stellen Handelsplattformen weiterhin die mit Abstand größte Versendergruppe im E-Commerce dar, gefolgt von Multichannel-Versendern (ca. EUR 10,94 Mrd.) und reinen Internetanbietern (ca. EUR 5,65 Mrd.).

²⁵⁹ Vgl. EHI Retail Institute/Statista, a. a. O.

²⁶⁰ Amazon selbst beziffert seinen Gesamtumsatz in Deutschland auf ca. USD 11,9 Mrd. in 2014. Diese Angaben umfassen allerdings neben Umsätzen aus Produktverkäufen auch solche aus anderen Geschäftstätigkeiten, sodass die Umsätze aus dem eigenen Handelsgeschäft geringer ausfallen dürften. Umsätze von Amazon Marketplace-Händlern sind in diesen Angaben nicht enthalten. Vgl. Amazon.com, Inc., Form 10-K 2014, <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000101872415000006/amzn-20141231x10k.htm#s21F0250F132C18429D9452F1E3EE59F5>, Abruf am 27. März 2015.

päisch, weltweit oder anhand von Sprachgrenzen abzugrenzen sind. Dies dürfte insbesondere von den betrachteten Produkten abhängen und z. B. zwischen physischen und digitalen Gütern variieren. Bei der sachlichen Marktabgrenzung ist zu berücksichtigen, dass nur Produkte einem gemeinsamen Markt zugeordnet werden, die hinreichend substituierbar sind. Darüber hinaus sind die Substitutionsbeziehungen zwischen Online-Handel und stationärem Handel zu prüfen. Eine Betrachtung des Gesamtumsatzes von Unternehmen kann somit irreführend sein, sofern diese nicht auf ein Produkt bzw. eine Produktkategorie spezialisiert sind. Dementsprechend kann aus oben genannten Umsatzanteilen am Online-Handel nicht pauschal geschlossen werden, dass beispielsweise Amazon, das seine Umsätze über eine Vielzahl von Produktkategorien erwirtschaftet, marktmächtiger ist als Zalando, das auf Bekleidung spezialisiert ist.

362. Beispielhaft kann diesbezüglich auf den in der Öffentlichkeit durch die Verhandlungen zwischen Amazon und einigen Verlegern besonders in den Fokus gerückten Buchhandel verwiesen werden. Diesbezüglich wurde von einigen Marktteilnehmern und Kommentatoren darauf verwiesen, dass Amazon mit einem Marktanteil von ca. 80 Prozent am Online-Buchhandel über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Allerdings ist fraglich, ob der Online-Buchhandel einen vom stationären Buchhandel abgrenzbaren Markt darstellt, da für einige Konsumenten beide Vertriebswege substituierbar sein dürften. Betrachtet man alternativ den gesamten deutschen Buchhandel, so ist Amazon mit einem Anteil von ca. 25 Prozent immer noch ein wichtiger Akteur, verfügt allerdings nicht ohne Weiteres über eine Marktstellung, die einen kartellrechtlichen Eingriff notwendig erscheinen lässt.²⁶¹ Letztlich lassen sich die tatsächlichen Substitutionsbeziehungen nur empirisch ermitteln.

363. Obige Ausführungen verdeutlichen, dass pauschale Aussagen zur Marktmacht einzelner Unternehmen im Online-Handel allein aufgrund von vermeintlichen Marktanteilen nicht sachgerecht sind. Stattdessen bedarf es einer adäquaten Abgrenzung des relevanten Marktes. Dementsprechend können auch sehr kleine Händler oder Hersteller, die Nischen besetzen, aufgrund einer fehlenden Substituierbarkeit der Produkte über Marktmacht in ihrem Bereich verfügen. Solche herausgehobenen Marktstellungen dürften dabei in der Regel auf einzelne Produktmärkte begrenzt sein. Inwieweit Probleme in einzelnen Märkten bestehen, kann letztlich nur durch die Wettbewerbsbehörden im Rahmen konkreter Verfahren untersucht werden. Ein regulatorischer Handlungsbedarf allein aufgrund der Größe einzelner Online-Händler ist nicht angezeigt.

7.3.2 Marktabgrenzung und Marktanteile von Handelsplattformen

364. Bei Handelsplattformen handelt es sich – wie eingangs bereits erläutert – um zweiseitige Plattformen, auf denen Verkäufer bzw. Händler und Käufer bzw. Endverbraucher zusammengeführt werden. Die Plattform agiert als Intermediär, welcher die Transaktion zwischen den Mitgliedern beider Nachfragegruppen vermittelt und Transaktionskosten senkt. Für dieses Matchmaking sowie weitere mit der Vermittlung einhergehende Dienstleistungen erheben Handelsplattformen eine Gebühr, welche in der Regel von den Verkäufern gezahlt wird. Über Online-Marktplätze wurden in Deutschland in 2014 Schätzungen zufolge rund EUR 23,48 Mrd. umgesetzt.²⁶² Sie stellen damit die wichtigste Versendergruppe im E-Commerce dar. In Deutschland existiert für sich genommen

²⁶¹ Vgl. Haucap, J./ Kehder, C., Marktdominanz von Google, Amazon und Co.: Diktieren die Internetfirmen die Regeln?, ifo Schnelldienst 67(12), 2014, S. 3-6.

²⁶² Vgl. bevh, a. a. O.

eine Vielzahl von Handelsplattformen, die entweder generalistisch ausgerichtet oder auf bestimmte Produktkategorien spezialisiert sind. Die meisten Transaktionen konzentrieren sich jedoch auf die zwei großen Generalisten Amazon Marketplace und eBay. Offizielle Angaben zu den reinen Verkaufsumsätzen auf diesen Plattformen sind für Deutschland nicht verfügbar, da sowohl Amazon²⁶³ als auch eBay²⁶⁴ hierzulande lediglich ihre aggregierten Gesamtumsätze aus allen Geschäftsbereichen veröffentlichen. Betrachtet man Provisionsumsätze, so ist eBay Schätzungen zufolge mit ca. EUR 1,4 Mrd. in 2013 Marktführer, gefolgt von Amazon Marketplace mit EUR 968 Mio. Andere Anbieter erreichen lediglich Provisionsumsätze im ein- bis zweistelligen Millionenbereich.²⁶⁵

365. Obige Daten verdeutlichen, dass Handelsplattformen eine wichtige Rolle im deutschen Online-Handel spielen und in diesem Bereich offenbar eine gewisse Konzentrationsstendenz besteht. Da diesen Daten allerdings ebenfalls keine Abgrenzung eines relevanten Marktes zugrunde liegt, kann auch in diesem Fall nicht pauschal auf Wettbewerbsprobleme geschlossen werden. Die Marktabgrenzung bei Handelsplattformen muss aufgrund der Zweiseitigkeit der Plattformen die Substitutionsmöglichkeiten beider Nachfrageseiten, also von Käufern und Verkäufern, und gegebenenfalls Interdependenzen zwischen beiden Seiten der Plattformen berücksichtigen.

366. Die geografische Marktabgrenzung von Handelsplattformen dürfte in entscheidendem Maße von dem gehandelten Produkt abhängen. So kommt für digitale Produkte für sich genommen eine globale Marktabgrenzung in Betracht, da die Transportkosten für solche Güter gegen Null tendieren. Allerdings kann es möglicherweise Faktoren wie Sprachbarrieren oder Lizenzbedingungen geben, die eine engere Marktabgrenzung anhand von Sprachgebieten oder sogar nationalen Grenzen erfordern. Für physische Güter dürfte die Marktabgrenzung tendenziell enger als für digitale Güter ausfallen, da hier neben potenziellen Sprachbarrieren auch Transportkosten eine wichtige Rolle spielen. Die genaue geografische Marktabgrenzung ist letztlich nur produktabhängig zu bestimmen.

367. Bei der sachlichen Marktabgrenzung von Handelsplattformen sind die Substitutionsmöglichkeiten der Käufer- sowie der Verkäuferseite zu bestimmen. Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine Handelsplattform für sich keinen eigenen Markt konstituiert, da sie sowohl aus Käufer- als auch Verkäufersicht im Wettbewerb mit anderen Handelsplattformen und unter Umständen mit sonstigen Anbietern steht, die ebenfalls den Kauf und Verkauf des nachgefragten Produkts ermöglichen.²⁶⁶ Inwieweit dies der Fall ist, hängt von der jeweils durch die einzelnen Plattformseiten nachgefragten Leistung der Handelsplattform ab. Die Fallpraxis lässt bisher kaum allgemeingültige Schlüsse in Bezug auf die Marktabgrenzung zu.

368. Mit Blick auf die Käuferseite kommt es darauf an, ob diese lediglich die Vermittlungsleistung der Handelsplattformen nachfragt oder aber die auf diesen angebotenen Produkte.²⁶⁷ Im ersten Fall dürften in den relevanten Markt grundsätzlich alle Plattfor-

²⁶³ Siehe hierzu Fn. 260.

²⁶⁴ eBay weist für 2014 für das weltweite Marktplatzgeschäft ein Handelsvolumen von USD 83 Mrd. sowie einen Nettoumsatz von USD 8,8 Mrd. aus. Der Nettoumsatz in Deutschland betrug über alle Geschäftsbereiche hinweg USD 2,1 Mrd. Vgl. eBay Inc., Form 10-K 2014, <http://investor.ebayinc.com/secfiling.cfm?filingID=1065088-15-54&CIK=1065088>, Abruf am 27. März 2015.

²⁶⁵ Vgl. EHI Retail Institute/Statista, a. a. O.

²⁶⁶ Siehe zur Marktabgrenzung bei Plattformdiensten auch Abschnitt 2.2.3.

²⁶⁷ Dazu z. B. BKartA, Entscheidung vom 26. November 2013, B6-46/12 – Amazon, dazu Fallbericht vom 9. Dezember 2013, S. 2 f.; EU-Kommission, Entscheidung vom 21. August 2007, M.4523 – Tra-

men bzw. Portale, die eine Vermittlung zum Kauf eines gewünschten Produkts anbieten, einzubeziehen sein, also neben den unterschiedlichen allgemeinen und spezialisierten Handelsplattformen insbesondere Preisvergleichsportale, welche die Online-Shops mehrerer Händler des gesuchten Produktes aufführen und auf diese verlinken. Dies gilt umso mehr, als einige Preisvergleichsportale inzwischen dazu übergegangen sind, den direkten Produktkauf über ihre eigene Webseite zu ermöglichen. Soweit hingegen von der Käuferseite die Möglichkeit zum Kauf eines bestimmten Produktes nachgefragt wird, dürften aus Sicht der Käufer Handelsplattformen mit anderen Internethändlern und möglicherweise auch mit stationären Händlern konkurrieren, jedoch nicht mit Preisvergleichsportalen, die den Nutzer zum Kauf auf andere Webseiten weiterleiten. Bei vielen Handelsplattformen dürfte für die aus Käufersicht bestehenden Alternativen die Möglichkeit zum Kauf maßgeblich sein. So steht z. B. bei dem Kauf von Gebrauchtwagen eBay nicht im Wettbewerb mit Amazon Marketplace, wohl aber mit AutoScout24.

369. Aus Verkäufersicht besteht hingegen eine Wahlmöglichkeit zur Nutzung einer Handelsplattform oder dem Handel über einen eigenen Online-Shop. Betrachtet man in Bezug auf Händler, die einen eigenen Online-Shop betreiben, erneut lediglich die Vermittlungsleistung, so sind als Substitute zu einer Handelsplattform alle Vermittlungsmöglichkeiten in den relevanten Markt einzubeziehen, die zur Erreichung der relevanten Kundengruppe zum Verkauf eines bestimmten Produktes über den eigenen Shop geeignet sind. Wie auf der Käuferseite sind dies allgemeine und spezialisierte Handelsplattformen sowie Preisvergleichsseiten. Ist aus Verkäufersicht hingegen die Möglichkeit zum direkten Handel mit Endverbrauchern das nachgefragte Produkt, so sind in den relevanten Markt alle Vertriebskanäle einzubeziehen, die Alternativen zum Handel über Handelsplattformen darstellen. Hierzu gehören neben Online-Shops gegebenenfalls auch stationäre Geschäfte.

370. In jedem Fall muss somit für beide Nachfrageseiten jeweils ein sachlich relevanter Markt abgegrenzt werden, der diejenigen Produkte bzw. Dienstleistungen umfasst, die ein Substitut für das wesentliche Produkt bzw. die wesentliche Dienstleistung der Handelsplattform darstellen. Hierbei ist grundsätzlich eine produktbezogene (bzw. möglicherweise produktgruppenbezogene)²⁶⁸ Perspektive einzunehmen, sodass beispielsweise ein Markt für die Vermittlung von Verkäufen von bestimmten Elektronikartikeln von jenem für die Vermittlung von Pkw-Verkäufen abzugrenzen sein kann.

371. Bei der Marktabgrenzung ist schließlich zu berücksichtigen, dass sich unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten für Käufer und Verkäufer ergeben können, wenn keine Neuware, sondern Gebrauchtware verkauft wird. Ferner kann unter Umständen auch das jeweilige Verkaufsformat (Auktion oder Festpreis) die Substituierbarkeit unterschiedlicher Handelsplattformen einschränken. Grundsätzlich deutet einiges darauf hin, dass insofern ein separater Markt für Online-Auktionen von gebrauchten Produkten, differenziert nach Warengruppen, abgegrenzt werden kann. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass zum einen keine hinreichenden Substitute außerhalb des Internets bestehen und zum anderen das Auktionsformat für den Verkauf von Gebrauchtwaren insbesondere für

velpport/Worldspan, Tz. 9 ff., insbesondere Tz. 39 ff.; vgl. früher schon dies., Entscheidung vom 22. Juli 1992, M.190 - Nestlé/Perrier, ABl. 5. Dezember 1992 L 356/1, Tz. 20, allgemein zur Marktabgrenzung bei sich teilweise überschneidenden Angeboten (hier: Vermittlung und Verkauf bzw. reiner Verkauf).

²⁶⁸ Eine produktgruppenbezogene Marktabgrenzung wird z. B. im Lebensmitteleinzelhandel bevorzugt; dazu vgl. BKartA, Sektoruntersuchung „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“, B2-15/11, Bericht vom September 2014, S. 119 ff.

Privatpersonen aufgrund oftmals fehlender Marktpreise attraktiver sein kann als Festpreise. Sofern ein solcher Markt für Online-Auktionen von gebrauchten Produkten abzugrenzen ist, dürfte eBay auf diesem in Deutschland vermutlich – auch heute noch – eine marktstarke Stellung einnehmen.²⁶⁹

372. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die eingangs dargestellten Umsatzanteile von Handelsplattformen nicht mit kartellrechtlich relevanten Marktanteilen gleichgesetzt werden können, da ihnen keine sachgerechte Marktabgrenzung zugrunde liegt. Weder wird auf relevante Produktmärkte abgestellt noch die Zweiseitigkeit der Plattformen erfasst. Gleichwohl zeigen diese Umsatzanteile, dass der „Markt“ für Handelsplattformen stark konzentriert ist. Dies muss jedoch selbst für Händler, die auf den Verkauf über Handelsplattformen zur Erzielung einer entsprechenden Kundenreichweite angewiesen sind, nicht problematisch sein, sofern die Plattformen in ihrem Verhaltensspielraum durch die Zweiseitigkeit der Plattformen und weitere Faktoren eingeschränkt sind. Im Folgenden werden die wesentlichen Faktoren für die Marktkonzentration bei Handelsplattformen herausgearbeitet.

7.3.3 Faktoren der Marktkonzentration und wettbewerbliche Beurteilung

373. Die aufgezeigte Konzentrationstendenz bei Handelsplattformen ist typisch für Plattformmärkte und findet sich im E-Commerce in ähnlicher Weise z. B. auch bei Hotelbuchungsportalen. Mögliche Folgen einer solchen Marktkonzentration können eine geringere Wettbewerbsintensität zwischen Handelsplattformen und damit einhergehend höhere Gebühren für Verkäufer oder eine schlechtere Qualität der Plattformen sein.

374. Zu erklären ist diese Konzentrationstendenz im Wesentlichen mit den eingangs in Kapitel 2 dargelegten Faktoren.²⁷⁰ Konzentrationsfördernd wirken demnach insbesondere starke indirekte Netzwerkeffekte sowie steigende Skaleneffekte. Überlastungsgefahren bzw. Kapazitätsbeschränkungen, Differenzierungsmöglichkeiten der Plattformen sowie die Möglichkeit der einzelnen Plattformseiten zum Multihoming bzw. Anbieterwechsel wirken hingegen Konzentrationstendenzen entgegen.

375. Handelsplattformen sind geprägt von dem Vorliegen positiver indirekter Netzwerkeffekte. So profitiert jeder Verkäufer von einer größeren Anzahl an potenziellen Käufern in Form einer größeren Verkaufswahrscheinlichkeit seiner Produkte und jeder Käufer von einer größeren Anzahl an Verkäufern durch das größere Warenangebot auf der Plattform (sogenannter Spiraleffekt). Im Gegensatz hierzu sind direkte Netzwerkeffekte bei Handelsplattformen von untergeordneter Bedeutung, da keine direkte Interaktion zwischen den Nutzern auf einer Plattformseite stattfindet.²⁷¹ Wenn überhaupt dürften negative direkte Netzwerkeffekte auftreten. Dies gilt insbesondere für die Verkäuferseite, da durch jeden weiteren Verkäufer der Wettbewerbsdruck auf der jeweiligen Handelsplattform erhöht wird. Auf der Käuferseite können negative direkte Netzwerkeffekte insbesondere bei Auktionsplattformen auftreten, da mit jedem weiteren potenziellen Käufer der Wettbewerb um ein Produkt steigt.

²⁶⁹ Vgl. Haucap, J./Wenzel, T., Ist eBay unbestreitbar ein nicht bestreitbares Monopol? Monopolisierungstendenzen und Regulierungsbedarf bei Online-Marktplätzen, in: Kruse, J./Dewenter, R., (Hrsg.), Wettbewerbsprobleme im Internet, Baden-Baden 2009, S. 7-34.

²⁷⁰ Siehe hierzu Tz. 45 ff.

²⁷¹ Eine Ausnahme stellen möglicherweise Plattformen dar, die den Handel mit Gebrauchtware für Privatleute ermöglichen, da Käufer hier auch die Funktion von Verkäufern und Verkäufer die Funktion von Käufern einnehmen können.

376. Neben indirekten Netzwerkeffekten liegen bei Handelsplattformen, wie in den meisten Bereichen des E-Commerce, steigende Skalenerträge und damit Größenvorteile vor. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das Betreiben einer Handelsplattform mit vergleichsweise hohen Fixkosten einhergeht, etwa aufgrund des Managements von Datenbanken, während die variablen Kosten durch zusätzliche Transaktionen vergleichsweise gering sind. Skaleneffekte erschweren potenziellen Anbietern insofern den Markteintritt, da sie zunächst in eine umfangreiche Infrastruktur investieren müssten.

377. Skaleneffekte und indirekte Netzwerkeffekte sind die wesentlichen Faktoren, die zu einer Konzentration bei Handelsplattformen beitragen. Allerdings gibt es weitere Faktoren, die einer Konzentration entgegen wirken. Die Gefahr einer Überlastung von Handelsplattformen dürfte dabei relativ gering sein, wenngleich z. B. ein Übermaß an Verkäufern und der damit einhergehende Preiswettbewerb auf einzelne Verkäufer abschreckend wirken kann. Relevanter dürfte sein, ob die einzelnen Nachfrageseiten Multihoming betreiben können, also parallel mehrere Plattformen nutzen können, und ob Handelsplattformen die Möglichkeit haben, sich hinreichend voneinander zu differenzieren.

378. Differenzierungsmöglichkeiten können zu einer Segmentierung des Marktes für Handelsplattformen führen und damit ein Nebeneinander mehrerer ähnlicher Plattformen ermöglichen. Dass solche Möglichkeiten für Handelsplattformen bestehen, ist offensichtlich. Besonders deutlich wird diese Differenzierung bei spezialisierten Handelsplattformen, die lediglich ein bestimmtes Produktsortiment führen. So gibt es z. B. neben Amazon Marketplace und eBay, auf denen jeweils ein umfassendes Produktsortiment gehandelt wird, spezialisierte Plattformen für den Verkauf von Fahrzeugen, Immobilien etc. Darüber hinaus können sich Handelsplattformen durch eine unterschiedliche Gestaltung der Webseite, Zahlungsmöglichkeiten oder Bewertungssysteme voneinander abgrenzen. Zu beachten ist, dass gerade diese zur Vielfalt beitragende Marktsegmentierung ihrerseits zu Wettbewerbsproblemen führen kann, da sich hierdurch der Wettbewerbsdruck zwischen den einzelnen Handelsplattformen verringern kann.

379. Einer Konzentration kann schließlich die parallele Nutzung mehrerer Handelsplattformen durch die einzelnen Nachfrageseiten entgegenwirken. Die Möglichkeit zum Multihoming kann sich dabei für Käufer und Verkäufer unterschiedlich gestalten. Kann und wird Multihoming sowohl von den Käufern als auch von den Verkäufern betrieben, so wird die Konzentrationstendenz abgeschwächt. Betreibt hingegen eine der beiden Nachfrageseiten Singlehoming, so kann der Markt schnell zugunsten einer Plattform „kippen“.

380. Grundsätzlich dürfte sowohl für Käufer als auch für Verkäufer auf Handelsplattformen die Möglichkeit zum Multihoming bestehen. Diese kann jedoch gegebenenfalls durch Wechselkosten eingeschränkt werden.²⁷² Ein Beispiel hierfür auf Verkäuferseite ist die häufig fehlende Möglichkeit, eine auf einer Handelsplattform durch gute Bewertungen aufgebaute Reputation auf andere Handelsplattformen zu transferieren. Diese Reputation stellt insofern eine plattformspezifische Investition dar. Verkäufer dürften zudem große Handelsplattformen bevorzugen, da sie über diese eine größere Anzahl potenzieller Kunden erreichen können und nicht Gefahr laufen, ihre Produkte unter Wert zu verkaufen. Dies gilt insbesondere bei Auktionsverfahren, da hier in der Regel eine

²⁷² Vgl. zu folgenden Ausführungen Haucap, J./Heimeshoff, U., Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?, DICE Discussion Paper No. 83, Januar 2013.

hinreichende Anzahl von Bietern Voraussetzung für die Erzielung eines hohen Verkaufserlöses ist. Ausgeschlossen ist Multihoming für Verkäufer bei einer Versteigerung von Einzelstücken.²⁷³

381. Für Käufer ist Multihoming aufgrund geringerer Wechselkosten einfacher möglich. So ist etwa eine gute Reputation von Käufern in der Regel von geringerer Bedeutung. Gleichwohl können Wechselkosten beispielsweise durch Nutzungsgebühren für bestimmte Serviceleistungen einer Handelsplattform entstehen, die Käufer von der Nutzung alternativer Plattformen oder Händler abhält. Weitere Faktoren, welche der parallelen Nutzung mehrerer Handelsplattformen entgegenwirken, sind beispielsweise Gewöhnungseffekte, eine gewisse Loyalität gegenüber der Plattform oder eine höhere Qualität in Form eines besseren Produktangebots der Plattform. Darüber hinaus kann eine fehlende Bereitschaft, persönliche Daten mehreren Handelsplattformen zur Verfügung zu stellen, sowie eine gewisse Trägheit aufseiten der Käufer einen Plattformwechsel verhindern.

382. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die Konzentration bei Handelsplattformen im Wesentlichen auf indirekte Netzwerkeffekte sowie Skaleneffekte zurückzuführen sein dürfte. Diese erschweren zwar die Markteintrittsmöglichkeiten neuer Anbieter, gleichwohl zeigt sich, dass ein solcher Markteintritt insbesondere durch eine hinreichende Differenzierung möglich ist. Wettbewerbliche Verhaltensspielräume von Handelsplattformen werden zudem durch die, wenn auch auf Verkäuferseite eingeschränkte, Möglichkeit zum Multihoming beider Nachfragegruppen reduziert. Wettbewerbsprobleme können sich jedoch dann ergeben, wenn sich den jeweiligen Plattformen aufgrund fehlender Ausweichmöglichkeiten der jeweiligen Plattformseiten Verhaltensspielräume eröffnen.

383. Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass aus einer hohen Konzentration bei mehrseitigen Handelsplattformen nicht pauschal auf Wettbewerbsprobleme geschlossen werden kann, sondern diese aus ökonomischer Sicht vielmehr Ausdruck einer effizienten Marktstruktur sein können.²⁷⁴ Die hohe Konzentration ergibt sich im Wesentlichen aus der Existenz der indirekten Netzwerkeffekte, die von mehrseitigen Plattformen internalisiert und bei der Preissetzung berücksichtigt werden. Insofern können auch vermeintlich ungewöhnliche Verhaltensweisen, wie eine Bepreisung unterhalb der Grenzkosten bzw. eine Subventionierung einer Plattformseite, bei Plattformen effizient und kartellrechtlich unbedenklich sein. Nichtsdestotrotz können durch indirekte Netzwerkeffekte entstehende marktstarke Positionen einzelner Handelsplattformen zu Wettbewerbsproblemen führen. Auf solche potenziellen Wettbewerbsprobleme wird unter anderem im folgenden Abschnitt eingegangen.

7.4 Potenzielle Wettbewerbsprobleme im E-Commerce

384. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Online-Handel in den letzten Jahren stark gewachsen ist und sich als wichtiger Vertriebskanal etabliert hat. Gleichzeitig ist eine gewisse Konzentrationstendenz, insbesondere im Bereich der Handelsplattformen, feststellbar. Wie aufgezeigt, kann eine solche Konzentration aus ökonomischer Sicht durchaus effizient sein, nicht zuletzt aufgrund der Zweiseitigkeit dieser Plattformmärkte. Dies schließt jedoch potenzielle Wettbewerbsprobleme nicht aus, die sich unter anderem aus Verhaltensspielräumen marktstarker Unternehmen ergeben kön-

²⁷³ Die eingeschränkte Möglichkeit zum Multihoming für Verkäufer bei Online-Auktionen dürfte wesentlich zu der außergewöhnlichen Marktstellung von eBay bei Online-Auktionen beigetragen haben.

²⁷⁴ Siehe hierzu auch Abschnitt 2.2.1.

nen. Im Folgenden werden diesbezüglich unterschiedliche Aspekte betrachtet. Zunächst wird auf die Problematik potenzieller Nachfragemacht im E-Commerce eingegangen. Anschließend werden potenzielle Wettbewerbsprobleme dargestellt, die sich aus der vertikalen Integration von Handelsplattformen bzw. Online-Händlern sowie der Bündelung und Bevorzugung eigener Dienste ergeben können. Darüber hinaus werden Marktmachtrisiken unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung angesprochen und vertikale Vertriebsbeschränkungen näher beleuchtet. Abschließend werden mögliche grenzüberschreitende Handelsbeschränkungen betrachtet.

7.4.1 Nachfragemacht im E-Commerce

385. Ein wettbewerbspolitisch relevantes Thema im Bereich des E-Commerce betrifft die potenzielle Nachfragemacht einzelner Online-Händler, Handelsplattformen oder auch Buchungsportale. Eine herausgehobene Stellung hat insbesondere Amazon, das in Deutschland – wie eingangs dargestellt – der mit Abstand größte Online-Händler ist und über seine Handelsplattform einen großen Teil des gesamten deutschen Online-Handels abwickelt. Als Beispiel für die vermeintliche Nachfragemacht von Amazon werden insbesondere die harten Verhandlungen zwischen Amazon und einzelnen Verlegern über Konditionen für E-Books sowohl in Deutschland als auch in anderen Staaten angeführt, in deren Folge sich die Auslieferung gedruckter Bücher dieser Verleger durch Amazon verzögerte. Inzwischen ist es zwar zu einer Einigung zwischen Amazon und den betroffenen Verlegern gekommen, eine Kartellbeschwerde des Börsenvereins ist allerdings weiterhin bei der Europäischen Kommission anhängig. Ob Amazon tatsächlich gegen das Kartellrecht verstoßen oder es sich nur um in einer Marktwirtschaft übliche Verhandlungen zwischen Vertragspartnern gehandelt hat, muss das Kartellverfahren zeigen. Ein Kartellrechtsverstoß ist nach deutschem Recht auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung möglich (§ 20 GWB).²⁷⁵

386. Unabhängig von diesem konkreten Fall ist zu fragen, inwieweit eine herausgehobene Marktstellung und potenzielle Nachfragemacht einzelner Akteure im E-Commerce wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf nach sich ziehen kann. Grundsätzlich ist anzunehmen, dass das Internet die Position des Handels gegenüber Herstellern bzw. Zulieferern verbessert hat. Ursächlich hierfür dürfte im Wesentlichen die erhöhte Preistransparenz im E-Commerce sein, die durch die unterschiedlichen (Handels-)Plattformen und Vergleichsportale gefördert wird. Durch diese Preistransparenz werden (Groß-)Händler in die Lage versetzt, in Verhandlungen Druck auf die Abgabepreise der Hersteller auszuüben. Inwieweit Nachfragemacht in einigen Bereichen vorliegt, kann jedoch nur fallspezifisch beurteilt werden.

387. Die herausgehobene Stellung von Intermediären sowie die erhöhte Preistransparenz im Internet lassen vermuten, dass Nachfragemacht im E-Commerce möglicherweise häufiger vorliegt. Dies ändert allerdings für sich genommen nichts an der ökonomischen Beurteilung von Nachfragemacht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass Nachfragemacht im E-Commerce anders zu beurteilen ist als im klassischen Handel. Nachfrage- bzw. Verhandlungsmacht liegt der ökonomischen Verhandlungstheorie zufolge vor, wenn ein Nachfrager bessere Preise und Konditionen gegenüber Herstellern durchsetzen kann als dies unter wettbewerblichen Bedingungen der Fall wäre oder aber ohne ersichtlichen Grund bessere Preise und Konditionen gewährt bekommt als vergleichbare Wettbewerber. Die Verhandlungsergebnisse zwischen den Akteuren hängen dabei von unter-

²⁷⁵ Siehe hierzu auch Abschnitt 7.4.4.

schiedlichen Faktoren wie der Größe der beteiligten Akteure oder der Häufigkeit und den Spezifika der Interaktion ab, welche die Ausweichmöglichkeiten für die einzelnen Akteure bestimmen.²⁷⁶ Im E-Commerce dürfte insbesondere die hohe Bedeutung und Größe einzelner Online-Händler, Handelsplattformen oder Buchungsportale die Ausweichmöglichkeiten einiger Hersteller bzw. Dienstleister wie Hoteliers einschränken.

388. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind die Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht von jenen von Marktmacht zu unterscheiden, welche die Anbieter (in Absatzmärkten) gegenüber Konsumenten ausüben. Während derartige Marktmacht in der Regel zu höheren Preisen, einer geringeren Konsumentenrente und einer insgesamt geringeren sozialen Wohlfahrt führen kann, kann Nachfragemacht sogar positive Wohlfahrtswirkungen nach sich ziehen, sofern die verbesserten Konditionen an die Endverbraucher weitergegeben werden. Letzteres hängt insbesondere von der Wettbewerbsintensität auf der Handelsstufe ab.²⁷⁷ Negative Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht sind in der Realität hingegen nur selten nachweisbar. Die in der ökonomischen Literatur diskutierten Wasserbett-, Verschleißungs- und Spiraleffekte oder anreizmindernde Investitions-, Innovations- und Qualitätseffekte treten überwiegend nur unter speziellen Bedingungen ein.²⁷⁸

389. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass derzeit weder gesicherte Erkenntnisse über die Nachfragemacht in einzelnen Bereichen des E-Commerce vorliegen, noch die Auswirkungen einer solchen Nachfragemacht auf die soziale Wohlfahrt eindeutig sind. Insbesondere ist es nicht möglich, allein aufgrund einer möglicherweise hohen Konzentration in einzelnen Bereichen des E-Commerce auf eine hohe Nachfragemacht einzelner Händler oder Portale zu schließen. Zudem können von Nachfragemacht – im Gegensatz zu klassischer Marktmacht – positive Wirkungen auf die Gesamtwohlfahrt ausgehen, sofern der Wettbewerb auf Handelsebene selbst nicht beeinträchtigt wird. Diesbezüglich ist wiederum auf die eingangs festgestellte Notwendigkeit einer adäquaten Marktabgrenzung hinzuweisen, die alle Wettbewerbskräfte erfasst. Letztlich bedarf es insofern immer einer fallspezifischen Betrachtung zur Feststellung und Auswirkung von Nachfragemacht.

390. Sofern Nachfragemacht in einzelnen Bereichen des E-Commerce besteht, dürfte das geltende Wettbewerbsrecht ausreichend sein, um diese hinreichend zu adressieren. Ein Bedarf für Gesetzesänderungen besteht insofern nicht, insbesondere nicht zum Schutz einzelner Branchen. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass missbräuchliche Einkaufspraktiken gemäß GWB unzulässig sind. Die Überwachung des Marktgeschehens und die Sanktionierung gegebenenfalls missbräuchlicher Verhaltensweisen starker Nachfrager obliegt den Wettbewerbsbehörden.

7.4.2 Vertikale Integration von Handelsplattformen

391. Wettbewerbsprobleme im E-Commerce können sich aus der vertikalen Integration von Unternehmen ergeben. Eine vertikale Integration einer Handelsplattform ist insbesondere dann gegeben, wenn der Betreiber der Plattform zugleich Verkäufer und damit Marktteilnehmer auf der Verkäuferseite ist. Ein Beispiel hierfür ist Amazon, das als

²⁷⁶ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1072-1117.

²⁷⁷ Im Bereich des Buchhandels können verbesserte Konditionen aufgrund der bestehenden Buchpreisbindung in Deutschland nur teilweise an die Endverbraucher weitergegeben werden. Hier profitiert sodann vornehmlich das Handelsunternehmen selbst von verbesserten Konditionen.

²⁷⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1072-1117.

Händler auf seinem eigenen Marketplace tätig ist und damit direkt in Wettbewerb zu anderen Händlern tritt. Während vertikale Integration aus ökonomischer Sicht effizient sein kann, weil hierdurch beispielsweise Koordinationsprobleme gelöst werden können, kann das Konkurrenzverhältnis zwischen Plattformbetreiber und dritten Online-Händlern auch zu Interessenkonflikten und potenziell missbräuchlichen Verhaltensweisen führen.

392. Zunächst besteht die Möglichkeit, dass der Betreiber einer Plattform seine eigenen Produkte bevorzugt darstellt und diese insbesondere im Rahmen der Ergebnisse einer Produktsuche weiter vorne platziert. Eine solche Bevorzugung des eigenen Produktangebots dürfte jedoch in der Regel nur dann profitabel für den Plattformbetreiber sein, wenn die eigene Marge bei dem jeweiligen Produkt höher ist als die Verkaufsprovision, die dritte Händler zu entrichten haben. Die Anreize eines Plattformbetreibers zur diskriminierenden Darstellung von Konkurrenzangeboten dürften hierdurch begrenzt sein. Darüber hinaus dürfte die bevorzugte Anzeige des eigenen Produktsortiments nur zielführend sein, wenn für die Händler auf der Plattform keine hinreichenden Substitutionsmöglichkeiten bestehen. Dies ist wiederum, wie oben erläutert, einzelfallspezifisch zu beurteilen. In vielen Fällen dürften externen Händlern jedoch Substitutionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, wie etwa weitere Handelsplattformen oder auch Preisvergleichsseiten, die auf den eigenen Online-Shop verweisen. Der Verhaltensspielraum von Handelsplattformen wird in solchen Fällen eingeschränkt.

393. Ein weiteres potenzielles Wettbewerbsproblem kann aus dem Umstand erwachsen, dass der Betreiber einer Handelsplattform die Transaktionen dritter Online-Händler auf seiner Plattform beobachten kann. Dies ermöglicht ihm die Identifikation besonders nachgefragter Produkte von Wettbewerbern, die dann gegebenenfalls in den eigenen Handelsbestand aufgenommen werden können. Sofern der Betreiber der Plattform gegenüber den Herstellern dieser Produkte bessere Lieferkonditionen erwirken kann, kann er unter Umständen die Nachfrage auf der Plattform auf sich allein vereinen, dritte Online-Händler verdrängen und seine Marktposition dementsprechend verbessern.

394. Schließlich kann ein vertikal integrierter Betreiber einer Handelsplattform von der Akkumulation zusätzlicher Daten profitieren, die im Rahmen von Transaktionen zwischen dritten Händlern und Endverbrauchern auf seiner Plattform anfallen. Diese zusätzlichen Daten können genutzt werden, um genauere Nutzerprofile zu erstellen und Kunden beispielsweise bessere Produktempfehlungen zu geben bzw. diese zum Kauf zu animieren. Insgesamt können zusätzliche Daten somit die Qualität der eigenen Plattform und damit die eigene Wettbewerbsposition gegenüber konkurrierenden Angeboten verbessern. Eine Akkumulation von Daten kann insofern Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Plattformen haben.

395. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass aus Sicht von Händlern gute Gründe dafür bestehen können, den eigenen Online-Shop zu einer Plattform auszubauen und dritte Händler zuzulassen. Handelsplattformen profitieren nicht nur von entsprechenden Provisionszahlungen der Händler, sondern können ihre Wettbewerbsposition durch die Beobachtung von Verkäufen und die Akkumulation zusätzlicher Daten verbessern. Die Wohlfahrtswirkungen eines solchen Verhaltens sind nicht eindeutig, da hierdurch zumindest kurzfristig der Wettbewerb zwischen Handelsplattformen gesteigert wird und bei bestehendem Wettbewerb auf Händlerebene mögliche niedrigere Beschaffungspreise in der Regel an die Konsumenten weitergereicht werden. Gleichwohl sollte das Verhal-

ten von vertikal integrierten Unternehmen im Bereich des E-Commerce durch die Wettbewerbsbehörden beobachtet werden, um mögliche Missbräuche zu verhindern. Die Notwendigkeit einer Regulierung von vertikal integrierten Handelsplattformen ist hingegen nicht ersichtlich.

7.4.3 Bündelung und Bevorzugung plattformeigener Dienste

396. Eine für viele Internetunternehmen typische Eigenschaft ist die erhebliche Diversifizierung und Expansion in unterschiedliche Geschäftsfelder. Dieser Aspekt ist auch für den E-Commerce relevant. Ein Wettbewerbsproblem kann bestehen, wenn große Unternehmen ihre herausgehobene Marktstellung nutzen, um in wettbewerbsverzerrender Weise eigene Dienste zu bündeln und in weitere Märkte zu expandieren.

397. Inwieweit wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen im Bereich des E-Commerce bestehen, ist im Einzelfall zu prüfen. Grundsätzlich haben Unternehmen jedoch Anreize, eigene Dienste oder Produkte zu bevorzugen oder zu bündeln. So kann eine Handelsplattform beispielsweise Dritthändlern auferlegen, zusätzliche Leistungen der Plattform, wie beispielsweise deren Zahlungssystem, in Anspruch zu nehmen. Eine solche Einbindung eigener Dienste kann wettbewerblich problematisch sein, aber auch mit erheblichen Verbrauchereffizienzen einhergehen. Ein Beispiel hierfür findet sich mit Blick auf eBay und seine Tochter PayPal, dessen Zahlungssystem eBay-Händler unter gewissen Bedingungen zwingend als Zahlungsmethode anbieten müssen, was mit zusätzlichen Kosten für diese verbunden ist. Das Bundeskartellamt hatte diesbezüglich im Jahr 2010 auf die Einleitung eines Verfahrens gegen eBay verzichtet, weil zu erwarten sei, dass die Maßnahme zu weniger Beschwerden bei Transaktionen führe und damit die Zufriedenheit der Kunden mit der Nutzung der Plattform steige.²⁷⁹

398. Ein weiteres Beispiel einer vermeintlichen Bevorzugung eigener Dienste bzw. einer Bündelung von Diensten mit Relevanz für den E-Commerce findet sich bei Suchplattformen. Konkret wird insbesondere Google vorgeworfen, eigene Dienste in den Suchergebnissen bevorzugt darzustellen. Mit Blick auf den E-Commerce ist insbesondere relevant, dass hiervon auch eine Preissuchmaschine (Google Shopping) betroffen ist, die im Wettbewerb mit anderen Preisvergleichsportalen sowie Handelsplattformen und gegebenenfalls Online-Shops steht. Eine bevorzugte Darstellung von Google Shopping könnte insofern vor allem zum Nachteil anderer Preisvergleichsportale wirken und diese verdrängen. Inwieweit solche Vorwürfe gerechtfertigt sind, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Insofern ist auf die Ausführungen in Kapitel 5 zu verweisen, das sich in allgemeiner Form mit der potenziellen Bevorzugung eigener Dienste durch Suchplattformen beschäftigt.

7.4.4 Marktmachtrisiken unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung

399. Im E-Commerce sind teilweise aggressive Wachstumsstrategien zu beobachten. Einige Unternehmen versuchen, ihren Umsatz in kurzer Zeit zu steigern und nehmen dafür Verluste in Kauf („Umsatz um jeden Preis“). Prominente Beispiele für ein solches Verhalten sind etwa Amazon, das massiv in neue Dienste bzw. Produkte investiert, sowie Zalando.

²⁷⁹ Vgl. FAZ, Bundeskartellamt. Ebay darf Verkäufer zur Paypal-Nutzung zwingen, 23. April 2010, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/bundeskartellamt-ebay-darf-verkaeufer-zur-paypal-nutzung-zwingen-1970888.html>, Abruf am 27. März 2015.

400. Erklären lassen sich solche Expansionsstrategien möglicherweise mit dem Ziel, sich als Standardanbieter bzw. erste Anlaufstelle für bestimmte Produkte oder Dienstleistungen im Internet zu etablieren, um sich so einen loyalen Kundenstamm aufzubauen. Die Expansion in weitere Märkte sowie die vorstehend beschriebene Bündelung von Diensten kann genutzt werden, um Kunden an das eigene Unternehmen zu binden. Gerade bei Plattformmärkten erscheint es zudem ökonomisch sinnvoll, den Markt auch unter Inkaufnahme vorübergehender Verluste aufgrund bestehender Netzwerkeffekte zum eigenen Vorteil zum „Kippen“ zu bringen. Dies gilt insbesondere für Handelsplattformen, wenn die Möglichkeit zum Plattformwechsel bzw. zum Multihoming für Verkäufer aufgrund von Reputationseffekten eingeschränkt ist.

401. Fraglich ist, ob bzw. inwiefern aus diesen Anreizen zu schnellem Wachstum wettbewerbliche Risiken folgen, die eine Anwendung des Missbrauchskartellrechts bereits unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung erfordern bzw. rechtfertigen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass wesentliche missbrauchsbezogene Vorschriften nach § 20 Abs. 1 GWB auch dann anwendbar sind, wenn von den betreffenden Händlern oder Plattformbetreibern kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (sogenannte relative Marktmacht).

402. Es wird vermutet, dass insbesondere Amazon im Online-Buchhandel über eine zumindest relative Marktmacht im Verhältnis zu kleinen und mittleren Verlagen verfügt.²⁸⁰ Amazon hat in jüngerer Zeit zwei rabattbasierte Strategien angewendet, um seine Marktposition zu festigen und allgemein im Buchhandel auszubauen:

- Soweit Amazon für die Verlage als Vertriebshändler tätig ist, hat Amazon im Rahmen der ersten Strategie auf der Nachfrageseite versucht, die Verlage zur Einräumung höherer Rabatte auf den Einkaufspreis beim Vertrieb von E-Books zu bewegen. Mehrere Verlage haben dem Unternehmen vorgeworfen, dabei seine Marktmacht bei gedruckten Büchern als Hebel einzusetzen. In Hinblick auf diesen Vorwurf ist allerdings offen, ob die Print- und die E-Bookmärkte eine so enge Verbindung aufweisen, dass die Durchsetzung der Rabattforderungen sich tatsächlich als eine Ausnutzung eines marktmachtbedingten Verhaltensspielraums von Amazon und damit als eine Hebelung von Marktmacht darstellen kann (und sich nicht nur in einer harten Verhandlungsführung erschöpft).²⁸¹ Zwar wäre auch in Betracht zu ziehen, dass die Rabattforderungen von Amazon möglicherweise exzessiv gewesen sind (Anzapfen?).²⁸² Diesbezüglich ist jedoch zu berücksichtigen, dass Amazon den Verlagen erst die Möglichkeit eröffnet, bestimmte Leserkreise zu erreichen.²⁸³
- Als zweite, in ihrem Kern rabattbasierte, Strategie lässt sich das Vorgehen von Amazon auffassen, die für alle Händler im Bucheinzelhandel geltende Buchpreisbindung zu unterlaufen, indem E-Books per Flatrate an Endkunden vertrieben und diesen somit Rabatte auf den Preis des Druckwerkes eingeräumt werden. Dieses Angebot fördert die Kundenneugewinnung. Mit Blick auf eine etwaige Umgehung der Buchpreisbindung dürfte es aus Wettbewerbssicht aller-

²⁸⁰ Dazu vgl. oben Tz. 385 ff.

²⁸¹ Siehe die Rechtsprechungsnachweise in: Grabitz/Hilf, Art. 102 Rz. 464.

²⁸² Vgl. das BKartA-Verfahren gegen Edeka (2013).

²⁸³ Vgl. EuGH, Urteil vom 28. März 1985, 298/83 – CICE, Slg. 1985, 1105, Rz. 4 f., 22, 24 f.

dings unbedenklich sein. Dies gilt ungeachtet der konkreten Ausgestaltung des E-Book-Vertriebs.²⁸⁴ Die Buchpreisbindung schützt unmittelbar die Buchhändler und mittelbar auch die Verlage gegen Preiswettbewerb.²⁸⁵ Derartige Systeme dienen dazu, „die kulturelle und sprachliche Vielfalt in Europa zu erhalten“.²⁸⁶ Das Buchpreisbindungssystem gerät aber selbst unter Rechtfertigungsdruck, wenn Internetanbieter neue Möglichkeiten zum Vertrieb von E-Books eröffnen, welche von den durch das Buchpreisbindungssystem geschützten herkömmlichen Vertriebsstrukturen im Grunde unabhängig sind.

403. Die oben genannten Strategien sind unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung nur nach nationalem Recht (§ 20 GWB) fassbar. Soweit danach Missbrauchskartellrecht anwendbar ist, gibt es jedoch – jedenfalls auf Basis der vorliegenden Informationen – derzeit keine belastbaren Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten.

7.4.5 Vertikale Vertriebsbeschränkungen

404. Einen Bereich potenzieller Wettbewerbsprobleme im E-Commerce stellen vertikale Vertriebsvereinbarungen dar. Vertikale Vereinbarungen gelten im Vergleich zu horizontalen Vereinbarungen (Vereinbarungen unter Wettbewerbern) grundsätzlich als weniger problematisch, weshalb sie auch zum Teil im Rahmen der EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO) freigestellt sind.²⁸⁷ Gleichwohl können von ihnen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen ausgehen. Insbesondere können sie als Marktzutritts- und Expansionshürden wirken sowie kollusives Verhalten erleichtern, wobei Letzteres aufgrund der ohnehin hohen Preistransparenz im Internet weniger relevant sein dürfte. Dies kann zu einer Schwächung des markeninternen Wettbewerbs (Intrabrand-Wettbewerb) und damit zu höheren Preisen führen, insbesondere wenn der Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Herstellern (Interbrand-Wettbewerb) nur schwach ausgeprägt ist. Mögliche Folgen einer solchen Schwächung des Intrabrand-Wettbewerbs können sowohl absolute Wohlfahrtsverluste aufgrund einer geringeren allokativen wie dynamischen Effizienz als auch reine Umverteilungseffekte durch eine Abschöpfung von Konsumentenwohlfahrt sein.²⁸⁸

405. Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung vertikaler Beschränkungen sind potenzielle Effizienzgewinne zu berücksichtigen. Diese können insbesondere dann auftreten, wenn durch die entsprechende Vereinbarung bestehende Koordinierungsprobleme im Rahmen vertikaler Markt- und Wertschöpfungsketten abgemildert bzw. gelöst werden. Zu solchen Problemen zählen insbesondere vertikale und horizontale externe Effekte (z. B. doppelter Preisaufschlag, Trittbrettfahrerverhalten), die Sicherstellung ausreichender Anreize für produkt- und vertragsspezifische Investitionen (Hold up-Problem) sowie der

284 Als Anbieter von vergleichbaren Flatrates sind z. B. Skoobe (Bertelsmann/Holtzbrinck) und Readfy zu nennen.

285 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Juni 2000, IP/00/651, im März 2002 endg. bestätigt, vgl. Pressemitteilung v. 22. März 2002, IP/02/461.

286 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. März 2002, IP/02/461.

287 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU L 102 vom 23. April 2010, S. 1.

288 Vgl. BKartA, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10. Oktober 2013, S. 8 ff.

Schutz eines etablierten Markenimages.²⁸⁹ Diese potenziellen Effizienzargumente sind je nach Form vertikaler Wettbewerbsbeschränkung in unterschiedlichem Maße relevant.

406. Im Internet werden je nach Geschäftsmodell und Produkten unterschiedliche Formen vertikaler Vertriebsvereinbarungen eingesetzt, die teilweise geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Grundsätzlich lässt sich zwischen preisbezogenen und nicht-preisbezogenen vertikalen Vertriebsbeschränkungen unterscheiden.²⁹⁰ Im besonderen Fokus der Ermittlungen des Bundeskartellamtes standen in jüngerer Zeit sogenannte Preisparitäts- bzw. Bestpreisklauseln sowie Drittplattformverbote.²⁹¹ Die Anwendung solcher vertikaler Vereinbarungen wurde überwiegend untersagt, um eine potenzielle Verringerung des (Intrabrand-)Wettbewerbs und damit einhergehend höhere Endverbraucherpreise zu verhindern. Diese Entscheidungen wurden sowohl von den betroffenen Unternehmen als auch von Teilen der Wissenschaft kritisiert. Stationäre Händler beklagen zudem eine angebliche Bevorzugung des Internethandels durch die Kartellbehörde, der zu einem Sterben der Innenstädte bzw. des stationären Fachhandels führen könnte.

407. Die Monopolkommission ist auf die relevante Fallpraxis des Bundeskartellamtes bereits in ihrem XX. Hauptgutachten eingegangen.²⁹² Ihr Fokus lag dabei auf der juristischen Analyse der Entscheidungen des Bundeskartellamtes. Diese Analyse soll im Folgenden um ökonomische Aspekte ergänzt werden. Der Fallpraxis entsprechend wird insbesondere auf Preisparitätsklauseln als wichtige Form preisbezogener vertikaler Vertriebsbeschränkungen und auf Drittplattformverbote als Form nicht-preisbezogener Vertriebsbeschränkungen eingegangen.

7.4.5.1 Preisbezogene Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Preisparitätsklauseln)

408. Als wesentliche Formen preisbezogener vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen werden im Internethandel Preisparitätsklauseln sowie in Teilen vertikale Preisbindungen eingesetzt. Vertikale Preisbindungen haben im Internethandel grundsätzlich die gleichen Auswirkungen wie im stationären Handel. Vertikale Fest- oder Mindestpreisbindungen sind als Kernbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB verboten, sind jedoch im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung freigestellt, sofern sie mit hinreichenden Effizienzgewinnen einhergehen. Relativ unproblematisch sind (unverbindliche) Preisempfehlungen der Hersteller.²⁹³ Diese können zwar die Koordinierung von Preisen erleichtern, genügen jedoch in der Regel nicht, um ein stabiles kollusives Gleichgewicht herbeizuführen.

409. Die derzeit besonders im Fokus von Wettbewerbsbehörden stehenden Preisparitätsklauseln (auch Bestpreisklauseln) sind eine vergleichsweise neue Form preisbezogener vertikaler Beschränkungen.²⁹⁴ Sie werden insbesondere von mehrseitigen Plattformen

²⁸⁹ Vgl. ebenda, S. 5 ff.; allgemein vgl. auch EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 19. Mai 2010 C 130/1, Tz. 100 ff.

²⁹⁰ Vgl. Buccirossi, P., Background Note, a. a. O., S. 10 f.

²⁹¹ Vgl. z. B. BKartA, B6-46/12 – Amazon, Fallbericht vom 9. Dezember 2013; BKartA, B9-66/10 – HRS, Fallbericht vom 20. Dezember 2013; BKartA, B3-137/12 – Adidas, Fallbericht vom 19. August 2014.

²⁹² Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 884-920.

²⁹³ Zu den ökonomischen Wirkungen von Preisbindungen und Preisempfehlungen vgl. Schwalbe, WuW 2011, S. 1197-1216.

²⁹⁴ Eine Besonderheit stellt die vom Bundeskartellamt untersagte Form der Preisparitätsklausel auf Amazon Marketplace dar. Diese wurde schwerpunktmäßig als horizontale Wettbewerbsbeschränkung be-

eingesetzt, beispielsweise von Hotelbuchungsportalen oder Online-Marktplätzen, und beschränken Händler bzw. Verkäufer darin, ihre Produkte außerhalb der Plattform zu einem günstigeren Preis anzubieten. Darüber hinaus können sie sich auf weitere nicht-monetäre Vertragsbedingungen beziehen, wie etwa im Falle von Hotelbuchungsportalen auf die verfügbare Zimmeranzahl. Preisparitätsklauseln unterscheiden sich von anderen preisbezogenen Vertriebsbeschränkungen dadurch, dass sie nicht vom Hersteller, sondern vom Plattformanbieter festgeschrieben werden, der in seiner Funktion als Intermediär als eine Art Handelsvertreter auftritt. Im Gegensatz zu den unterschiedlichen Formen der vertikalen Preisbindung können Händler bzw. Verkäufer das Preisniveau frei festlegen. Da sie aber über andere Vertriebskanäle nicht günstiger anbieten dürfen, wird ihre Möglichkeit eingeschränkt, durch Preisdifferenzierung unterschiedliche Kosten der Vertriebskanäle einzupreisen. Sind Händler auf mehreren Plattformen mit entsprechenden Klauseln tätig, müssen sie ihre Produkte auf diesen Plattformen zu identischen Preisen anbieten.

410. Preisparitätsklauseln werden grundsätzlich als vertikale Vereinbarungen eingeordnet. Da jedoch angenommen wird, dass sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, werden sie – anders als Preisbindungen – üblicherweise nicht als kartellrechtswidrige Kernbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB eingestuft. Allerdings können Preisparitätsklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. In diesem Fall ist eine Freistellung der Klauseln gemäß der Vertikal-GVO möglich, sofern der Marktanteil des Anbieters 30 Prozent nicht überschreitet (Art. 101 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 3, 7 Vertikal-GVO). Bei einem höheren Marktanteil ist zwar grundsätzlich eine Einzel freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB möglich. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Vereinbarung mit hinreichenden Effizienzvorteilen sowie einer angemessenen Verbraucherbeteiligung einhergeht. Außerdem muss diese unerlässlich zur Erzielung der Effizienzgewinne sein und darf den Wettbewerb nicht ausschalten. Abgesehen hiervon dürfen Preisparitätsklauseln nicht gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstoßen.

411. Die Wirkung von Preisparitätsklauseln ist in der ökonomischen Literatur bislang nur wenig erforscht. Grundsätzlich werden ihnen jedoch drei wettbewerbsbeschränkende Wirkungen nachgesagt.²⁹⁵ Sie sollen erstens den Marktzutritt für neue Plattformen erschweren, da diese sich nicht durch geringere Verkaufsprovisionen und damit einhergehende geringere Endkundenpreise von den etablierten Plattformen abgrenzen und entsprechende Marktanteile gewinnen können. Zweitens können Preisparitätsklauseln zu einer geringeren Wettbewerbsintensität zwischen Plattformen und damit zu höheren Verkaufsprovisionen und Endkundenpreisen führen. So haben Plattformen aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Verkäufer unterschiedliche Provisionen durch Preisdifferenzierung im Endkundenpreis zu berücksichtigen geringere Anreize, Provisionen zu senken, bzw. sogar größere Anreize, diese zu erhöhen. Drittens können Preisparitätsklauseln kollusives Verhalten zwischen Plattformen erleichtern, da sie zum einen Vorteile aus dem Abweichen von einer solchen Vereinbarung reduzieren und zum anderen eine bessere Überprüfung der Einhaltung der Absprache ermöglichen.

412. Neuere theoretische ökonomische Arbeiten zu Preisparitätsklauseln bestätigen einige der oben genannten potenziellen Wettbewerbsbeschränkungen.²⁹⁶ Gleichzeitig ver-

trachtet, da Amazon als Händler auf seiner eigenen Plattform im Wettbewerb mit den betroffenen Dritthändlern stand. Vgl. BKartA, B6-46/12 – Amazon, Fallbericht vom 9. Dezember 2013.

²⁹⁵ Vgl. Buccirossi, P., Background Note, a. a. O., S. 24.

²⁹⁶ Siehe hierzu insbesondere Boik, A./Corts, K.S., The Effects of Platform MFNs on Competition and

deutlichen sie jedoch, dass die Wettbewerbswirkungen von den konkreten Marktbedingungen abhängen. Bestätigt wird insbesondere, dass Preisparitätsklauseln tendenziell zu höheren Verkaufsprovisionen und Endkundenpreisen führen.²⁹⁷ Die Wirkungen auf den Markteintritt sind hingegen weniger eindeutig. Während der Markteintritt von Plattformen mit differenzierten, nicht gleichwertigen Geschäftsmodellen durch Preisparitätsklauseln erschwert wird, da Verkäufer z. B. geringere Provisionen nicht an die Endkunden weitergeben können, wird der Markteintritt von Plattformen mit ähnlichen und gleichwertigen Geschäftsmodellen unter Umständen sogar gefördert, sofern die Preisparitätsklausel zu einem entsprechenden Preisanstieg führt. Preisparitätsklauseln können insofern also den Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Geschäftsmodellen beschränken, die auf demselben relevanten Markt miteinander konkurrieren. Sofern hiervon die Entwicklung von Geschäftsmodellen betroffen ist, die z. B. aufgrund einer geringeren „Qualität“ mit geringeren Kosten und damit potenziell geringeren Endkundenpreisen verbunden sind, können hierdurch die Alternativen für Verbraucher zugunsten bereits am Markt etablierter Geschäftsmodelle eingeschränkt werden.

413. Als Rechtfertigung für Preisparitätsklauseln im Sinne eines Effizienzeinwands werden vor allem der Schutz vertragsspezifischer Investitionen und die Verhinderung einer opportunistischen Preissetzung angeführt.²⁹⁸ Ein wesentliches Ziel von Preisparitätsklauseln besteht demnach darin, die Investitionen der Händler in die Qualität der Plattform, d. h. insbesondere in die zur Verfügung gestellten Informationen, zu schützen und Trittbrettfahrerverhalten anderer Händler, die auf ähnliche Investitionen verzichten und daher die jeweiligen Produkte günstiger anbieten können, zu verhindern. Entscheidend für dieses Trittbrettfahrerverhalten ist der öffentliche Charakter der zur Verfügung gestellten Informationen. Ein Trittbrettfahrerverhalten kann negative Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft und damit die Qualität der Plattform haben. Dies kann mit Blick auf mehrseitige Plattformen insbesondere auch deshalb relevant sein, weil der Verlust von Kunden auf einer Plattformseite, hier den Käufern, schnell den Verlust von Kunden auf der anderen Plattformseite, hier den Verkäufern, nach sich ziehen kann. Hierdurch kann die Plattform insgesamt an Attraktivität verlieren. Vereinzelt werden als weitere Effizienzvorteile eine erhöhte Preistransparenz im Markt sowie Anreize für einen Nicht-Preiswettbewerb genannt. Inwieweit Verbraucher von den mit Preisparitätsklauseln häufig einhergehenden Preisgarantien profitieren, ist jedoch nicht eindeutig.²⁹⁹

414. Die Wettbewerbsbehörden, allen voran das Bundeskartellamt, sehen Preisparitätsklauseln kritisch. In den bisherigen Kartellverfahren stand insbesondere die Frage im Vordergrund, inwieweit Preisparitätsklauseln zur Beschränkung eines potenziellen Trittbrettfahrerverhaltens auf Serviceleistungen erforderlich sind. Das Bundeskartellamt hat dies etwa in seiner Entscheidung im Fall HRS verneint und die vorgebrachten Effizienzwirkungen als allenfalls gering angesehen.³⁰⁰ Darüber hinaus fehlte es an einer ange-

Entry, 3. Juni 2014; Johnson, J.P., The Agency Model and MFN Clauses, 10. Januar 2014; außerdem Foros, Ø./Kind, H.J./Shaffer, G., Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition?, CESifo Working Paper Series No. 4362, August 2013.

297 Der Profit der Plattformen hängt hingegen von der Elastizität der Nachfrage ab. Im Falle einer hinreichend unelastischen Nachfrage führen Preisparitätsklauseln demnach zu einer Steigerung der Profite der Plattformen. In anderen Fällen kann ein Preisanstieg allerdings auch zu einem geringeren Profit der Plattformen insgesamt führen.

298 Vgl. Buccirossi, P., Background Note, a. a. O., S. 23.

299 Für eine Kritik an Preisgarantien siehe z. B. Arnold, T./Baake, P./Schwalbe, U., Preisgarantien im Einzelhandel: Nicht verbraucherfreundlich, sondern ein Instrument zur Durchsetzung hoher Preise, DIW Wochenbericht Nr. 16/2012.

300 Vgl. BKartA, Entscheidung vom 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS Bestpreisklausel.

messenen Verbraucherbeteiligung und der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Ob wesentlicher Wettbewerb ausgeschaltet wird, wurde unterdessen offen gelassen. Diese nicht unumstrittene Entscheidung wurde inzwischen vom OLG Düsseldorf bestätigt.³⁰¹ Die Monopolkommission hatte in ihrem XX. Hauptgutachten die juristische Beurteilung des Bundeskartellamtes für insgesamt zutreffend gehalten, allerdings darauf hingewiesen, dass die ökonomische Beurteilung von Preisparitätsklauseln noch unklar und der erforderliche Nachweis konkreter Effizienzen kaum möglich sei.³⁰²

415. Obige Ausführungen zeigen, dass die Wirkung von Preisparitätsklauseln ökonomisch noch nicht hinreichend durchdrungen ist. Allerdings scheint die wettbewerbliche Beurteilung entscheidend von den spezifischen Marktbedingungen abzuhängen. Da Preisparitätsklauseln außerdem effizienzsteigernd wirken können, ist aus Sicht der Monopolkommission zum jetzigen Zeitpunkt zumindest von einem Per-se-Verbot solcher Klauseln abzuraten. Stattdessen sollten die Bedingungen der Klauseln sowie die Marktcharakteristika im konkreten Einzelfall genau analysiert werden. Zu letzteren gehören beispielsweise die oben bereits genannten Aspekte wie die Stärke der Netzwerkeffekte oder die Möglichkeit zum Multihoming. Eine pauschale Beurteilung von Preisparitätsklauseln, die aus Gründen der Rechtssicherheit möglicherweise zu begrüßen wäre, ist hingegen derzeit kaum möglich.

416. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass bei der Beurteilung der Wettbewerbschädlichkeit von Preisparitätsklauseln der vermuteten Marktmacht der Unternehmen und damit der Marktabgrenzung eine zentrale Bedeutung zukommt. Bei der sachlichen Marktabgrenzung ist insofern insbesondere die Mehrseitigkeit von Internetplattformen zu berücksichtigen. Die Marktabgrenzung muss infolgedessen alle Substitutionsmöglichkeiten der einzelnen Plattformseiten umfassen. Ferner ist die geographische Marktabgrenzung genau zu prüfen, da nationale Marktabgrenzungen die Wettbewerbskräfte im Internet unter Umständen nicht immer adäquat erfassen. Eine falsche Marktabgrenzung kann z. B. dazu führen, dass Unternehmen fälschlicherweise als marktbeherrschend betrachtet und ihnen zu Unrecht bestimmte Verhaltensweisen, wie die Nutzung von Preisparitätsklauseln, untersagt werden, die unter Umständen effizienzsteigernd wären.³⁰³

417. Mit Blick auf zukünftige Ermittlungen bzw. Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden sollte schließlich nach Möglichkeit ein methodisch konsistentes Vorgehen gegen bestimmte Vertragsgestaltungen in einzelnen Branchen angestrebt werden, was impliziert, dass entsprechende Fälle parallel aufgegriffen werden. Eine Situation wie im Bereich der Hotelbuchungsportale, in der zunächst lediglich einem Unternehmen die Nutzung der Preisparitätsklausel untersagt wurde, während Wettbewerber diese zumindest vorübergehend weiter anwenden konnten bzw. immer noch können, kann ihrerseits zu Wettbewerbsverzerrungen führen und sollte vermieden werden.³⁰⁴ Darüber hinaus sollte ein konsistentes Vorgehen innerhalb der EU angestrebt werden. So haben die französische, italienische und schwedische Wettbewerbsbehörde jüngst, anders als das Bundes-

301 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI – Kart. 1/14 (V).

302 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 895, 900.

303 So wird etwa mit Blick auf die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Fall HRS kritisiert, dass zum einen die Zweiseitigkeit der Plattform nicht ausreichend berücksichtigt worden sei und zum anderen eine nationale Marktabgrenzung der Marktrealität nicht entspreche. Bei einer weiteren Marktabgrenzung und einem entsprechend geringeren Marktanteil von HRS wäre möglicherweise eine Freistellung der Preisparitätsklausel im Rahmen der Vertikal-GVO erfolgt.

304 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 896.

kartellamt, eine weniger weitgehende Selbstverpflichtung eines Hotelbuchungsportals akzeptiert, wonach Preisparitätsklauseln gegenüber hoteleigenen Webseiten weiterhin anwendbar sind.³⁰⁵ Insofern keine sachlichen Gründe für diese unterschiedliche Vorgehensweise sprechen, sind solche unterschiedlichen behördlichen Entscheidungen denklich.

7.4.5.2 Nicht-preisbezogene Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Drittplattformverbote)

418. Einen praktisch bedeutsamen Bereich vertikaler Vereinbarungen stellen herstellerseitige Maßnahmen zur Beschränkung des Internetvertriebs dar. Genutzt werden solche Vertriebsbeschränkungen insbesondere von Markenherstellern, um Einfluss auf die Vertriebswege zu nehmen, häufig mit dem Ziel, den markeninternen Preiswettbewerb zugunsten eines Marken- bzw. Qualitätsimages zu begrenzen. Anzutreffen sind solche Vertriebsbeschränkungen in unterschiedlichster Gestalt, wobei mit Blick auf den Internetvertrieb insbesondere Doppelpreissysteme sowie Drittplattformverbote von besonderer Relevanz sind.³⁰⁶

419. Doppelpreissysteme werden genutzt, um einen bestimmten Vertriebsweg zu unterstützen. Je nach Absatzart und -menge werden Händlern unterschiedliche Rabatte oder Zuschüsse eingeräumt. In der Praxis wird insbesondere der stationäre Vertrieb gegenüber dem Internetvertrieb unterstützt. Gemäß der Vertikal-Leitlinien ist die Gewährung eines Zuschusses für stationäre Händler nicht zu beanstanden.³⁰⁷ Wettbewerblich problematisch können hingegen Rabatte für eine bestimmte Vertriebsform sein, da hierdurch Anreize gesetzt werden, verstärkt über den rabattierten Vertriebskanal zu verkaufen. Das Bundeskartellamt beurteilt Doppelpreissysteme, die Rabatte für eine bestimmte Vertriebsform gewähren, in der Regel kritisch, da diese zu einer Beschränkung der Kundengruppe führen, an die Händler verkaufen können.³⁰⁸ Die Monopolkommission hat in ihrem XX. Hauptgutachten eine abwartende Haltung im Hinblick auf die Praxis des Bundeskartellamtes eingenommen.³⁰⁹ Sie hält es allerdings für problematisch, dass die für oder gegen Doppelpreissysteme vorgebrachten Argumente bisher oft auf einer fragilen juristischen und empirischen Basis stehen. Im XX. Hauptgutachten hat sie zunächst den aus ihrer Sicht maßgebenden Rechtsrahmen herausgearbeitet. Danach kann auch der als Rechtfertigungsgrund oft herangezogene Markenschutz zu berücksichtigen sein. Abgesehen von diesen rechtlichen Erwägungen hält die Monopolkommission grundsätzlich eine genauere empirische Untersuchung der Wirkungen von Doppelpreissystemen im Einzelfall für erforderlich. Es ist verfehlt, wenn in der Praxis versucht wird, Argumente für das Gewicht der ausschließlich empirisch feststellbaren Wirkungen von Doppelpreissystemen aus früheren Entscheidungen herzuleiten.

420. Besonders umstritten sind derzeit sogenannte Drittplattformverbote, welche Händlern den Vertrieb auf Handelsplattformen bzw. offenen Online-Marktplätzen wie eBay

³⁰⁵ Vgl. AHGZ Online, Kartellbehörden akzeptieren Selbstverpflichtung von Booking.com, 21. April 2015, <http://www.ahgz.de/unternehmen/kartellbehoerden-akzeptieren-selbstverpflichtung-von-bookingcom,200012221253.html>, Abruf am 30. April 2015.

³⁰⁶ Daneben existieren weitere vertikale Beschränkungen des Internethandels, wie das Verbot von Suchmaschinen-Werbung oder einer Listung auf Preisvergleichsportalen, die ebenfalls kartellrechtlich problematisch sein können.

³⁰⁷ EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 52 lit. d.

³⁰⁸ Siehe z. B. BKartA, Entscheidung vom 27. November 2013, B5-144/13 – Gardena; Entscheidung vom 23. Dezember 2013, B7-11/13 – Bosch-Siemens Haushaltsgeräte.

³⁰⁹ Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 907 ff.

oder Amazon Marketplace untersagen. Solche Drittplattformverbote werden von einigen Herstellern sowohl im nicht-selektiven Vertrieb als auch in selektiven Vertriebssystemen ausgesprochen, um den Internetvertrieb einzuschränken. Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Drittplattformverboten ist bislang uneinheitlich. Dies gilt insbesondere für den nicht-selektiven Vertrieb, mit Abstrichen aber auch für den selektiven Vertrieb.³¹⁰ Das Bundeskartellamt hat sich bislang mit Drittplattformverboten vorwiegend im Rahmen selektiver Vertriebssysteme beschäftigt und betrachtet diese kritisch. So hat etwa Adidas sein selektives Vertriebssystem, das ein Verkaufsverbot auf offenen Online-Marktplätzen umfasste, auf Druck des Bundeskartellamtes „kartellrechtskonform“ angepasst und das generelle Verkaufsverbot aufgehoben.³¹¹ Weiterhin offen ist der Ausgang des „Pilotverfahrens“ gegen Asics. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Beurteilung von Drittplattformverboten im Rahmen qualitativer selektiver Vertriebssysteme.

421. In selektiven Vertriebssystemen werden von Herstellern lediglich solche Händler beliefert, die gewisse qualitative Kriterien für den Verkauf der Produkte erfüllen, wie z. B. bestimmte Beratungsdienstleistungen oder eine ansprechende Produktpräsentation. Die zugelassenen Händler dürfen lediglich an Endverbraucher sowie an weitere vom Hersteller autorisierte Händler weiterverkaufen. Im Rahmen solcher selektiver Vertriebssysteme beschränken viele Hersteller auch den Internetvertrieb. Eine Extremform stellt ein komplettes Verbot des Internetvertriebs dar, häufiger anzutreffen sind jedoch Verbote bestimmter Formen des Internetvertriebs, wie die hier relevanten Drittplattformverbote.

422. Von selektiven Vertriebssystemen können je nach Ausgestaltung mehrere negative Effekte auf den Wettbewerb ausgehen. Zunächst beschränken sie grundsätzlich den markeninternen Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb), da Händler, die bestimmte qualitative Kriterien nicht erfüllen, vom Vertrieb der Produkte ausgeschlossen werden. Dieser geringere Intrabrand-Wettbewerb kann unter Umständen zu höheren Endkundenpreisen führen, insbesondere dann, wenn der Markenwettbewerb zwischen unterschiedlichen Herstellern (Interbrand-Wettbewerb) nur gering ausgeprägt ist, sodass ein Hersteller über eine gewisse Marktmacht verfügt.³¹² Da Handelsplattformen aufgrund geringer Such- und Transaktionskosten, einem hohen Bekanntheitsgrad sowie einer hohen Kundenreichweite und Markttransparenz einen besonders wettbewerbsintensiven Vertriebskanal darstellen, kann eine qualitative Anforderung, die zu einem Plattformverbot führt, den markeninternen Wettbewerb stark beschränken.³¹³ Insbesondere können solche Plattformverbote den Marktzutritt kleinerer Händler verhindern, welche die notwendigen Investitionen für einen eigenen Online-Shop nicht tätigen können und/oder für die Mehrheit der Verbraucher kaum auffindbar sind.

310 Das OLG München, Urteil vom 2. September 2009, U (K) 4842/09, hat etwa im Gegensatz zum OLG Schleswig, Urteil vom 5. Juni 2014, 16 U Kart 154/13, ein Verbot des Vertriebs über Internetplattformen außerhalb eines selektiven Vertriebssystems nicht als Kernbeschränkung gesehen. Das KG Berlin, Urteil vom 19. September 2013, 2 U 8/09, und das OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2009, 6 U 47/08 Kart, haben ein Verbot des Vertriebs über Auktionsplattformen im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems grundsätzlich nicht als tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung eingeschätzt.

311 Vgl. BKartA, Fallbericht vom 19. August 2014, B3-137/12 – Adidas.

312 Besteht hingegen ein intensiver Interbrand-Wettbewerb, sind selektive Vertriebssysteme bzw. Drittplattformverbote aus wettbewerblicher Sicht weniger problematisch, da die Marktmacht und damit die Verhaltensspielräume des Herstellers begrenzt werden.

313 Vgl. z. B. Lohse, WuW 2014, S. 122.

423. Neben einer Schwächung des Intra-brand-Wettbewerbs können Hersteller durch ein selektives Vertriebssystem außerdem eine glaubwürdige Selbstbindung zum Verzicht auf einen aggressiven Preiswettbewerb signalisieren. Dies kann zu einem geringeren Intra-brand-Wettbewerb und einer geringeren Effizienz der Hersteller führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn mehrere Hersteller solche selektiven Vertriebssysteme parallel einführen.

424. Als Rechtfertigung für selektive Vertriebssysteme sowie mit diesen gegebenenfalls einhergehende Drittplattformverbote wird insbesondere auf den Schutz des Marken- bzw. Produktimages verwiesen. Dieses ist demnach in zweifacher Hinsicht von Bedeutung.³¹⁴ Zum einen geht von Marken eine wichtige Signalfunktion aus, insbesondere bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern. Durch hohe Investitionen in die Qualität und die Vermarktung ihrer Produkte, die sich nur bei Mehrfachkäufen amortisieren, geben Hersteller ein Qualitätsversprechen ab, durch das Informationsasymmetrien beim Internetkauf reduziert werden. Zum anderen kann das Marken- bzw. Produktimage gerade bei Luxusgütern eine zentrale Produkteigenschaft sein, die neben weiteren funktionalen Produkteigenschaften und dem Preis kaufentscheidend ist. Der Aufbau und die Pflege eines Produktimages sollten daher aus ökonomischer Sicht wie Investitionen in die funktionalen Eigenschaften eines Produktes bewertet werden. Beide würden letztlich den Nutzen der Verbraucher erhöhen.

425. Um das Marken- bzw. Produktimage zu schützen, sind Hersteller dieser Argumentation folgend darauf angewiesen, Einfluss auf den Vertrieb ihrer Produkte zu nehmen. Bei Markenartikeln wird dies insbesondere mit der Vermeidung einer potenziellen Trittbrettfahrerproblematik begründet. Demnach tragen Händler zwar maßgeblich zum Produktimage bei, z. B. durch eine angemessene Präsentation der Produkte des Herstellers. Da dieser Beitrag allerdings mit individuellen Kosten verbunden ist, ist es für jeden Händler rational, auf seinen Beitrag zu verzichten, um die Produkte auf Kosten anderer Händler günstiger anzubieten. Einem solchen Trittbrettfahrerverhalten und den damit einhergehenden negativen Auswirkungen auf das Produktimage und die Funktionen der Marke können Hersteller mit einem selektiven Vertriebssystem begegnen, das durch qualitative Anforderungen, wie z. B. Drittplattformverbote, den individuellen Beitrag jedes Händlers sicherstellen soll. Vorrangiges Ziel der Hersteller ist demnach keine Beschränkung des markeninternen Preiswettbewerbs zur Durchsetzung höherer Endkundenpreise, sondern der Schutz des Markenimages, der im Interesse der Verbraucher liege. Diese Argumentation lässt sich im Wesentlichen auf Luxusgüter übertragen, wenngleich hier nicht der Schutz der Funktion einer Marke, sondern der Erhalt eines hohen Preisniveaus zur Sicherstellung des Luxusimages als Produkteigenschaft angestrebt wird.

426. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass ein hoher markeninterner Preiswettbewerb auf Händlerebene grundsätzlich im Interesse der Hersteller ist, da sich ein solcher Preiswettbewerb lediglich auf die Händler-, nicht aber auf die Herstellermarge negativ auswirkt. Die Hersteller selbst profitieren von den geringeren Preisen in Form eines höheren Absatzes. Demnach haben Hersteller nur dann einen Anreiz, Drittplattformverbote auszusprechen und eine Begrenzung des markeninternen Wettbewerbs in Kauf zu nehmen, wenn sie hierdurch mehr Produkte verkaufen und höhere Profite erwirtschaften. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn sich der Plattformvertrieb tatsächlich negativ auf das Produktimage auswirkt, und die Anzahl verkaufter Produkte

³¹⁴ Vgl. zu folgenden Ausführungen Centrum für Europäische Politik, a. a. O.

trotz niedrigerer Preise sinkt. Insofern untersagen einige Hersteller bestimmte Vertriebsformen möglicherweise nicht weil, sondern obwohl diese den markeninternen Preiswettbewerb fördern. Die Verbraucher werden für möglicherweise höhere Endkundenpreise durch ein höheres Produktimage kompensiert.

427. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht wirken sich im Rahmen selektiver Vertriebssysteme ausgesprochene Drittplattformverbote somit nur unter bestimmten Bedingungen zum Nachteil der Verbraucher aus. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Hersteller aufgrund eines geringen Interbrand-Wettbewerbs über Marktmacht verfügen oder aber wenn diese bei paralleler Einführung durch mehrere Hersteller den Marktwettbewerb insgesamt schwächen. Denkbar ist außerdem, dass Hersteller, die zugleich einen eigenen Online-Shop betreiben, diesen durch Plattformverbote schützen wollen.

428. Juristisch betrachtet sind qualitative selektive Vertriebssysteme mit Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB vereinbar, wenn hierdurch legitime Qualitätsanforderungen der Hersteller geschützt werden, an dem System grundsätzlich alle Händler teilnehmen können und die Verhältnismäßigkeit der aufgestellten Kriterien gewahrt bleibt, vorausgesetzt die Beschränkungen des selektiven Vertriebssystems zielen auf eine Verbesserung des Wettbewerbs. In diesem Fall liegt ausnahmsweise keine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung vor. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, verstößt ein selektives Vertriebssystem zwar grundsätzlich gegen das Wettbewerbsrecht. Allerdings besteht die Möglichkeit einer Freistellung gemäß Vertikal-GVO sowie im Rahmen einer Legalausnahme gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB aufgrund potenzieller Effizienzwirkungen. Das Darlegungs- und Beweisrisiko dafür, dass die Voraussetzungen einer Gruppen- oder Einzelfreistellung erfüllt sind, liegt bei den Unternehmen.³¹⁵ Ausgenommen vom Geltungsbereich der Vertikal-GVO sind Kernbeschränkungen.

429. Inwieweit Drittplattformverbote in selektiven Vertriebssystemen mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar sind oder eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung darstellen, hängt entscheidend davon ab, ob man sie – obigen Ausführungen folgend – als legitimes Qualitätskriterium des Vertriebs einstuft. Eben dies ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der juristischen Literatur umstritten. Für pauschale Drittplattformverbote wird das Vorliegen eines qualitativen Kriteriums zwar weitgehend verneint. Anders gestaltet sich dies jedoch, wenn das Plattformverbot als eine Art Klarstellung bzw. Folge aus anderen qualitativen Anforderungen an den Online- und Offline-Vertrieb abgeleitet wird. So kann ein Hersteller, dessen qualitative Kriterien einen Verkauf über Handelsplattformen faktisch ausschließen, beispielsweise aus Gründen der Rechtssicherheit einen Verkauf über Handelsplattformen explizit untersagen. Solche Klarstellungen werden zum Teil als qualitatives Kriterium angesehen,³¹⁶ zum Teil aber auch als ein möglicherweise nicht zu rechtfertigendes Teilverbot des Internetvertriebs betrachtet.³¹⁷ Umstritten ist auch, ob Plattformverbote einen Beitrag zum Imageschutz bzw. zum Prestigecharakter eines Produktes leisten und deshalb als zulässige qualitative Anforderung eingestuft werden können.³¹⁸ Schließlich wird vorgebracht, dass ein Drittplattformverbot möglicherweise eine Abnehmerbeschränkung darstellt, da das Internet als Vertriebska-

³¹⁵ Art. 2 S. 2 VO 1/2003. Siehe auch Kommissionsbekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 27. April 2004 C 101/97, Tz. 46; siehe auch Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 2 VO 1/2003, Rz. 31, 35 ff.

³¹⁶ Vgl. Centrum für Europäische Politik, a. a. O., S. 38f.

³¹⁷ Vgl. Lohse, WuW 2014, S. 125 f.; Schweda/Rudowicz, WRP 2013, S. 596 f.

³¹⁸ So etwa das KG Berlin im Fall Sternjakob. Kritisch hierzu: Rudowicz, NZKart 2014, S. 258.

nal teilweise ausgeschlossen wird.³¹⁹ Während es somit aus juristischer Sicht nicht eindeutig erscheint, ob Plattformverbote einen kartellrechtlichen Verbotstatbestand erfüllen, ist dies aus ökonomischer Sicht aufgrund der beschriebenen positiven Wirkungen auf das Produktimage zweifelhaft.

430. Ähnlich uneinheitlich zeigt sich das juristische Meinungsspektrum hinsichtlich einer möglichen Freistellung von Plattformverboten im Rahmen der Vertikal-GVO. Diesbezüglich ist von Bedeutung, ob es sich bei diesen Verboten um Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 4 lit. b bzw. lit. c GVO oder um legitime qualitative Anforderungen an den Online-Vertrieb nach Ziffer 54 der Vertikal-Leitlinien handelt, die zudem gemäß Ziffer 56 eine Entsprechung im stationären Vertrieb finden. Ist letzteres der Fall, bedarf es einer Abwägung des Interesses des Herstellers gegen die Interessen der Verbraucher am Intra-brand-Wettbewerb. Ein Plattformverbot als qualitative Anforderung im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems dürfte insbesondere dann zu rechtfertigen sein, wenn es maßgeblich zum Schutz des Produktimages beiträgt. Inwieweit dies der Fall ist, wird wie bereits erläutert unterschiedlich beurteilt.³²⁰ Zu berücksichtigen ist, dass qualitative Anforderungen an den Vertrieb auch dann unzulässig sind, wenn sie sich faktisch wie Kernbeschränkungen auswirken.³²¹ Bei Plattformverboten ist diesbezüglich eine Beschränkung des passiven Verkaufs denkbar, da die Möglichkeiten der Händler zur Erzielung einer hohen Kundenreichweite eingeschränkt werden. Letztlich verbleiben somit auch mit Blick auf die Möglichkeit einer Freistellung im Rahmen der Vertikal-GVO Unsicherheiten.

431. Sofern keine Freistellung gemäß Vertikal-GVO möglich ist, bleibt die Möglichkeit einer Einzelfreistellung. Als mögliche Effizienzgewinne durch Plattformverbote dürfte wiederum vornehmlich auf einen potenziellen Beitrag zum Schutz des Produktimages bzw. des Qualitätssignals einer Marke abzustellen sein.³²² Ein solcher Beitrag dürfte maßgeblich vom Produktcharakter abhängen und etwa bei Luxusartikeln von erhöhter Relevanz sein.³²³ Vielfach wird jedoch angenommen, dass der Effizienzgewinn in den meisten Fällen eher gering ausfallen dürfte, da der Vertrieb über Plattformen das Produktimage bzw. das Qualitätssignal einer Marke nicht übermäßig beeinträchtigt. Zudem würden erhebliche Effizienzgewinne der Verbraucher durch den Plattformvertrieb mögliche negative Wirkungen auf das Produktimage überkompensieren.³²⁴ Eine Rechtfertigung von Plattformverboten aufgrund einer möglichen Trittbrettfahrerproblematik sei nicht möglich, da diese zur Lösung der Problematik nicht erforderlich seien. Stattdessen dürften in vielen Fällen bereits qualitative Vorgaben bzw. Verpflichtungen der Hersteller als milderes Mittel ausreichend sein.³²⁵ Inwieweit die erforderlichen Kriterien einer Einzelfreistellung – Effizienzgewinne, angemessene Verbraucherbeteiligung, Unerlässlichkeit der Vereinbarung sowie keine Ausschaltung des Wettbewerbs – erfüllt werden, ist letztlich nur im konkreten Einzelfall zu prüfen.

319 Vgl. Lohse, WuW 2014, S. 125.

320 Ablehnend z. B. LG Frankfurt, Urteil vom 31. Juli 2014, 2-03 O 128/13 – Depotkosmetik; vgl. ferner Centrum für Europäische Politik, a. a. O., S. 49 ff.; Lohse, WuW 2014, S. 126 ff.; Rudowicz, NZKart 2014, S. 253-260.

321 Vgl. Rudowicz, NZKart 2014, S. 260.

322 Vgl. Centrum für Europäische Politik, a. a. O., S. 56; Lohse, A. (2014), a. a. O., S. 126 ff.

323 Vgl. Rudowicz, NZKart 2014, S. 260.

324 Vgl. Schweda/Rudowicz, WRP 2013, S. 593 ff.

325 Vgl. Lohse, WuW 2014, S. 123 f.

432. Wie bereits erwähnt, sieht das Bundeskartellamt Drittplattformverbote als qualitative Anforderung in selektiven Vertriebssystemen kritisch und geht – weitgehend im Einklang mit obiger Argumentation – davon aus, dass diese nicht freistellungsfähig sind. Die Monopolkommission hat in ihrem XX. Hauptgutachten bezüglich der Position des Bundeskartellamtes eine abwartende Haltung eingenommen.³²⁶ Ihre Analyse konzentrierte sich vornehmlich auf die juristische Bewertung. Begrüßt wurde, dass das Vorgehen berücksichtige, dass Hersteller die Vertriebswege nicht in einem Umfang unter ihre Kontrolle bringen, welche die freie Entwicklung des Internethandels spürbar behindert. Darüber hinaus seien Vertriebsbeschränkungen jedoch letztlich einzelfallabhängig unter Abwägung negativer Auswirkungen auf den markeninternen Wettbewerb und längerfristigen Auswirkungen auf den Markenwettbewerb zu beurteilen. Stärkere Kritik an der Position des Bundeskartellamtes wird hingegen von Markenherstellern sowie teilweise in der ökonomischen Literatur geäußert. Demnach sollten bei der Beurteilung vertikaler Vertriebsvereinbarungen Effizienzen aufgrund von Investitionen in das Marken- bzw. Produktimage stärker berücksichtigt werden.³²⁷ Zudem wird auf den hohen Stellenwert des Interbrand-Wettbewerbs für die Beurteilung markeninterner Wettbewerbsbeschränkungen verwiesen.

433. In der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Analyse durch das Bundeskartellamt wurden Aspekte des Imageschutzes nur eingeschränkt betrachtet. So ist zwar grundsätzlich anerkannt, dass Markenhersteller Maßnahmen zum Schutz ihrer Marke treffen dürfen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen, vorausgesetzt diese Maßnahmen kommen auch dem Verbraucher zugute. Hierzu gehören auch Maßnahmen zum Schutz des Prestigecharakters, sofern dieses Prestige auf hochwertigen Eigenschaften des Produktes beruht und sich ohne entsprechende Maßnahmen eine Beeinträchtigung des Rufes der Marke ergeben würde.³²⁸ Das Bundeskartellamt sieht das Markenimage allerdings bislang nur dann als Rechtfertigung für vertikale Vertriebsbeschränkungen an, sofern es auf eine höhere Produktqualität hinweist. Vertriebskriterien, die dem Schutz des Prestigecharakters der Herstellermarke dienen und damit aus der Marke oder der bloßen Ausstrahlung eines Produkts abgeleitet werden, werden mit Verweis auf die europäische Rechtsprechung nicht anerkannt.³²⁹

434. An dieser Position wird insbesondere kritisiert, dass sich das Urteil des EuGH im Fall Pierre Fabre lediglich auf einen bestimmten Fall beziehe, nämlich ein Vertriebsverbot über das Internet insgesamt. Der Prestigecharakter sei somit zwar kein legitimes Ziel für eine Untersagung des kompletten Internetvertriebs, das Produktimage könne jedoch weiterhin ein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, sofern hiervon nicht der gesamte Internetvertrieb betroffen sei.³³⁰ Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Rechtsprechung in Pierre Fabre im Kontext der markenrechtlichen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu sehen ist. Danach können an sich wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen auch dann mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar sein, wenn dadurch der Prestigecharakter einer Marke geschützt wird.³³¹ Der EuGH hat im Fall Pierre Fabre zwar entschieden, dass eine GVO-Freistellung in einem solchen Fall nicht in Betracht

³²⁶ Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 901-920.

³²⁷ Vgl. z. B. Centrum für Europäische Politik, a. a. O.

³²⁸ Für eine genauere juristische Analyse siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 901 ff.

³²⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre.

³³⁰ Vgl. Centrum für Europäische Politik, a. a. O., S. 30 f.

³³¹ Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 906 und die dort zitierte Rechtsprechung.

kommt.³³² Dies schließt nach der Auffassung des EuGH aber eine Einzelfreistellung zum Schutz der Rechte des Markeninhabers aufgrund einer Abwägung nicht aus.³³³

435. Die kartellrechtliche Beurteilung von Plattformverboten im Rahmen selektiver Vertriebssysteme ist somit letztlich davon abhängig, ob das Marken- bzw. Produktimage als mögliche Rechtfertigung im Sinne eines Effizienzeinwands anerkannt wird. Aus ökonomischer Sicht ist dafür zu plädieren, eine solche Rechtfertigung grundsätzlich in Betracht zu ziehen, und zwar sowohl im Sinne eines Hinweises auf Produkteigenschaften als auch im Sinne eines darüber hinausgehenden Qualitätssignals. Inwieweit durch dieses Marken- bzw. Produktimage tatsächlich hinreichende Effizienzgewinne gehoben werden, ist dann im Einzelfall – idealerweise durch empirische Untersuchungen – zu prüfen und lässt sich nicht pauschal beantworten. Zwar dürfte zurecht darauf hingewiesen werden, dass viele Plattformen bereits durch die Möglichkeit, Produkte und Händler zu bewerten, zu einem Abbau von Informationsasymmetrien beitragen, und eine Inaugenscheinnahme von Produkten aufgrund des Widerrufsrechts auch beim Plattformvertrieb möglich ist.³³⁴ Ferner dürfte es in vielen Fällen fraglich sein, ob Plattformen tatsächlich ein negatives Image anhaftet, das sich darüber hinaus auf etablierte Marken überträgt, zumal viele dieser Plattformen Händlern inzwischen zahlreiche Möglichkeiten bei der Angebotsgestaltung bieten.³³⁵ Gleichwohl lassen es die eingangs dargelegten ökonomischen Argumente zweifelhaft erscheinen, dass ein Hersteller den Plattformvertrieb untersagen würde, wenn dieser sich nicht negativ auf das Produktimage auswirkt.

436. Insgesamt zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass keine allgemeingültigen Aussagen zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Plattformverboten im Rahmen selektiver Vertriebssysteme möglich sind. Stattdessen bedarf es einer einzelfallabhängigen Beurteilung, die das Ausmaß des Markenwettbewerbs zwischen Herstellern sowie die angeführten Einwände zum Schutz des Marken- bzw. Produktimages berücksichtigt. Die kartellrechtliche Prüfung sollte somit aufzeigen, ob das Markenimage im konkreten Fall schutzwürdig ist, ob dem Plattformvertrieb ein negatives Image anhaftet, ob sich dieses auf das Markenimage überträgt und ob die vermeintlich positiven Wirkungen eines Plattformverbots auf den Interbrand-Wettbewerb die negativen Auswirkungen auf den markeninternen Wettbewerb überwiegen.³³⁶ Bei dieser Abwägung sollten die eingangs genannten Effizienzen des Plattformvertriebs, etwa die Reduzierung von Transaktions- und Suchkosten sowie von Informationsasymmetrien, Vertrauensbarrieren und Marktzutrittsschranken berücksichtigt werden.³³⁷ Bedenklich erscheinen Plattformverbote insbesondere, wenn diese von vertikal integrierten Herstellern ausgesprochen werden, die ihre Produkte über eigene Online-Shops verkaufen und damit in direkter Konkurrenz zu ihren Vertragshändlern stehen. In diesem Fall dürften Plattformverbote direkte Auswirkungen auf das horizontale Wettbewerbsverhältnis zwischen Herstellern und Händlern haben.

437. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass aus Sicht der Monopolkommission insbesondere die markenrechtliche Rechtsprechung der europäischen Gerichte bei der Würdigung von Drittplattformverboten zu wenig berücksichtigt wird. Problematisch erscheint darüber hinaus, dass nationale Behördenentscheidungen im Online-Vertrieb

332 Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, Slg. 2011, I-9419, Rz. 46.

333 Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, Slg. 2011, I-9419, Rz. 49 f., 57.

334 Vgl. Rudowicz, NZKart 2014, S. 258.

335 Vgl. Lohse, WuW 2014, S. 126.

336 Vgl. Rudowicz, NZKart 2014, S. 258.

337 Vgl. ebenda, S. 259.

grenzüberschreitende Auswirkungen zeitigen können (z. B. weil Anbieter nach einer Untersagung in Deutschland wegen des Risikos einer Untersagung ihr Angebot auch in anderen Mitgliedstaaten umstellen). Dies kann zu Verfälschungen der Marktentwicklung führen, wenn die Behördenentscheidung auf einer zu engen Auslegung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte beruht.

7.4.6 Handelsbeschränkungen innerhalb der EU

438. Der Handel mit Waren und Dienstleistungen über das Internet ist in den vergangenen Jahren stark gewachsen. Wie bereits eingangs erwähnt, vollzieht sich dieser Handel nach Angaben der Europäischen Kommission allerdings zu weiten Teilen innerhalb nationaler Grenzen, während der grenzüberschreitende Handel deutlich geringer ausgeprägt ist. So hat im Jahr 2014 rund die Hälfte der Bevölkerung der EU Produkte online eingekauft, hiervon allerdings lediglich 15 Prozent bei einem Online-Händler aus einem anderen Mitgliedstaat.³³⁸

439. Die Gründe für die geringere Bedeutung des grenzüberschreitenden Online-Handels innerhalb der EU können vielfältig sein. Mögliche aus Wettbewerbssicht unproblematische Gründe könnten zum einen die oftmals deutlich höheren Kosten für den internationalen Versand sein, insbesondere bei Warenrücksendungen, sowie zum anderen bestehende Sprachbarrieren oder nationale Konsumentenpräferenzen. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass die unterschiedliche Entwicklung im E-Commerce teilweise auf unterschiedliche gesetzliche Rahmenbedingungen innerhalb der EU oder aber vertragliche Restriktionen zwischen Unternehmen zur Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels zurückzuführen sind. Die Europäische Kommission wird solche Fragen im Rahmen einer Sektoruntersuchung zum E-Commerce adressieren, um anschließend Maßnahmen zum Abbau von Handelsbeschränkungen und zur Verwirklichung eines digitalen europäischen Binnenmarkts zu treffen.³³⁹

440. Die Monopolkommission begrüßt eine solche Sektoruntersuchung zur Identifizierung von Handelsbeschränkungen. Hinsichtlich möglicher Vertriebsbeschränkungen, die den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen können, liegen ihr selbst zwar derzeit keine Hinweise vor. Vor dem Hintergrund der bereits angesprochenen Vertriebsbeschränkungen im nationalen E-Commerce (Plattformverbote und Preisparitätsklauseln) erscheint es allerdings nicht unwahrscheinlich, dass Unternehmen auch Vereinbarungen zur Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels treffen. Es ist zumindest auffällig, dass einige international agierende Unternehmen auch innerhalb der EU keinen Versand in andere Mitgliedstaaten anbieten, obwohl sie in diesen selbst eine Niederlassung haben. Grundsätzlich stellen Vertriebsvereinbarungen, die zu einer Beschränkung des Kundenkreises führen, nach europäischem Recht Kernbeschränkungen dar, die nur in Einzelfällen freigestellt werden können.

441. Neben den bereits genannten Faktoren könnten insbesondere unterschiedliche nationale Regelungen sowie institutionelle Hindernisse für den geringeren grenzüberschreitenden Handel verantwortlich sein. Zunächst ist diesbezüglich nochmals auf unterschiedliche nationale Datenschutzbestimmungen hinzuweisen, die zu Rechtsunsicherheiten führen und insbesondere kleinere Unternehmen davon abhalten können, ihre Produkte grenzüberschreitend anzubieten. Die angesprochenen unterschiedlichen nationalen

³³⁸ Europäische Kommission, Datenblatt (fact sheet) MEMO/15/4922 und Pressemitteilung IP/15/4921; zuvor schon Pressemitteilung IP/15/4701 vom 26. März 2015.

³³⁹ Vgl. ebenda.

Regelungen zum Umgang mit Cookies sind diesbezüglich nur ein Beispiel.³⁴⁰ So könnte es gerade kleineren Händlern schwer fallen, die unterschiedlichen nationalen Regelungen zu überblicken und rechtskonform umzusetzen. Eine Orientierung an der strengsten Regelung und eine damit einhergehende geringere Erhebung wichtiger Daten kann wiederum zu Wettbewerbsnachteilen führen, da die Möglichkeiten zur gezielten Ansprache von Nutzern eingeschränkt werden. Eine Angleichung von Datenschutzbestimmungen im Rahmen der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung könnte sich insofern auch auf den E-Commerce positiv auswirken.

442. Eine weitere Regelung, die den grenzüberschreitenden Handel im Allgemeinen und insbesondere den Online-Handel beeinträchtigen kann, ist die geplante Novellierung des Elektro- und Elektronikgerätegesetz (ElektroG).³⁴¹ Dieses sieht unter anderem die kostenlose Rücknahme von Altgeräten durch Händler mit einer Verkaufs- oder Lagerfläche von mehr als 400 Quadratmetern vor. Gerade für Online-Händler könnte die Umsetzung mit hohen Kosten verbunden sein, da sie im Zweifelsfall auch die Retourekosten tragen müssten, die bei grenzüberschreitendem Versand vergleichsweise hoch ausfallen können. Dieses Beispiel zeigt, dass für sich genommen durchaus sinnvolle gesetzliche Regelungen unbeabsichtigte Auswirkungen auf den Online-Handel, insbesondere auf jenen zwischen Mitgliedstaaten, haben können. Solche Auswirkungen sollten vom Gesetzgeber berücksichtigt werden.

443. Ein Beispiel für mögliche grenzüberschreitende Handelshemmnisse mit digitalen Produkten stellt schließlich die zum 1. Januar 2015 in Kraft getretene Umsatzsteuerregelung für elektronisch erbrachte Leistungen dar. Demnach hat beispielsweise ein deutscher Online-Händler, der digitale Produkte anbietet, einem Käufer mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat die dort anfallende Umsatzsteuer zu berechnen. Hiermit dürften erhöhte Kosten für Händler einhergehen, insbesondere durch einen erhöhten Programmieraufwand für dynamische Preisangaben in Online-Shops, die je nach Herkunftsland des Nutzers variieren muss. Dabei ist unklar, wie überhaupt das Herkunftsland des jeweiligen Nutzers festgestellt werden kann. Zwar sind durchaus Regelungen vorgesehen, welche die praktische Umsetzung erleichtern sollen. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass sich aus der Neufassung der Regelung praktische Handelshemmnisse für den – aufgrund fehlender Transportkosten – vergleichsweise einfach zu verwirklichenden grenzüberschreitenden Handel mit digitalen Gütern ergeben.

³⁴⁰ Siehe hierzu Tz. 95.

³⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuordnung des Gesetzes über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten (Elektro- und Elektronikgerätegesetz – ElektroG), http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PD/F/Abfallwirtschaft/elektrog_novelle_gesetzentwurf_bf.pdf, Abruf am 30. April 2015.

8. Rechtslage: Schutz des unverfälschten Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie

444. Die digitale Ökonomie entwickelt sich im Allgemeinen dynamisch. Die Entstehung marktmächtiger Plattformen im Internet und die Nutzung des Internet durch marktbeherrschende Unternehmen zum Vertrieb haben dennoch ungefähr seit Mitte des ersten Jahrzehnts auch zu Verfahren der Kartellbehörden und anderer Behörden (z. B. für Daten- und Verbraucherschutz) und zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt.

445. Dabei wurden angemeldete Unternehmensübernahmen durch die fusionskontrollrechtlich zuständigen Behörden freigegeben, wenngleich es in einigen Fällen (z. B. im Fall Google/DoubleClick; in den USA offenbar auch z. B. im Fall Facebook/Instagram) zu vertieften Prüfungen kam.³⁴²

446. Die U.S.-Behörden haben Verfahren gegen Google, Apple und Facebook wegen kartellrechtlicher und daten- bzw. verbraucherschutzrechtlicher Bedenken gegen bestimmte Unternehmenspraktiken durchgeführt.³⁴³ Daneben gab es in den USA bereits verschiedene (sonstige) Gerichtsverfahren gegen Internetdienstleister aufgrund von Vorwürfen wettbewerbswidrigen Verhaltens.³⁴⁴ In der EU hat die Europäische Kommission im Jahr 2010 ein noch laufendes Verfahren wegen Marktmachtmissbrauchs gegen das Unternehmen Google eröffnet.³⁴⁵ Die Rechtsprechung des EuGH hat parallel wettbewerbsrelevante Impulse zur Weiterentwicklung des europäischen Datenschutzregimes gegeben.³⁴⁶ In den EU-Mitgliedstaaten haben die Kartellbehörden ungefähr ab 2009 Verfahren wegen kartellrechtlich unzulässiger Vertriebsbindungen durchgeführt; eine Vorreiterrolle nimmt insofern das Bundeskartellamt ein.³⁴⁷ In der Rechtsprechung auf natio-

342 Siehe aus der U.S.-Praxis FTC, Google/DoubleClick, File No. 071-0170; Early Termination Notice vom 16. Juni 2011, Microsoft Corporation/Skype Global S.a.r.l., 20110881; Notice, vom 29. November 2013, Microsoft Corporation/Nokia Corporation, 20140115; Notice vom 17. Februar 2010, Microsoft Corporation/Yahoo! Inc., 20090650; Facebook/Instagram, File No. 121-0121; Facebook/WhatsApp, Pressemitteilung vom 10. April 2014 und dazu Orescovic, Reuters vom 10. April 2014, Facebook says WhatsApp deal cleared by FTC; DOJ, Pressemitteilung vom 13. Februar 2012, Google/Motorola Mobility; aus der EU-Praxis EU-Kommission, M.4731 – Google/DoubleClick; M.7217 – Facebook/WhatsApp; M.6281 – Microsoft/Skype; M.7047 – Microsoft/Nokia; M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business; M.6381 – Google/Motorola Mobility; in Deutschland BKartA, Pressemitteilung vom 21. April 2015, Immonet/Immowelt; BKartA, Entscheidung vom 17. März 2011, B6-94/10, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2012, VI – Kart 4/11 (V); BKartA, Pressemitteilungen vom 11. März und 16. September 2013 (Videoportale).

343 FTC, In the matter of Google Inc., File No. 111-0163, Stellungnahme (Statement) vom 3. Januar 2013 betreffend die Googles Suchpraktiken; U.S. v. Apple, Inc., *et al.*, 14-60 (2nd Cir. 2014); FTC, File No. 092-3184, In the matter of Facebook, Inc., Consent Order u. Pressemitteilung vom 29. November 2011 (betreffend Datenschutz).

344 Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., [2012] WL 542586 (N.D. Cal. 16 Feb. 2012); LiveUniverse, Inc. vom MySpace, Inc., No. CV 06-6994 AHM (Rzx), 2007 WL 6865852 (C.D. Cal. June 4, 2007), bestätigt: 304 F. App'x 554 (9th Cir. 2008).

345 EU-Kommission, Pressemitteilung IP/10/1624 vom 30. November 2010; zum weiteren Verfahrensgang Vizepräsident Almunia, J., Stellungnahme vom 18. Dezember 2012 zum Google-Verfahren, SPEECH/12/967; EU-Kommission, Pressemitteilung IP/13/371 vom 25. April 2013 u.nd MEMO/13/383, Pressemitteilung IP/14/116 u. MEMO/14/87 vom 5. Februar 2014.

346 EuGH, Urteil vom 13. Mai 2014, C-131/12 – Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317; außerhalb des Zusammenhangs dieses Gutachtens auch EuGH, Urteil vom 8. April 2014, C-293/12 und C-594/12 – Digital Rights Ireland, ECLI:EU:C:2014:238.

347 Vgl. OECD, Vertical Restraints for On-line Sales, Serie Policy Roundtables (2013), DAF/COMP(2013)13 und Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 884 ff. sowie oben Kapitel 7, für einen Überblick. Am 7. April 2015 wurde bekannt, dass auch das U.S. DOJ am Vortag erstmals eine Klage gegen einen Online-Händler erhoben hat (Fall Topkins).

naler Ebene kommt es seit Jahren immer häufiger zu Verfahren zu Fragen des Rechtsschutzes in der digitalen Ökonomie.³⁴⁸

447. Das Wettbewerbsrecht ist darauf ausgerichtet, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen und soll in diesem Sinne auch die digitale Ökonomie als ein System unverfälschten Wettbewerbs schützen.³⁴⁹ In den vorigen ökonomischen Abschnitten wurde erläutert, dass gerade die wirtschaftlich erfolgreichsten Dienste im Internet auf der Basis von Plattformen angeboten werden und Plattformdienste aufgrund von Netzwerkeffekten zur Konzentration tendieren. Soweit der Wettbewerb im Internet infolgedessen abnimmt, ist dies wettbewerbsrechtlich allerdings nur relevant, wenn die Gefahren für den Wettbewerb die mit der Marktmacht von Plattformen verbundenen Vorteile (d. h. das Angebot innovativer Internetdienste) überwiegen. Aus rechtlicher Sicht ist zwischen externem und internem Wachstum zu unterscheiden.

448. Sogenanntes externes Wachstum findet statt, wenn ein Unternehmen mit einem anderen verschmilzt oder einen bestimmenden – oder nach deutschem Recht zumindest wettbewerbsrechtlich erheblichen – Einfluss über ein anderes Unternehmen erwirbt. Das ist wettbewerbsrechtlich bedenklich, wenn mit dem Vorgang eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs verbunden ist, insbesondere durch den Erwerb oder die Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Aus externem Wachstum kann eine Marktstellung resultieren, die nicht notwendig auf der Marktleistung der beteiligten Unternehmen beruht. Nach der Konzeption des Wettbewerbsrechts ist anzunehmen, dass bei externem Wachstum die wettbewerbsrechtlichen Risiken die damit verbundenen Vorteile um so eher überwiegen, je mehr sich Unternehmen durch den Zusammenschluss Marktmacht verschaffen.

449. Sogenanntes internes Wachstum findet statt, wenn ein Unternehmen am Markt erfolgreich operiert und dadurch aus eigener Kraft wachsen kann. Das ist wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenklich, weil hier die Aussicht, durch den eigenen Markterfolg eine vorteilhafte Marktstellung zu erreichen, nach der Konzeption des Gesetzes einen Anreiz zu Innovationen darstellt. Etwas anderes gilt nur, wenn vorhandene Marktmacht missbräuchlich ausgenutzt wird, beispielsweise um die Marktstellung weiter zu verfestigen oder die Marktmacht zu verstärken. Soweit im Internet tätige Unternehmen beim internen Wachstum gegen sonstiges Recht verstoßen (z. B. Datenschutz-/Urheberrechtsregeln), sind solche Verstöße grundsätzlich wettbewerbsrechtlich nicht relevant. Eine Ausnahme kann vorliegen, nachdem Marktmacht erreicht wurde.³⁵⁰

450. Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs ist in der digitalen Ökonomie schwierig. Die Frage ist aufgeworfen worden, ob das bestehende rechtliche Instrumentarium überhaupt ausreicht, um den Wettbewerb und die Rechte der Marktteilnehmer zu schützen. Die Monopolkommission sieht keinen Anlass, den bestehenden Rechtsrahmen grundsätzlich in Frage zu stellen. Dennoch bedarf es einer Weiterentwicklung und vielfach überhaupt einer Effektivierung des Rechts, um einen unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen. Ausgehend von der Untersuchung in den vorausgegangenen Teilen die-

348 Siehe z. B. BGH, Urteil vom 29. April 2010, I ZR 69/08 – Vorschaubilder I, BGHZ 185, 291 (zur urheberrechtlichen Einwilligung); Urteil vom 17. Juli 2003, I ZR 259/00 – Paperboy, BGHZ 156, 1 (zum Urheberrecht); Urteil vom 6. Mai 1999, I ZR 199/96 – Tele-Info CD, BGHZ 141, 329 (zum Urheberrecht); OLG Frankfurt/M., Urteil vom 29. Oktober 1996, 11 U (Kart) 44/95 (zum Datenschutz) zur im Zusammenhang dieses Gutachtens relevanten Rechtsprechung.

349 Zum unverfälschten Wettbewerb als Schutzgut der Wettbewerbspolitik siehe Protokoll Nr. 27 zu den EU-Verträgen, ABl. EU C 83 vom 30. März 2010, S. 309.

350 Siehe Tz. 515 ff.

ses Gutachtens legt die Monopolkommission nachfolgend dar, welche Defizite aus ihrer Sicht in der Fusionskontrolle (dazu Abschnitt 8.1) und in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle (dazu Abschnitt 8.2) zu beheben sind.

8.1 Fusionskontrolle auf Online-Märkten bislang nicht hinreichend effektiv

451. Die Fusionskontrolle stellt gerade in dynamischen Märkten ein wichtiges Instrument dar, um eine innovationsfeindliche Verfestigung der Marktstruktur zu verhindern. Sie erfasst nicht nur Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern (horizontale Zusammenschlüsse), sondern auch solche entlang der Wertschöpfungskette (vertikale Zusammenschlüsse) sowie mit Unternehmen in direkt benachbarten oder sonstigen Märkten (konglomerate Zusammenschlüsse).

452. Die digitale Ökonomie weist jedoch spezifische Merkmale mit der hohen Bedeutung mehrseitiger Plattformen auf. Der gegenwärtige Rechtsrahmen für die Fusionskontrolle ist insofern nach Auffassung der Monopolkommission nicht hinreichend effektiv.

8.1.1 Notwendige Überprüfung der Aufgreifkriterien

453. Die Fusionskontrolle ist in der EU und in Deutschland verfahrensmäßig grundsätzlich als Vorabkontrolle ausgestaltet. Die Anmeldepflicht wird durch sogenannte Aufgreifkriterien (Umsatzschwellen, Vorliegen eines Zusammenschlusses) ausgelöst. In Fällen, die dadurch nicht der EU-Kommission zugewiesen sind, bleibt unter gewissen Voraussetzungen eine fusionskontrollrechtliche Prüfung nach nationalem Recht möglich. Die gegenwärtige Ausgestaltung der Aufgreifkriterien führt im Bereich der digitalen Ökonomie allerdings zu Kontrolllücken.

454. Nach europäischem wie nach deutschem Recht besteht eine Anmeldepflicht nur, wenn die Umsatzerlöse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Schwellenwerte überschritten haben (Art. 1 und 4 VO 139/2004³⁵¹; § 35 GWB). Damit kann es zu Schutzlücken kommen, wenn ein Plattformdienst übernommen wird, ohne dass die Umsatzschwellen des europäischen und des deutschen Rechts erreicht werden. Im deutschen Recht sind die für eine Anmeldepflicht maßgebenden Schwellenwerte im Jahr 2009 durch die Einführung einer sogenannten zweiten Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB)³⁵² noch erhöht worden. Die Folge der im europäischen wie im deutschen Recht verwendeten Regelungstechnik ist, dass der Erwerb eines bisher umsatzlosen oder umsatzschwachen Unternehmens auch dann kontrollfrei bleiben kann, wenn der Erwerber ein Weltmarktführer mit Milliardenumsätzen ist. Dies ist einerseits bei Geschäftsmodellen relevant, die mit der Bildung von kommerziell wertvollen Datenbeständen einhergehen, ohne dass der bei den Einzelunternehmen vorliegende Datenbestand sich bereits in nennenswerten Umsätzen niedergeschlagen hat. Zum anderen vermag das derzeit bestehende Anmeldesystem Fälle des Erwerbs junger Unternehmen beispielsweise des Technologiesektors nicht zu erfassen, die zwar ein erhebliches Marktpotential, bisher aber nur geringe Umsatzerlöse haben. So können marktführende Unternehmen aufstrebende Konkurrenten in einem frühen Entwicklungsstadium durch Erwerb vom Markt nehmen, bevor sie zu einem ernstzunehmenden Wettbewerber heranwachsen. Diese Überlegungen zeigen, welche Bedeutung einer effektiven Fusionskontrolle gerade auf dynamischen Technologiemarkten für den Schutz des Wettbewerbs zu-

³⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

³⁵² Dazu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 474.

kommt. Das Risiko von Schutzlücken der beschriebenen Art wird zwar dadurch begrenzt, dass Zusammenschlussvorhaben die anders gefassten Aufgreifkriterien anderer Staaten überschreiten und dementsprechend deren Kontrolle unterliegen können. So kommt eine Überprüfung innerhalb des Netzwerks der EU-Wettbewerbsbehörden (European Competition Network – ECN) in Betracht, wenn ein Zusammenschlussvorhaben in einzelnen Mitgliedstaaten überprüfbar ist.³⁵³ Ebenso kann die Europäische Kommission auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten grundsätzlich ein Verfahren nach Art. 22 VO 139/2004 einleiten und das Vorhaben auf der EU-Ebene überprüfen. Ein solches Verfahren ist allerdings unüblich und nur innerhalb enger Fristen möglich. Eine Überprüfung der Marktauswirkungen des Vorhabens beispielsweise in Deutschland ist durch diese Regelungen praktisch nicht gewährleistet.

455. Davon abgesehen erfassen die Zusammenschlusstatbestände des deutschen Rechts (insbesondere Anteils- oder Vermögenserwerb, wettbewerblich erheblicher Einfluss) nach der Rechtsprechung keinen Erwerb von Schutzrechten (z. B. Patent-Portfolien), mit denen (noch) kein aktueller Umsatz verbunden ist.³⁵⁴ Auch im EU-Recht sind solche Erwerbstatbestände nicht kontrollpflichtig.³⁵⁵ Soweit Innovationen in der digitalen Ökonomie auf der Nutzung geschützter Technologien aufbauen, können Unternehmen sich über den Erwerb von Schutzrechten jedoch einen unter Umständen großen Einfluss auf die weitere Marktentwicklung verschaffen.

456. Das Fusionskontrollrecht kennt grundsätzlich auch keine nachträgliche Untersagung von Zusammenschlüssen, die wirksamen Wettbewerb erheblich behindern. Nach EU-Recht besteht aufgrund einer alten, aber wohl weiterhin Geltung beanspruchenden Rechtsprechung zwar die Möglichkeit, Zusammenschlüsse zu untersagen, die einen strukturellen Marktmachtmissbrauch darstellen.³⁵⁶ Dies ermöglicht theoretisch eine nachträgliche Prüfung, ähnlich wie sie kürzlich das U.S.-amerikanische Justizministerium bei einem Internet-Zusammenschluss unterhalb der U.S.-Aufgreifschwelle durchgeführt hat.³⁵⁷ Allerdings hat die EU-Kommission erklärt, unter der Geltung der Fusionskontrollverordnung auf eine nachträglich eingreifende Missbrauchskontrolle bei Zusammenschlüssen im Grundsatz zu verzichten.³⁵⁸ Eine solche Missbrauchskontrolle wäre auch nachrangig und ist unüblich.³⁵⁹

457. In Deutschland wird das Missbrauchskartellrecht auf Zusammenschlüsse üblicherweise ohnehin nicht angewendet. Allerdings ist der Missbrauchsbegriff im deutschen Recht im Sinne der im EU-Recht entwickelten Grundsätze auszulegen.³⁶⁰

353 EU-Kommission, M.7217 – Facebook/WhatsApp (nach Antrag der Unternehmen gem. Art. 4 Abs. 5 VO 139/2004 überprüft durch die EU-Kommission).

354 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05 – National Geographic I.

355 Siehe EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Tz. 24. Davon abgesehen bestehen Spielräume, gerade Fälle des Schutzrechtserwerbs so zu strukturieren, dass eine Anmeldepflicht umgangen werden kann.

356 EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 - Continental Can, Slg. 1973, 215, Rz. 26; EuG T-51/89, Rz. 23 („Wegerwerb“ einer ausschließlichen Lizenz).

357 Vgl. U.S. v. Bazaarvoice, Inc., No. 13-CV-00133 WHO (N.D. Cal. Dec. 2, 2014).

358 EU-Kommission, Erklärungen zur Auslegung von Art. 22 VO 4064/89 [= Art. 21 Abs. 1 VO 139/2004] für das Ratsprotokoll vom 19. Dezember 1989, WuW 1990, 240 (243 f.).

359 Vgl. EuG, Urteil vom 20. März 2003, T-175/99 – UPS Europe, Slg. ECR 2002, II-1915, ECLI:EU:T:2002:78, Rz. 61, 64.

360 Siehe unten Abschnitt 8.2.1.2. Das dürfte ungeachtet der Tatsache gelten, dass Art. 102 AEUV keinen Vorrang gegenüber Verboten unternehmerischer Verhaltensweisen hat, die auf innerstaatlichen Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen beruhen (so BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 58/11 – VBL-Gegenwert, Rz. 41).

458. Aus Sicht der Monopolkommission sollte eine Lösung über eine Weiterentwicklung des deutschen und europäischen Fusionskontrollrechts gesucht werden. Die fusionskontrollrechtliche Vorabkontrolle sollte schon aus Gründen der Rechtssicherheit das Standardverfahren bleiben.

459. Die Monopolkommission empfiehlt eine Ergänzung der Aufgreifkriterien. Bei der Berechnung der relevanten Umsatzerlöse tragen die gesetzlichen Vorgaben schon nach der derzeitigen Rechtslage den Besonderheiten bestimmter Märkte Rechnung, soweit die Umsatzschwellen für die Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung von Transaktionen nicht aussagekräftig sind (Art. 5 Abs. 3 VO 139/2004, § 38 Abs. 2-4 GWB). In Ergänzung dieser Vorschriften sollten zusätzliche Aufgreifstatbestände festgelegt werden, die an das Transaktionsvolumen anknüpfen. Derartige Aufgreifstatbestände hätten einen allgemeinen Anwendungsbereich und erscheinen gegenüber Aufgreifkriterien speziell für die digitale Ökonomie (z. B. Anknüpfung an eine bestimmte Nutzerzahl) aus der gegenwärtigen Sicht der Monopolkommission vorzugswürdig.

460. Das Aufgreifkriterium des Transaktionsvolumens dürfte zur Schließung von Schutzlücken in Fällen geeignet sein, in denen das wettbewerbliche Potenzial eines Unternehmens in den bisher erzielten Umsätzen nicht zuverlässig reflektiert wird. So kam das Marktpotential des Messengerdienstes WhatsApp kaum in vergangenen Umsätzen zum Ausdruck, als das Unternehmen 2014 zum Rekordpreis von 19 Mrd. U.S.-Dollar von Facebook übernommen wurde. Der Erwerb unterlag dementsprechend ursprünglich weder der europäischen noch der deutschen Fusionskontrolle. Die Europäische Kommission konnte nur deshalb ein Verfahren durchführen, weil der Vorgang in drei Mitgliedstaaten nach deren Aufgreifkriterien anmeldepflichtig war und Facebook die Verweisung dieser Verfahren an die Europäische Kommission beantragt hatte. Eine Anknüpfung an das Transaktionsvolumen könnte in der Weise erfolgen, dass alternativ zu den bisherigen Umsatzzahlen der Unternehmen auf den Wert der bei einer Transaktion vereinbarten Leistung (z. B. den bei einem Unternehmenserwerb vereinbarten Kaufpreis) abgestellt wird.³⁶¹

461. Denkbar wäre es zum Beispiel, die bestehenden Umsatzschwellen in den Normtexten um entsprechende Kaufpreisschwellen zu ergänzen. So könnte Art. 1 VO 139/2004 in einem neuen Absatz 6 wie folgt ergänzt werden:

„Die Umsatzschwellen des Absatzes 2 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 5 Mrd. EUR beträgt und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen von mehr als 250 Mio. EUR erzielt wird. Die Umsatzschwellen des Absatzes 3 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen mehr als 25 Mio. EUR beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen 100 Mio. EUR übersteigt.“

Im deutschen Recht könnte § 35 Abs. 1 S. 1 um neue Sätze 2 und 3 GWB ergänzt werden:

³⁶¹ Anders Sec. 7a des U.S. Clayton Act (15 U.S.C. § 18a).

„Diese Umsatzschwellen gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 500 Millionen Euro beträgt und im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat. Auf Fälle des § 35 Abs. 1 S. 2 findet § 35 Abs. 2 S. 1 keine Anwendung.“

Der vorgeschlagene § 35 Abs. 1 S. 3 GWB n. F. stellt sicher, dass die Anschlussklausel auf die hier relevanten Fälle keine Anwendung findet. Daneben sollte auch die Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel in § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB für die angesprochenen Fälle ausgeschlossen werden.

462. Der Erwerb einzelner Vermögenswerte ohne einen aktuellen Marktumsatz würde auch im Fall eines die neu eingeführte Schwelle überschreitenden Transaktionsvolumens nicht als Zusammenschluss (Art. 3 VO 139/2004, § 37 Abs. 1 GWB) erfasst. Um die damit weiter bestehende Regelungslücke zu schließen, könnte eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 VO 139/2004 bzw. § 37 Abs. 1 GWB in Betracht gezogen werden, wonach ein Vermögenserwerb auch in den von § 35 Abs. 1 S. 2 GWB n. F. erfassten Fällen vorliegt.

463. Die Vorschläge zur Anpassung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifkriterien erfassen notwendigerweise sowohl die Verordnung Nr. 139/2004 als auch die nationalen Fusionskontrollregeln. Für eine Modifizierung auch der nationalen Regelungen spricht schon der Umstand, dass der Zusammenschlussbegriff der Verordnung Nr. 139/2004 weniger Fallkonstellationen als das GWB erfasst. Erfüllt ein Zusammenschlussvorhaben die Kriterien des Art. 3 VO 139/2004 nicht, könnte das Vorhaben immer noch auf Grundlage eines der Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4, Abs. 2 GWB geprüft werden. Zudem ist nicht auszuschließen, dass in einem relevanten Fall zwar alle Umsatzschwellen der Verordnung Nr. 139/2004 erfüllt sind, die Anwendung des europäischen Fusionskontrollrechts aber wegen der Erfüllung der Zwei-Drittel-Klausel entfällt. Schließlich ist davon auszugehen, dass der nationale Gesetzgeber ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren wahrscheinlich zügiger durchführen kann als dies auf europäischer Ebene mit 28 Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist.

8.1.2 Notwendige Weiterentwicklung der materiellen Beurteilungskriterien

464. Die Fusionskontrolle erfordert in materieller Hinsicht eine Prognose, ob das zu prüfende Vorhaben eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erwarten lässt (sogenannter SIEC-Test)³⁶². Die Prüfung der Wettbewerbswirkungen an diesem Maßstab beinhaltet eine Gesamtbetrachtung. In diesem Rahmen sind bei Vorhaben unter Beteiligung der in diesem Gutachten schwerpunktmäßig untersuchten Internetdienste unter anderem folgende Besonderheiten der betreffenden Dienste zu berücksichtigen:

- Bei den untersuchten Diensten handelt es sich um mehrseitige Plattformen, deren Plattformseiten miteinander verbunden sind und infolgedessen nicht isoliert betrachtet werden dürfen (Plattforminterdependenzen).
- Die Märkte, auf denen die Plattformen tätig sind, können abhängig z. B. von den Verbindungen zwischen den Plattformseiten und den dadurch zwischen ihnen ausgelösten Wechselwirkungen zur Konzentration tendieren.

³⁶² SIEC = Substantial Impediment to Effective Competition.

- Die Erweiterung der Plattformen durch eine Integration weiterer Dienste ermöglicht eine Kombination von Daten, die das die Plattformdienste anbietende Unternehmen möglicherweise strategisch für sich nutzen kann.

Diese Besonderheiten sollten aus Sicht der Monopolkommission in der fusionskontrollrechtlichen Praxis teilweise stärker berücksichtigt werden.

8.1.2.1 Berücksichtigung der Plattforminterdependenzen bei der Bestimmung relevanter Märkte

465. Der Plattformcharakter mancher Internetdienste bereitet bei der Marktabgrenzung im Rahmen der Entscheidungspraxis Schwierigkeiten. Die fusionskontrollrechtliche Prüfung ist traditionell vor allem auf Märkte ausgerichtet, auf denen Produkte unmittelbar gegen monetäre Gegenleistung gehandelt werden. Im Gegensatz zu den Geschäftsmodellen von sonstigen Marktteilnehmern sieht das Geschäftsmodell von Internetplattformen für bestimmte Leistungen an die Plattformnutzer jedoch keine unmittelbare monetäre Gegenleistung vor, sondern beruht statt dessen auf einer Anzeige von Werbung, welche für den Aufbau eines durch Dritte finanzierten Produktangebots genutzt werden kann.

466. Nach dem traditionellen Verständnis ist die Tätigkeit auf Plattformseiten, auf denen Leistungen ohne monetäre Gegenleistung erbracht werden (z. B. Beantwortung von Online-Suchanfragen) keine Markttätigkeit. In der älteren Entscheidungspraxis wurden solche Tätigkeiten nur berücksichtigt, soweit sie zur Erklärung der Mechanismen von Plattformseiten mit einer monetären Gegenleistung (z. B. Vermarktung von Suchwerbung) relevant waren.³⁶³ Allerdings dürfte die genaue Abgrenzung der Märkte, auf denen das betroffene Unternehmen Leistungen ohne monetäre Gegenleistung erbringt, in jenen älteren Fällen nicht entscheidungserheblich gewesen sein.

467. Zu den Schwierigkeiten in der Entscheidungspraxis mag es beigetragen haben, dass Plattformmärkte auch als „mehrseitige Märkte“ bezeichnet werden. Diese Begrifflichkeit verdeckt, dass eine Plattform an sich kein relevanter Markt im Sinne der Fusionskontrolle ist, weil der Plattformbetreiber auf den Plattformseiten durchaus mit anderen plattformgebundenen oder -ungebundenen Anbietern im Wettbewerb stehen kann. Die fehlende Unterscheidung zwischen der Plattfortmätigkeit und den relevanten Märkten kann zu Fehlannahmen führen, etwa dass zum effektiven Wettbewerb mit einem Plattformanbieter ein Marktzutritt auf beiden Plattformseiten notwendig sei.³⁶⁴

468. Richtig ist, dass Plattformseiten insbesondere aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte nicht unabhängig voneinander betrachtet werden können. Dies betrifft zwar vor allem die Frage der Marktkonzentration und die Frage einer möglichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Der Plattformanbieter muss sein Geschäftsmodell so aufbauen, dass er den Marktverhältnissen aller Plattformseiten zugleich Rechnung trägt. Ebenso ist Marktmacht nur unter Berücksichtigung der Interdependenzen der Plattformseiten feststellbar.³⁶⁵ Allerdings dürften die Verbindungen, die sich aufgrund des Vorhandenseins

³⁶³ Siehe z. B. KG, Beschluss vom 4. März 1986, Kart 1/84 – Niederrheinische Anzeigenblätter, WuW/E OLG 3767 (3770); BKartA, B6-98/09 - Roth + Horsch Pressevertrieb/Presse-Vertrieb Pfalz, Tz. 63; in der EU-Praxis EU-Kommission, 7. Juli 2005, M.3817 – Wegener/PCM/JV, Tz. 15, 19, 29 f.; daher Abgrenzung eines Suchmarktes offen gelassen in EU-Kommission, 18. Februar 2010, M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business, Tz. 85 f.

³⁶⁴ So etwa BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 66.

³⁶⁵ Vgl. Tz. 55 ff; zur Marktmacht siehe näher unten Abschnitt 8.2.1.1.

plattformgebundener Anbieter im Verhältnis zu anderen Märkten ergeben, auch bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen sein, um den Wechselwirkungen zwischen den Plattformseiten Rechnung zu tragen.

469. Die Marktabgrenzung in Bezug auf Märkte, auf denen mehrseitige Plattformen ohne unmittelbare monetäre Gegenleistung tätig sind, wird in der einschlägigen Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes nicht angesprochen.³⁶⁶ Die Bekanntmachung ist auch in Bezug auf den zur Marktabgrenzung eingesetzten sogenannten SSNIP-Test nicht aussagekräftig.³⁶⁷ Denn dieser geht ins Leere, wo Preise nicht erhoben werden oder aufgrund der plattformbedingten Interdependenz mehrerer Märkte keine Schlüsse auf einen Einzelmarkt zulassen.³⁶⁸

470. Die Fusionskontrollpraxis zu Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Software- und Internetplattformen ist immer noch uneinheitlich, berücksichtigt inzwischen aber stärker als die Leitlinien die Besonderheiten von plattformbasierten Geschäftsmodellen. Sie tendiert entsprechend den aktuellen ökonomischen Erkenntnissen auch zur Erfassung der Plattformseiten, auf denen Leistungen ohne unmittelbare monetäre Gegenleistung erbracht werden.³⁶⁹ Es ist allerdings weiter nicht üblich, die plattformmäßigen Verbindungen und die daraus folgenden Wechselwirkungen in einem eigenständigen Prüfungsschritt zu untersuchen.³⁷⁰

471. Die Monopolkommission regt eine Überarbeitung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes an. Außerdem sollten in der Fusionskontrollpraxis die plattformbedingten Verbindungen und ihre Auswirkungen bei der Marktabgrenzung eigenständig gewürdigt werden. Die Monopolkommission weist ferner darauf hin, dass ein veränderter Ansatz bei der Marktabgrenzung im Fall von Internetplattformen mit datenbasierten Geschäftsmodellen auch außerhalb des Internets zu einer gegenüber der bisherigen Praxis abweichenden Marktbeurteilung führen kann, wo es um die Prüfung „mehreseitiger Märkte“ mit einer (teilweise) unentgeltlichen Marktseite geht (insbesondere Medienmärkte wie z. B. Zeitungsmärkte, Märkte des gebühren-/werbe-/zuschauerfinanzierten Fernsehens).

8.1.2.2 Berücksichtigung plattforminhärenter Konzentrationstendenzen

472. Bei der Prüfung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses ist den plattforminhärenten Konzentrationstendenzen auf Seiten der Zusammenschlussbeteiligten Rechnung zu tragen.³⁷¹ Insofern dürfte bei einem Zusammenschluss unter Beteiligung eines Plattformdienstes als Erwerber grundsätzlich folgende Prüfung erforderlich sein:

366 Kommissionsbekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

367 Siehe insbesondere Kommissionsbekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, Tz. 15 ff.

368 Siehe oben Tz. 59.

369 Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 13 ff., 45 ff.; Entscheidung vom 7. Oktober 2011, M.6281 – Microsoft/Skype, Tz. 10 ff.; Entscheidung vom 4. Dezember 2013, M.7047 – Microsoft/Nokia, Tz. 28-30, 31 ff.; Entscheidung vom 18. Februar 2010, M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business, Tz. 85 f., 201 ff.; Entscheidung vom 13. Februar 2012, M.6381 – Google/Motorola Mobility, Tz. 162 f. Siehe auch Podszun/Franz, NZKart 2015, 121 ff. für eine mögliche Kategorisierung der Entscheidungspraxis (EU/Deutschland).

370 Siehe jüngst für eine solche Prüfung jedoch BKartA, Entscheidung vom 20. April 2015, B6-39/15 - Axel Springer/Immowelt.

371 Vgl. Tz. 36 ff., 45 ff.

- In Bezug auf Märkte, auf denen der Erwerber von vornherein tätig war, dürfte zu prüfen sein, ob der Zusammenschluss die plattforminhärenten Konzentrationstendenzen verstärkt und inwiefern dies auf den betreffenden Plattformseiten zu einer Behinderung wirksamen Wettbewerbs beitragen kann.
- In Bezug auf Märkte, auf denen der Erwerber erst durch den Zusammenschluss tätig wird, dürfte zu prüfen sein, ob die genannten Konzentrationstendenzen auf jenen dritten Märkten zu wettbewerbsschädlichen Zusammenschlusswirkungen beitragen können.

473. In der bisherigen Fusionskontrollpraxis werden die plattforminhärenten Konzentrationstendenzen allerdings üblicherweise nicht eigenständig gewürdigt. Statt dessen werden die Faktoren, die zu einer solchen Konzentrationstendenz beitragen oder ihr entgegenwirken (z. B. positive bzw. negative indirekte Netzwerkeffekte), vorrangig im Rahmen einer Prüfung der einzelnen Plattformseiten im Wettbewerb mit anderen Anbietern angesprochen.³⁷² Dabei bleibt in den Entscheidungen bisweilen allerdings unklar, ob Effekte, die eine Plattform insgesamt betreffen und nicht nur auf einzelne Plattformseiten beschränkt sind (z. B. indirekte Netzwerkeffekte im Gegensatz zu direkten Netzwerkeffekten) überhaupt geprüft worden sind bzw. in welchem Umfang dies geschehen ist.³⁷³

474. Der bisherige Prüfungsansatz bringt es unabhängig davon mit sich, dass üblicherweise nicht die Anreize für (potenzielle) Plattformnutzer zum Wechsel auf die Plattform im Vordergrund stehen, die unmittelbar zu den Konzentrationstendenzen der Plattform beitragen. Die Prüfung geht vielmehr – wie in Fällen ohne Beteiligung einer Plattform – von den Auswirkungen aus, die der Zusammenschluss auf die Wettbewerber des Plattformbetreibers auf den einzelnen Plattformseiten hat. Dies kann problematisch sein, wenn es dazu führt, dass durch den Zusammenschluss verursachte oder zumindest begünstigte plattforminhärente Konzentrationstendenzen unterschätzt und die Möglichkeiten der Wettbewerber zur Behauptung gegen die Plattform überschätzt werden.

475. Die Monopolkommission weist bei dieser Gelegenheit darauf hin, dass die aus ökonomischen Gründen nötige Berücksichtigung der Verbindungen zwischen den Plattformseiten bei der Beurteilung von Effizienzen im EU-Recht ferner mit der Voraussetzung konfligiert, dass grundsätzlich nur Effizienzen auf dem relevanten Markt berücksichtigungsfähig sind.³⁷⁴ Das deutsche Recht ist insofern flexibler (Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 GWB).³⁷⁵

372 EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Oktober 2011, M.6281 – Microsoft/Skype, Tz. 69 ff., insbesondere Tz. 96 ff.; ferner Tz. 141 ff. (speziell zu Netzwerkeffekten: Tz. 92, 130); Entscheidung vom 4. Dezember 2013, M.7047 – Microsoft/Nokia, Tz. 86 ff. (zu Netzwerkeffekten: Tz. 113, 158 ff.); Entscheidung vom 13. Februar 2012, M.6381 – Google/Motorola Mobility, Tz. 161 ff.; Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 159 ff., 180 ff. (insbesondere Tz. 187 f.). Eine vergleichsweise eingehende Prüfung von Elementen der Plattformstruktur, die auch für plattforminhärente Konzentrationstendenzen relevant sind, findet sich aber in EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M.4731 – Google/DoubleClick, Tz. 134, 137 ff.; Entscheidung vom 18. Februar 2010, M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business, Tz. 201 ff.

373 Siehe, ausgehend von der Plattform, jüngst allerdings BKartA, Entscheidung vom 20. April 2015, B6-39/15 - Axel Springer/Immowelt (Prüfung der Wettbewerbswirkungen bei einem Zusammenschluss von Online-Immobilienplattformen).

374 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen), ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 79.

375 Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 186.

476. Die relevanten behördlichen Leitlinien zur Bewertung von Zusammenschlüssen sowie zur Frage der Marktbeherrschung äußern sich auch nur am Rande³⁷⁶ bzw. sehr knapp³⁷⁷ zu der Frage, inwiefern es bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Plattformen zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs kommen kann.³⁷⁸ Dazu, welche Bedeutung den plattforminhärenten Konzentrationstendenzen im Rahmen der Fusionskontrollprüfung zuzumessen ist, enthalten die Leitlinien keine gesonderten Aussagen. Sie gehen insbesondere nicht auf den Umstand ein, dass Marktanteile oder Preishöhen einer mehrseitigen Plattform auf einzelnen Plattformseiten von vornherein nicht aussagekräftig sind.³⁷⁹

477. Die Monopolkommission empfiehlt, den Rechtsrahmen zur Beurteilung der Wettbewerbswirkungen von Zusammenschlüssen weiter zu entwickeln, damit er den Besonderheiten mehrseitiger Plattformen stärker Rechnung trägt. In den einschlägigen Leitlinien sollte deutlicher hervorgehoben werden, dass die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf mehrseitigen Plattformen eine Gesamtbetrachtung erfordert, in der anderen Faktoren als Marktanteilen bzw. Preissetzungsspielräumen höhere Bedeutung zuzumessen ist, beispielsweise direkten und indirekten Netzwerkeffekten, Innovationsdruck und – im Internet – Nutzerdaten. Auf diesen Aspekt könnte im deutschen Recht in allgemeiner Form auch in § 18 GWB verwiesen werden.

8.1.2.3 Berücksichtigung der Kombination von Datenbeständen

478. Es ist denkbar, dass die zusammenschlussbedingte Kombination von Datenbeständen auf der Plattform eines Erwerbers deren Betreiber in die Lage versetzt, allein durch eine dauerhaft überlegene Kenntnis z. B. der Nutzerpräferenzen den Wettbewerbern in seinem weiteren Wettbewerbsverhalten zuvorkommen. Dies kann von einem Plattformbetreiber dazu genutzt werden, in direkt benachbarte digitale Märkte wie auch in sonstige Märkte zu expandieren, die nicht dem bisherigen Kernbereich des Unternehmens zuzuordnen sind. Es wurde an verschiedenen Stellen in diesem Gutachten auf Entwicklungen hingewiesen, die in eine solche Richtung deuten.³⁸⁰

479. Durch die zusammenschlussbedingte Kombination von Daten könnte es Plattformbetreibern möglich werden, sich (auch) unabhängig von ihrer Marktmacht langfristig vom Wettbewerb abzuschotten bzw. neue Märkte schon zu besetzen, bevor ihre Wettbewerber eine effektive Reaktionsmöglichkeit haben. Es ist zurzeit noch unklar, inwiefern derartige Risiken bestehen. Die Monopolkommission empfiehlt insofern eine fortlaufende genaue Beobachtung der Marktveränderungen durch die zuständigen Behörden.

376 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 7 (Leitlinien zu nichthorizontalen Zusammenschlüssen), Tz. 62, 101; Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, Tz. 72 (jeweils zu Netzwerkeffekten).

377 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 36, 66, Fn. 92.

378 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 36, 66.

379 Siehe oben Tz. 35, 39 f., 56 ff.; dagegen z. B. EU-Kommission, Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, Tz. 17 f.; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 25 f. unter Verweis auf § 19 Abs. 6 GWB.

380 Siehe oben Tz. 22 ff., 244 ff., 316 ff.; ferner Tz. 393, 396 ff.

8.2 Risiken von Marktmachtmissbräuchen aufgrund von Defiziten bei der Rechtsdurchsetzung

480. Das Wettbewerbsrecht schützt die Funktion des Wettbewerbs als Treiber von Produktinnovationen auf den digitalen Märkten. Es nimmt hin, dass innovative Unternehmen aufgrund ihres Erfolgs am Markt wachsen. Soweit Unternehmen Marktmacht erlangen, geht mit dieser allerdings auch – ebenso wie in anderen Wirtschaftsbereichen – das Risiko eines Missbrauchs einher. Dies zu verhindern ist Aufgabe der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle. Bei der Missbrauchskontrolle in der digitalen Wirtschaft ist insbesondere der Erhalt des Innovationswettbewerbs zu schützen.

481. Mögliche Missbräuche von Marktmacht in der digitalen Ökonomie sind Gegenstand einer lebhaften öffentlichen Diskussion. Dabei stehen naturgemäß einzelne Unternehmen besonders im Vordergrund, gegen die bereits konkrete Missbrauchsvorwürfe erhoben wurden. Die öffentliche Diskussion greift aber dessen ungeachtet weiter. Es geht bei dieser Diskussion darum, ob der Schutz vor Missbräuchen von Marktmacht im Internet ganz allgemein ausreicht.

482. Ein wesentlicher Grund für die Diskussion liegt darin, dass dem Zugang zu Daten mittlerweile in den Bereichen der Produktentwicklung und -innovation zentrale Bedeutung zukommt.³⁸¹ Dies hat bei Unternehmen als Marktteilnehmern in der digitalen Ökonomie einen heftigen Wettstreit um Daten und den Datenzugriff ausgelöst. Bei den Internetnutzern (Verbrauchern) ist dagegen die Sorge vor einer exzessiven Datensammlung entstanden. Die Datensammlung und -nutzung wirft infolgedessen nicht nur wettbewerbsrechtliche Fragen auf, sondern auch solche des Urheberrechts, des Daten- und Verbraucherschutzes.

483. Dabei ist die Rechtslage vielfach unklar. Die relevanten Aspekte vermischen sich und erscheinen rechtlich häufig untrennbar miteinander verbunden. Dies trägt dazu bei, dass die kartellbehördlichen Verfahren komplex und langwierig sind. Zudem können zwischen den Behörden, den unmittelbar betroffenen Unternehmen und sonstigen Verfahrensbeteiligten über das Verfahren hinweg Meinungsverschiedenheiten bestehen, welches Verhalten unter Missbrauchsgesichtspunkten relevant oder wie ein bestimmtes Marktverhalten einzuordnen ist.

484. In der öffentlichen Diskussion ist teilweise gefordert worden, das bestehende Wettbewerbsrecht um eine kartellrechtsnahe Regulierung zu ergänzen, um die Märkte in der digitalen Ökonomie wirksam gegen Verzerrungen zu schützen. Die Monopolkommission hält demgegenüber das bestehende materielle Missbrauchsrecht für ausreichend. Sie sieht aber Defizite in der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in Missbrauchsfällen (dazu Abschnitt 8.2.1).

485. Rechtliche Unsicherheiten erschweren Marktteilnehmern mitunter die Durchsetzung ihrer Rechte gegenüber marktmächtigen Unternehmen. Dies kann nach Auffassung der Monopolkommission eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht begünstigen. Die angesprochenen Schutzprobleme sollten gleichwohl nicht primär über das Wettbewerbsrecht, sondern über eine Verbesserung der Möglichkeiten der Marktteilnehmer zur Durchsetzung marktrelevanter Individualrechte behoben werden (dazu Abschnitt 8.2.2).

³⁸¹ Siehe oben Tz. 69, 78 f.

8.2.1 Notwendigkeit einer Verbesserung des missbrauchsrechtlichen Rechtsrahmens

486. Die Monopolkommission hält eine Stärkung des missbrauchsrechtlichen Rechtsrahmens für erforderlich. Sie hat zwar keine grundsätzlichen Zweifel bezüglich der Tauglichkeit der materiellen Missbrauchsvorschriften, meint aber, dass diese unter Berücksichtigung der Besonderheiten der digitalen Ökonomie vereinzelt weiter entwickelt werden müssen. Vor allem aber sieht die Monopolkommission Defizite in der verfahrensmäßigen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in Missbrauchsfällen.

8.2.1.1 Weiterentwicklung der Grundsätze zu Marktbeherrschung bzw. relativer Marktmacht

487. Voraussetzung eines wettbewerbsrechtlich relevanten Missbrauchs von Marktmacht ist im europäischen und deutschen Recht grundsätzlich Marktbeherrschung. Die Anknüpfung an das Vorliegen von Marktbeherrschung erscheint auch in der digitalen Wirtschaft sachgerecht. Bei der Feststellung von Marktmacht sind aber Besonderheiten des Marktgeschehens zu berücksichtigen.

488. Die herkömmliche Definition der Marktbeherrschung im EU-Recht stellt darauf ab, ob das betreffende Unternehmen Wettbewerb auf einem relevanten Markt verhindern kann, weil es über einen Verhaltensspielraum verfügt.³⁸² Ähnlich wird Marktbeherrschung im deutschen § 18 GWB definiert.³⁸³ Der damit vorgegebene Prüfungsmaßstab berücksichtigt zwar nicht ausdrücklich die in diesem Gutachten wiederholt beschriebenen Besonderheiten von mehrseitigen Plattformen (d. h. die Verbindung von Märkten).³⁸⁴ Er dürfte aber für eine Auslegung dahin gehend offen sein, dass die zu prüfenden Kriterien nur dann als aussagekräftig angesehen werden, wenn sie auf dem jeweiligen (Teil-)Markt (z. B. Suchmarkt) bei einer Zusammenschau aller verbundenen Plattformseiten für Marktbeherrschung sprechen.

489. Dabei ist anzunehmen, dass die Bindung der Transaktionspartner auf einer Plattformseite (z. B. im Fall von Google: Bindung der Nutzer) den Verhaltensspielraum des Plattformbetreibers einer mehrseitigen Plattform auf anderen Plattformseiten (z. B. im Fall von Google: Indexierungs- bzw. Werbemärkte) erweitern kann. Umgekehrt dürfte es gegen Marktbeherrschung sprechen, wenn die Transaktionspartner auf einer Plattformseite (z. B. im Fall von Google: Inhalteanbieter bzw. Werbekunden) die Reaktion des Plattformbetreibers auf einer verbundenen weiteren Plattformseite (z. B. im Fall von Google: den Suchmärkten) begrenzen können. Davon unabhängig dürfte die Dynamik der digitalen Ökonomie Marktbeherrschung nicht entgegenstehen, sofern Unternehmen Veränderungen der Nachfrage so frühzeitig erkennen und darauf reagieren können, dass sie eine Erosion ihrer Marktmacht verhindern können. Bezüglich der Einzelheiten ist auf die Ausführungen in den vorangehenden Kapiteln dieses Gutachtens zu verweisen.³⁸⁵

³⁸² EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, Rz. 63/66; EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 38; EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, 3461, Rz. 30 (st. Rspr.); Kommissionsmitteilung, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 10.

³⁸³ Die gesetzliche Definition geht dabei vom einzelnen Markt aus (vgl. § 18 Abs. 1 GWB: „dem [...] relevanten Markt“) und misst besonders dem Marktanteil hohe Aussagekraft zu (vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4, 6-7 GWB).

³⁸⁴ Dazu oben Tz. 45 ff. und in Bezug auf die Fusionskontrolle Tz. 465 ff., 472 ff.

³⁸⁵ Siehe oben 2.2 und Kapitel 5-7.

490. Deutsches Missbrauchskartellrecht ist darüber hinaus auch anwendbar, wenn nur relative bzw. überlegene Marktmacht vorliegt (§ 20 GWB). Das kann insbesondere bei Plattformdiensten relevant sein, die aggressiv wachsen, um eine beherrschende Stellung auf einem Plattformmarkt zu erlangen (z. B. Amazon, Zalando, Twitter, Uber). Soweit im vorliegenden Gutachten Missbrauchspotenziale im Fall der Marktbeherrschung untersucht werden, gilt bei Vorhandensein relativer bzw. überlegener Marktmacht nach deutschem Recht grundsätzlich Entsprechendes.

8.2.1.2 Weiterentwicklung der Grundsätze zur missbräuchlichen Ausnutzung

491. Die Rechtsgrundsätze zur missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sollten durch die zuständigen Kartellbehörden und Gerichte im Einzelfall weiter entwickelt werden. Die Dynamik der digitalen Ökonomie erfordert aus Sicht der Monopolkommission aber grundsätzlich keinen von den herkömmlichen Grundsätzen abweichenden Prüfungsmaßstab.

492. Die Feststellung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Internet kann auf Schwierigkeiten treffen. Grund hierfür ist, dass es keine gesetzliche Definition des Missbrauchs gibt und das Verhalten marktmächtiger Unternehmen nicht notwendig einer bereits anerkannten Fallgruppe unterfällt.

493. Nach der europäischen Rechtsprechung ist für die Feststellung eines Missbrauchs allgemein zu prüfen, ob ein Unternehmen in beherrschender Stellung:

„Verhaltensweisen [zeigt], die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“³⁸⁶

Dieser Missbrauchsbegriff besteht im Wesentlichen aus zwei Elementen. Zum einen muss die Marktstruktur bereits wegen der Anwesenheit des betreffenden Unternehmens geschwächt sein (= Folge der Marktbeherrschung). Zum anderen muss das Unternehmen ein Verhalten zeigen, das von einem normalen Wettbewerbsverhalten abweicht und den Wettbewerb zusätzlich beschränkt.³⁸⁷

494. In Bezug auf diese Grundsätze sind rechtliche Unsicherheiten durch die Versuche entstanden, einen stärker ökonomisch geprägten Ansatzes der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zu etablieren (sogenannter More Economic Approach).³⁸⁸ Mit Blick auf die obige Missbrauchsdefinition geht es dabei allerdings hauptsächlich um die Frage, ob es genügt, dass das Verhalten des betreffenden Unternehmens eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann oder ob diese tatsächlich nachgewiesen werden muss. Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass es genügt, dass das Verhalten eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann.³⁸⁹

³⁸⁶ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 91 (st. Rspr.).

³⁸⁷ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 123.

³⁸⁸ Vgl. Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dezember 2005.

³⁸⁹ EuG, Urteil vom 30. September 2003, T-203/01 – Michelin, Slg. 2003, II-4071, Rz. 237-239; EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2004, II-2977, Rz. 867 f.

495. Der Missbrauchs begriff im deutschen Recht ist nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers im Sinne der im EU-Recht entwickelten Grundsätze auszulegen.³⁹⁰ Die Monopolkommission geht im vorliegenden Gutachten von einer solchen Auslegung aus.

496. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist ausgehend von den obigen Grundsätzen in zweierlei Form möglich. Zum einen können Wettbewerber behindert werden (Behinderungsmisbrauch), zum anderen die Leistungen anderer Marktteilnehmer ausgebeutet werden (Ausbeutungsmisbrauch). Daneben sind Mischformen möglich, bei denen Verhalten sowohl behindernde als auch ausbeutende Elemente aufweist.

497. Das Potenzial von Behinderungsmisbräuchen in der digitalen Ökonomie wird, soweit erkennbar, bisher in zweierlei Hinsicht diskutiert, nämlich hinsichtlich:

- Formen der Zugangsverweigerung im Internet³⁹¹ und
- Hebelungen von Marktmacht, z. B. durch die Bevorzugung eigener Dienste³⁹², die Ausbeutung fremder Inhalte und Daten zum Nachteil von Konkurrenten³⁹³ oder die Behinderung eines Anbieterwechsels seitens der Kunden (Werbekunden/Nutzer)³⁹⁴.

498. Bei derartigen Marktmachtmissbräuchen ist es denkbar, dass sie zusätzlich ausbeutende Elemente aufweisen, wie etwa im Fall einer Ausbeutung fremder Inhalte und Daten (wenn sie zum Nachteil der Inhalteanbieter und Dateninhaber erfolgt) oder bei bestimmten Behinderungen des Kundenwechsels (z. B. übermäßige Bindung von Kunden durch Einschränkung der Datenportabilität).³⁹⁵ Ansonsten wird ein Potenzial von Ausbeutungsmisbräuchen durch künstliche Kapazitätsverknappungen in Bezug auf Werbeplätze oder schlicht durch einen exzessiven Datenzugriff gesehen.³⁹⁶

499. Der Grad, in dem diese rechtlichen Missbrauchspotenziale bestehen, wird auf Plattformmärkten wesentlich von der Dynamik der Marktentwicklung und von den Eigenschaften der Plattform beeinflusst (z. B. dem Umfang des Datenzugriffs, der Art der Netzwerkeffekte).

500. Der Dynamik der Marktentwicklung kommt eine zentrale Bedeutung zu. So können Anbieter im Internet aufgrund einer beherrschenden Stellung in der Lage sein, Veränderungen der Nachfrage so frühzeitig zu erkennen und darauf zu reagieren, dass sie eine Erosion ihrer Marktmacht aufgrund der dynamischen Marktentwicklung verhindern können. Die Marktdynamik steht deshalb der Möglichkeit eines Marktmachtmissbrauchs nicht notwendig entgegen.

501. Die Eigenheiten von Plattformen sind nicht nur in Bezug auf bereits marktbeherrschende Unternehmen relevant, sondern auch, wenn Monopolisierungsstrategien unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung betrachtet werden. Die Wachstumsstrategien von Plattformbetreibern können auf gezielten oder in Kauf genommenen Rechtsbrüchen auf-

390 Bundesrat, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zum GWB, BT-Drs. 15/3640, S. 47, 75; ders., BR-Drs. 201/1/05, S. 2 f.

391 Siehe oben Abschnitt 5.4.1.

392 Siehe oben Abschnitt 4.3.2, Abschnitt 5.4.2 (insbesondere Abschnitt 5.4.2.3), Abschnitt 6.2.2-6.2.4, Abschnitt 7.4.3.

393 Siehe oben Tz. 247 und unten Abschnitt 8.2.2.1.

394 Siehe oben Abschnitt 4.3.1, 4.3.2, Abschnitt 5.4.2.1, Tz. 246 und Tz. 254 ff., Abschnitt 6.2.4, Abschnitt 7.4.3.

395 Zu Letzterem siehe oben Tz. 328.

396 Siehe oben Tz. 157 ff., 329.

bauen, die den Plattformen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, aber nicht notwendig mit einer Behinderung oder Ausbeutung einhergehen.³⁹⁷ Relevant unter dem Aspekt des Marktmachtmissbrauchs kann es hingegen sein, wenn Rabatte erzwungen oder eingesetzt werden, um von der Sogwirkung zu profitieren, die mit der Weitergabe von aus solchen Rabatten folgenden Vorteilen verbunden ist. Hier bietet das nationale Recht über § 20 GWB Möglichkeiten, gegen Monopolisierungsversuche unterhalb einer marktbeherrschenden Stellung vorzugehen.

502. Bei der Frage, ob Wettbewerbsbeschränkungen auf Plattformmärkten schließlich durch Verbrauchereffizienzen gerechtfertigt sein können, kommt es nicht nur auf den Wettbewerb auf der marktbeherrschenden oder im Sinne von § 20 GWB marktmächtigen Plattform für sich genommen an. Vielmehr ist auch zu prüfen, ob (potenzielle) Wettbewerber langfristig die Möglichkeit zu Innovationen behalten, die es ihnen ermöglichen, eine konkurrierende Plattform zu etablieren.

8.2.1.3 Behebung teils gravierender Mängel im Verfahrensrecht

503. Die Instrumente zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sollten aus Sicht der Monopolkommission gestärkt werden. Die Ausgestaltung der Missbrauchsverfahren gerade auf EU-Ebene begegnet wettbewerbspolitischen und rechtsstaatlichen Bedenken.

504. Diese Missbrauchsverfahren dauern zu lang, um wettbewerbschädlichen Effekten missbräuchlicher Verhaltensweisen in dynamischen Märkten, wie z. B. in der digitalen Ökonomie, entgegen zu wirken. So läuft das Google-Verfahren seit dem Jahr 2010, ohne dass es zu einer Entscheidung gekommen wäre. Es ist wettbewerbspolitisch inakzeptabel, wenn Kartellrechtsverfahren erst abgeschlossen werden, nachdem marktbeherrschende Unternehmen einen vorstoßenden Wettbewerb bereits seit langem eliminiert haben. Die Erfahrungen in den Mediaplayer- und Browserfällen um Microsoft waren insofern – trotz des inzwischen lebhafteren Wettbewerbs – ernüchternd.³⁹⁸ Andererseits beeinträchtigt eine im Wege der einvernehmlichen Beendigung erzielte Verkürzung von Verfahren die Rechtssicherheit (es kommt zu keiner anfechtbaren Entscheidung)³⁹⁹ und die Rechtsentwicklung (eine Fortentwicklung des Rechts durch die gerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungen wird vermieden). Die Anreize für Unternehmen, mit Blick auf diese Verfahrensdefizite von vornherein Kosten und Nutzen eines Verstoßes abzuwägen, können auch die Rechtstreue anderer Marktteilnehmer untergraben.

505. Es gibt zudem bedenkliche Anzeichen dafür, dass die Durchsetzung des Kartellrechts gegenüber Internetanbietern auf EU-Ebene durch öffentlichkeitswirksam vorgebrachte Beschwerden und politischen Druck beeinflusst wird. Dabei haben die Beschwerdeführer mitunter jedoch ein zu wenig innovatives oder anderweitig nachteiliges und daher im Markt unterlegenes Geschäftsmodell. Es ist nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts, solche Geschäftsmodelle gegen den Markt zu schützen.

506. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Missbrauchsverfahren begegnet ebenfalls Bedenken. So gibt es erhebliche Anreize, Bußgeldentscheidungen wegen des damit verbundenen Aufwands zu vermeiden. Das eingesetzte Mittel sind konsensuale Ent-

³⁹⁷ Siehe z. B. Beeger, B./Lindner, R., *Über macht?*, FAZ vom 5. Oktober 2014, zur Wachstumsstrategie des Fahrdienstes Uber.

³⁹⁸ EU-Kommission, Fälle 37.792 und 39.530 – Microsoft; ferner *United States v. Microsoft Corporation* 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

³⁹⁹ Jedenfalls soweit das Einvernehmen reicht.

scheidungen auf der Grundlage von Verpflichtungszusagen. Ein darauf ausgerichtetes Verfahren entbindet die Kartellbehörde nicht davon, die fallrelevanten Tatsachen soweit zu ermitteln, dass sie eine Entscheidung auf Basis einer tragfähigen Schadenstheorie treffen kann. Die Einbeziehung von Aspekten und Argumenten, die möglicherweise gegen eine bestimmte Entscheidung sprechen, ist allerdings nicht in demselben Umfang erforderlich wie in einem auf eine Bußgeldentscheidung gerichteten Verfahren. Zusageverfahren können zudem ohne die Mitteilung von Beschwerdepunkten durchgeführt werden. Zwar kann die Behörde durch die schnelle Verfahrenseröffnung und die Durchführung eines nicht konfrontativen Verfahrens Beschwerden in ressourcenschonender Weise Rechnung tragen; allerdings sind die verkürzten Entscheidungen auf der Basis von Verpflichtungszusagen effektiv nicht anfechtbar. Daraus erwachsen Risiken sowohl für das von der Untersuchung betroffene Unternehmen (Druck zur Einigung) als auch für andere – insbesondere nicht verfahrensbeteiligte – Marktteilnehmer (Entscheidung zulasten Dritter?). Zugleich beeinträchtigt das Fehlen einer gerichtlichen Überprüfung tendenziell die Rechtssicherheit. Beobachter sehen schließlich eine Tendenz, Zusageverfahren zu nutzen, um Verfahrensergebnisse zu erzielen, deren Durchsetzung in einem konfrontativen, auf eine Bußgeldentscheidung gerichteten Verfahren möglicherweise nicht durchsetzbar wären.⁴⁰⁰ Aus diesen Gründen werden Entscheidungen aufgrund von Verpflichtungszusagen verbreitet als problematisches Instrument angesehen.

507. Fraglich ist auch, ob ein Hauptsacheverfahren in Form eines Zusageverfahrens (Art. 9 VO 1/2003) überhaupt geeignet ist, um den Missbrauchsrisiken im dynamischen Umfeld der digitalen Ökonomie angemessen zu begegnen. Zusageverfahren stehen insbesondere für Fälle zur Verfügung, in denen der Nachweis eines abzustellenden Verstoßes (i. S. v. Art. 7 VO/2003) zu aufwendig wäre, d. h. besonders komplexe Fälle.⁴⁰¹ Allerdings sprechen sich schnell verändernde Marktverhältnisse grundsätzlich gegen die Durchführung eines den Fall abschließenden Hauptsacheverfahrens und damit auch eines Zusageverfahrens, da in einem solchen Fall einerseits nur relativ wenig Zeit zur Ermittlung geeigneter Zusagen bleibt, andererseits aber eine Wiederaufnahme des Verfahrens und Änderung der Entscheidung nur unter engen Voraussetzungen möglich ist.⁴⁰² Davon abgesehen besteht über eine Einholung von Stellungnahmen der Marktteilnehmer hinaus keine Möglichkeit, Zusagen z. B. aufgrund einer Zwischenentscheidung im Markt zu testen.⁴⁰³ Die Schwierigkeiten eines Zusageverfahrens im Bereich der digitalen Ökonomie haben sich auch in dem laufenden Verfahren der Europäischen Kommission gegen Google gezeigt, in dem die Europäische Kommission über den Zeitraum von März 2013 bis Februar 2014 zu mehreren von ihr vorläufig als geeignet angesehenen Zusageangeboten von Google Stellungnahmen eingeholt hat, ohne auf dieser Basis schließlich zu einer Zusagenentscheidung zu gelangen.⁴⁰⁴

508. Im Übrigen sind auch bei Durchführung eines Zusageverfahrens ein tragfähiger Missbrauchsvorwurf und eine Entscheidung vorauszusetzen, die nicht nur auf einem bilateralen Deal zwischen der Behörde und dem unmittelbar betroffenen Unternehmen beruht, sondern alle relevanten Interessen (auch Dritter) berücksichtigt. Zu begrüßen ist vor diesem Hintergrund die zwischenzeitliche Entscheidung, Google förmliche Be-

400 Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 54, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Baden-Baden 2009, Tz. 495 ff.

401 Jaeger in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 67 (Januar 2009), VO 1/2003, Art. 9 Rz. 2.

402 Vgl. Art. 9 Abs. 2 VO 1/2003.

403 Vgl. Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003.

404 Zum Verfahren zur Ermittlung geeigneter Zusagen siehe näher EU-Kommission, Bekanntmachung über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. C 308 vom 20. Oktober 2011, S. 6, Tz. 126 ff., 129 ff.; Antitrust Manual of Procedures, März 2013, Kap. 16, Tz. 43, 45 ff.

schwerdepunkte zuzustellen, in denen die Europäische Kommission ihre Position näher begründet.⁴⁰⁵

509. Anstelle der unmittelbaren Einleitung eines Hauptsacheverfahrens liegt bei schnellen Veränderungen auf dynamischen Märkten zunächst die Anordnung einstweiliger Maßnahmen (Art. 8 VO 1/2003) näher, da i. d. R. schnelles Handeln (Anordnungsgrund) erforderlich ist und eine sachliche Rechtfertigung dadurch besteht, dass Maßnahmen gegenwärtig (ungeachtet später möglicher Entwicklungen) gegenüber einem bestimmten Marktbeteiligten im Vergleich zu einem Unterlassen solcher Maßnahmen vorzuziehen sind (Anordnungsanspruch). Die Anordnungsentscheidung könnte im Rahmen der derzeitigen Rechtslage möglicherweise auch dazu genutzt werden, Abhilfemaßnahmen praktisch zu testen, bevor diese in einer späteren Hauptsacheentscheidung dauerhaft für bindend erklärt werden.⁴⁰⁶

510. Indessen stellt es aus Sicht der Monopolkommission ein allgemeines Defizit der bestehenden Verfahrensregelungen dar, dass keine klare Regelung zum Verhältnis von einstweiligen Maßnahmen und Hauptsacheverfahren zueinander besteht. Die Monopolkommission regt an, das Instrument der einstweiligen Maßnahmen in Missbrauchsfällen in der digitalen Ökonomie stärker einzusetzen. Sie schlägt vor, als Test für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen darauf abzustellen, ob im Markt wesentliche Veränderungen (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a VO 1/2003) schon innerhalb von zwei Jahren, einem häufig gewählten Beurteilungszeitraum für absehbare Wettbewerbsentwicklungen, zu erwarten sind. Eine Entscheidung kann in einem solchen Verfahren unter Umständen ebenfalls auf Basis angebotener Verpflichtungszusagen erlassen werden.⁴⁰⁷ Sie sollte aber immer zeitlich begrenzt sein.

511. Ferner ist es aus Sicht der Monopolkommission unabdingbar, im Hauptsacheverfahren stärker dem Risiko Rechnung zu tragen, dass sich der Abschluss des Zusagenverfahrens – selbst bei ergänzenden Eilmaßnahmen – letztlich übermäßig verzögern und es dadurch zu einer dauerhaften Schädigung der Marktstrukturen kommen kann. Eine solche Schädigung dürfte sich regelmäßig besonders auf Dritte auswirken, die nicht verfahrensbeteiligt waren und deren Interessen im Verfahren nicht berücksichtigt wurden.

512. Verfahrensverzögerungen kommen dem Unternehmen, gegen welches das Verfahren geführt wird, in der Regel entgegen. Zum einen ist es grundsätzlich nicht gehindert, das ihm vorgeworfene Verhalten während des Verfahrens fortzusetzen. Zum anderen ist die Gefahr für die Dauer des Verfahrens zumindest gemindert, dass Dritte Schadenersatz wegen des Verhaltens verlangen, da jene Dritte im Regelfall das Verfahrensergebnis abwarten werden.

513. Das spricht für eine Verfahrensgestaltung, bei welcher über die Zeit der Druck auf das betreffende Unternehmen erhöht wird, etwaige Komplikationen auszuräumen und zu einer möglichst schnellen Verfahrensbeendigung beizutragen. Ein geeignetes Mittel hierzu könnte es sein, dass das Zusagenverfahren, sofern Zusagen angeboten werden, automatisch ein Jahr nach Abgabe der Zusagen und zuvor jederzeit auf begründeten An-

405 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 15. April 2015, IP/15/4780.

406 Ein „Markttest“ ist zwar bereits nach Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003 möglich, doch handelt es sich hier nur um die Möglichkeit zur Abgabe von Bemerkungen zu abgegebenen Verpflichtungszusagen und nicht um deren praktische Umsetzung für Testzwecke.

407 Art. 8 VO 1/2003 schließt dürfte eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht ausschließen; vgl. Jaeger in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 67 (Januar 2009), Art. 8 VO 1/2003, Rz. 9 (umstritten).

trag Dritter in ein Abstellungs- und Bußgeldverfahren nach Art. 7, 23 VO 1/2003 überleitet wird, wenn die Zusagen nicht vor Fristablauf durch eine Kommissionsentscheidung für verbindlich erklärt werden. Davon abgesehen sollte das Verfahren nach Ablauf einer absoluten Entscheidungsfrist (z. B. drei Jahre) automatisch in ein Abstellungs- und Bußgeldverfahren übergehen, nach deren Ablauf eine auf Verpflichtungszusagen gestützte einvernehmliche Lösung endgültig ausschiede. Schließlich sollte für die Kartellbehörde die Möglichkeit geschaffen werden, eine befristete Umsetzung von Zusagen durch Zwischenentscheidung anordnen zu können.

8.2.2 Verbesserung des Schutzes marktrelevanter Individualrechte

514. Die Monopolkommission hält es für unverzichtbar, dass die zuvor angesprochenen wettbewerbsbezogenen Maßnahmen durch darüber hinausgehende Maßnahmen zur Verbesserung der Durchsetzbarkeit der Individualrechte von Nutzern und Inhalteanbietern innerhalb der digitalen Ökonomie ergänzt werden.⁴⁰⁸ Die rechtswidrige Ausbeutung fremder Daten und Inhalte kann nach Auffassung der Monopolkommission zwar auch einen Marktmachtmissbrauch begründen.⁴⁰⁹ Eine Behebung von Rechtsschutzdefiziten bei Daten und Inhalten sollte aber nicht primär über das Wettbewerbsrecht, sondern über eine Verbesserung der Möglichkeiten der Marktteilnehmer zur Durchsetzung marktrelevanter Individualrechte erfolgen.

8.2.2.1 Missbrauchspotenzial durch die rechtswidrige Ausbeutung fremder Inhalte und Daten

515. Die Ausbeutung fremder Inhalte und Daten ist ein wettbewerbsrelevantes Verhalten. Die Nutzung fremder Inhalte und Daten im Rahmen des eigenen Angebots von Internetdiensten ist wettbewerbskonform, wenn sie berechtigt stattfindet. Dagegen kann eine rechtswidrige Nutzung fremder Inhalte und Daten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nach Ansicht der Monopolkommission wettbewerbsrechtlich (kartellrechtlich) problematisch sein, zumindest wenn sie mit einer Behinderung von Wettbewerbern oder einer Ausbeutung anderer Marktteilnehmer einhergeht.⁴¹⁰

516. Bestehende Urheberrechte, die Regeln des lautereren Wettbewerbs und Datenschutzregeln können – auch – durch wirtschaftliches Handeln im Internet verletzt werden. Marktmächtige Unternehmen können solche Verhaltensweisen zur Festigung ihrer Marktposition einsetzen. Als Beispiele hierfür kommen in Betracht:

- die Anzeige geschützter Inhalte von Büchern/Bildern im Rahmen von vertikalen Suchergebnissen oder in sozialen Netzwerken (Verstoß gegen Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte?);
- die Sammlung personenbezogener Daten durch Anbieter von Internetdiensten (Suchmaschinen, sozialen Netzwerken, Handelsplattformen), aber auch beispielsweise die automatisierte Preisdifferenzierung bei Internetangeboten⁴¹¹ (Verstoß gegen Datenschutzvorschriften?);

408 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 65 (zum Datenschutz); zustimmend Bundesregierung, Stellungnahme zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission 2012/2013, BT-Drs. 18/4721, Tz. 13 (speziell in Bezug auf den Datenschutz).

409 Dazu siehe schon oben Tz. 247 (zum Scraping).

410 Ansonsten kann ein Rechtsbruch ein unlauteres Wettbewerbsverhalten darstellen (§ 4 Nr. 11 UWG).

411 Vgl. Ohrtmann/Schwiering, NJW 2014, 2984 (2988).

- die Nachahmung konkurrierender Dienste/irreführende Anzeige von Suchergebnissen durch Suchmaschinenbetreiber zur Umlenkung des Datenverkehrs (Verstoß gegen UWG?).

Derartige Rechtsverstöße sind zurzeit praktisch relevant, soweit es um den von der EU-Kommission geprüften Vorwurf geht, Google übernehme missbräuchlich die Originalinhalte konkurrierender Internetdienste in die Anzeigeergebnisse seiner eigenen Suchdienste (sogenanntes Scraping).⁴¹²

517. Marktmachtmissbräuche durch den Bruch nicht-kartellrechtlicher und insbesondere nationaler Vorschriften sind in der europäischen Entscheidungspraxis bislang nur selten geprüft worden. Es ist aber anerkannt, dass das EU-Recht nur den leistungsgerechten Wettbewerb schützt und dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung nicht dadurch missbrauchen darf, dass es sich durch gesetzwidriges bzw. irreführendes Vorgehen einen Vorteil verschafft, der ihm den Ausschluss wirksamen Wettbewerbs ermöglicht.⁴¹³ Dies ist auch das Verständnis der Literatur.⁴¹⁴ Ein solches Vorgehen geht über den bloßen Rechtsverstoß hinaus, der im Rahmen einer zivilgerichtlichen Schadenersatzklage auch gegenüber einem beliebigen nicht marktbeherrschenden Unternehmen geltend gemacht werden kann.

518. Dass im Verstoß gegen Rechtsvorschriften (zugleich) ein Marktmachtmissbrauch liegen kann, entspricht der ständigen Rechtsprechung deutscher Gerichte. Das gilt insbesondere für die Verletzung wettbewerbsbezogener Vorschriften.⁴¹⁵ Auch unabhängig hiervon kann der Einsatz gesetzwidriger Vertragsklauseln missbräuchlich sein, zumindest wenn er Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Marktüberlegenheit des Verwenders ist.⁴¹⁶ Ein Missbrauch in Form einer unbilligen Behinderung ist zudem aufgrund einer Interessenabwägung festzustellen, bei der alle Belange in die Bewertung einzubeziehen sind, die nicht auf einen gesetzwidrigen Zweck gerichtet sind.⁴¹⁷ Dabei können auch gesetzlich anerkannte Rechte den Handlungsspielraum eines marktbeherr-

412 Dazu siehe schon oben Tz. 176.

413 EuG, Urteil vom 1. Juli 2010, T-321/05 – AstraZeneca, Slg. 2010, II-2805, Rz. 355, bestätigt durch: EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, C-457/10 – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, siehe insbesondere Rz. 149 f.; vgl. auch: EuG, Urteil vom 12. Juni 2014, T-286/09 – Intel, Rz. 219; EuG, Urteil vom 17. September 2007 – T-201/04 – Microsoft, Rz. 1070, zum Schutz des leistungsgerechten Wettbewerbs.

414 Siehe nur: Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV, Rz. 291 (zur Koppelung); Brand in FK, Art. 82 (Missbrauch), Rz. 530; Eilmannsberger in: Münchener Kommentar, 1. Aufl. 2007 Art. 82 EG, Rz. 553 ff. (der allerdings Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch fordert).

415 BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, Rz. 76 (Verstoß gegen § 46 Abs. 1 EnWG) (zit. nach Juris); BGH, Urteil vom 7. Februar 2006, KZR 33/04 – Probeabonnement, WuW 2006, 1029, Rz. 17 (Verstoß gegen UWG); BGH, Urteil vom 22. Juli 1999, KZR 13/97 – Kartenlesegerät, WuW 1999, 1106 (Irreführung/Verstoß gegen UWG).

416 BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR – 58/11 – VBL Gegenwert, WuW 2014, 57, Rz. 65; ähnlich in der Sache schon BGH, Urteil vom 16. Dezember 1986, KZR 36/85 – Taxizentrale Essen, WuW/E BGH 2341, 2342 f.

417 Siehe nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2012, VI – Kart 5/11 (V), Rz. 44 (zit. nach Juris).

schen Unternehmens beschränken.⁴¹⁸ Daher kann die Verletzung solcher Rechte auch im Sinne der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle missbräuchlich sein.

519. Allerdings handelt es sich beim Marktmachtmissbrauch durch Rechtsbruch nicht um eine einheitliche Fallgruppe, da in den bisher entschiedenen Fällen typischerweise besondere Umstände vorlagen, aufgrund derer der Rechtsverstoß wettbewerbsrelevant war. Offen ist, ob eine Prüfung im Einzelfall erforderlich ist, inwieweit der betreffende Rechtsbruch die Voraussetzungen eines Marktmachtmissbrauchs erfüllt (strukturelle Schwächung des Marktes/Abweichung vom normalen Wettbewerbsverhalten/Wettbewerbsbeschränkung). Zudem sind für einen Verstoß im Lauterkeitsrecht möglicherweise engere Voraussetzungen als im Kartellrecht anzunehmen.

520. Es ist bereits dargelegt worden, dass ein Marktmachtmissbrauch allgemein zwei Voraussetzungen hat. Zum einen muss die Marktstruktur wegen der Anwesenheit des betreffenden Unternehmens geschwächt sein. Zum anderen muss das Unternehmen ein Verhalten zeigen, das von einem normalen Wettbewerbsverhalten abweicht und den Wettbewerb zusätzlich beschränkt.⁴¹⁹

521. Für den Zweck der vorliegenden Prüfung ist zu unterstellen, dass der betreffende Markt im Sinne der allgemeinen Missbrauchsdefinition der europäischen Rechtsprechung durch die Anwesenheit des jeweiligen Plattformbetreibers strukturell geschwächt ist.

522. Ein vom normalen Wettbewerbsverhalten abweichendes Verhalten kann vorliegend im Verstoß gegen Urheberrecht, Lauterkeitsrecht und/oder Datenschutzvorschriften bestehen. Dass ein solches Verhalten weit verbreitet ist, steht nicht entgegen, da der gesetzliche Handlungsspielraum für Unternehmen nicht dadurch erweitert wird, dass andere Marktteilnehmer ihre Rechte nicht erfolgreich gegen sie durchsetzen (können).⁴²⁰

523. Fraglich könnte allenfalls sein, ob der Rechtsverstoß einen ausreichenden Wettbewerbsbezug aufweist. Ein besonderer Wettbewerbsbezug könnte deshalb erforderlich sein, weil bei einem Verstoß gegen wettbewerbsneutrale Rechtsnormen fraglich sein mag, ob ein vom normalen Wettbewerbsverhalten abweichendes Verhalten vorliegt. Aus Sicht der Monopolkommission spricht gegen diese Erwägung, dass es wettbewerbsrechtlich allein darauf ankommen sollte, ob das beherrschende Unternehmen den Rechtsverstoß tatsächlich zur Behinderung oder Ausbeutung einsetzen kann. Diese Frage kann jedoch offenbleiben, weil sich ein ausreichender Wettbewerbsbezug in den hier relevanten Fällen aus Sicht der Monopolkommission bejahen lassen dürfte:

- Die Einbindung geschützter Inhalte in Suchergebnisse unter Verstoß gegen Urheber- und Leistungsschutzrechte sowie den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz dürfte in jedem Fall einen hinreichenden Wettbewerbsbe-

418 BGH, Urteil vom 10. Februar 1987, KZR 43/85 – Handtuchspender, WuW/E BGH 2368, 2369 (zu Warenzeichen); BGH, Beschluss vom 25. Oktober 1988, KVR 1/87 – Lüsterbehangsteine, WuW/E BGH 2535, 2541 (zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz); ähnlich BGH, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 10/94 – Importarzneimittel, WuW/E BGH 2990, 2997 (Eingriff in die nach § 129 SGB V den Endabnehmern zustehende Nachfrageentscheidung).

419 EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 123; dazu schon oben Tz. 493.

420 Vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 1988, KVR 1/87 – Lüsterbehangsteine, WuW/E BGH 2535, 2540.

zug aufweisen, weil die betreffenden Rechte gerade die wirtschaftliche Nutzung und Verwertung der geschützten Inhalte betreffen.⁴²¹

- Fraglich kann der Wettbewerbsbezug sein, soweit es um die möglichen Datenschutzverstöße der Betreiber von Internetplattformen geht.⁴²² Allerdings lässt sich auch in diesem Fall ein Wettbewerbsbezug bejahen, da das Datenschutzrecht dem Berechtigten letztlich die Entscheidungsgewalt über seine Daten zuweist.

524. Deshalb ist weiter zu untersuchen, inwieweit mit dem betreffenden Rechtsverstoß tatsächlich Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können. Wettbewerbsbeschränkungen kommen nur im Fall einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf der Basis von Angebot und Nachfrage in Betracht. Eine solche wirtschaftliche Tätigkeit lässt sich nicht isoliert darin sehen, dass ein Unternehmen einen Rechtsbruch begeht. Dagegen ist die wirtschaftliche Verwertung der durch den Rechtsbruch erlangten Daten und Inhalte durchaus eine wirtschaftliche Tätigkeit.

525. Ein Missbrauch könnte bei einer durch Netzwerkeffekte geprägten Internetplattform darin liegen, dass das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten die Möglichkeit schafft, den Markt zu seinen Gunsten zu „kippen“ bzw. seine Stellung auf einem solchen Markt weiter zu festigen.⁴²³ Dies dürfte sich bezüglich der Verwertung geschützter Inhalte und Daten zumindest im Einzelfall bejahen lassen. Denn nicht zuletzt die jeweiligen Inhalte und Daten können erheblich dazu beitragen, die betreffende Internetplattform für Nutzer attraktiver zu machen (z. B. Einbindung von Textausschnitten, Bildern oder Videoclips). Daneben wird vorgebracht, dass zumindest einzelne beherrschende Plattformen ihre exklusive Möglichkeit zur Nutzung von Daten und Inhalten ergänzend dadurch absichern, dass sie den Erwerb von Daten und Inhalten durch Wettbewerber aktiv behindern.

526. Fraglich bleibt aus rechtlichen Gründen allenfalls, ob ein auf einem Rechtsverstoß beruhender Missbrauch deshalb ohne Kartellrechtsrelevanz sein könnte, weil dieser Missbrauch nicht notwendig auch kausal auf eine marktbeherrschende Stellung zurückzuführen ist. Kausalität besteht in den relevanten Fällen nicht primär zwischen Marktmacht und missbräuchlichem Verhalten, sondern unter Umständen nur zwischen dem Rechtsbruch und der mit der Verwertung der erlangten Inhalte bzw. Daten einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung. Insofern liegt der Einwand nahe, das marktbeherrschende Unternehmen könne dasselbe Geschäftsmodell auch unabhängig von seiner beherrschenden Marktstellung auf den Märkten für Online-Werbung verfolgen. Der kartellrechtliche Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sei folglich nicht gerechtfertigt. In diesem Licht ist wohl auch die Formulierung der deutschen Rechtsprechung zu verstehen, der Missbrauch müsse (nach deutschem Recht) „Ausfluss“ der beherrschenden Stellung sein.⁴²⁴

421 Allerdings sind Inhalte als solche gegen die Ausnutzung durch Wettbewerber nicht geschützt, sofern dabei keine Schutzrechte oder technischen Schutzvorkehrungen umgangen werden; vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2014, I ZR 224/12 – Flugvermittlung im Internet, NJW 2014, 3307.

422 Ablehnend OLG Frankfurt/M., Urteil vom 29. Oktober 1996, 11 U (Kart) 44/95 – Teleauskunft-CD-ROM, WRP 1996, 1175, 1189 f.; offengelassen in BGH, Urteil vom 6. Mai 1999, I ZR 199/96 – Tele-Info-CD.

423 EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 20.

424 Siehe oben Tz. 518; zur erforderlichen Kausalität nach deutschem Recht siehe allgemein auch BGH,

527. Doch setzt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – zusätzlich zu einer Abweichung vom normalen Wettbewerbsverhalten – nach der EU-Rechtsprechung nicht voraus, dass das missbräuchliche Verhalten gerade auf der Marktstellung des betreffenden Unternehmens beruht. Hierin zeigt sich die von der Rechtsprechung angenommene „besondere Verantwortung“ marktbeherrschender Unternehmen, die über die wettbewerbsrechtliche Verantwortung ihrer Mitbewerber hinausgeht.⁴²⁵ Die abweichende Auslegung des deutschen Rechts dürfte in den hier relevanten Fällen zumindest deshalb unerheblich sein, weil ein Binnenmarktbezug im Regelfall vorliegen und damit das keine Kausalität fordernde EU-Recht anzuwenden sein dürfte. Damit kann das wettbewerbsbeschränkende Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens auch dann missbräuchlich sein, wenn es nicht auf der beherrschenden Stellung beruht.

528. Eine Rechtfertigung durch überwiegende Verbrauchervorteile ist fraglich. Die Verbraucher haben zwar unmittelbar den Vorteil, Internetdienste unentgeltlich zu nutzen und dabei unter Umständen auch unentgeltlich auf geschützte Inhalte zurückzugreifen (= kurzfristiger Vorteil). Dem steht allerdings die Möglichkeit gegenüber, dass sich beherrschende Plattformen durch die Erweiterung des Dienstangebots langfristig effektiv gegen den Wettbewerb abschotten können (= Risiko langfristiger Nachteile).

8.2.2.2 Weiterentwicklung und Durchsetzung der Individualrechte von Marktteilnehmern

529. Die Möglichkeit zu einem Missbrauch von Marktmacht durch Rechtsbruch beruht nach den voranstehenden Ausführungen entscheidend darauf, dass andere Marktteilnehmer ihre Rechte nicht gegen den Missbrauch schützen können (Durchsetzungsproblem). Dieses Problem sollte allgemein und nicht nur mit Blick auf das Verhalten marktmächtiger Unternehmen angegangen werden.

530. Ein Risiko, das ein unzureichender Schutz der Individualrechte von Marktteilnehmern Marktmachtmissbräuche begünstigt, dürfte allgemein immer dann bestehen, wenn Internetdienstleister strukturelle Vorteile daraus gewinnen, dass andere Marktteilnehmer ihre Rechte (insbesondere Urheber- und Persönlichkeitsrechte) nicht effektiv wahrnehmen können, und dass die Dienstleister diese Vorteile aktiv zur Festigung ihrer Marktstellung und zur Abschottung gegen vorstoßenden Wettbewerb einsetzen können.⁴²⁶

531. In diesen Fällen ist es erforderlich, einen Ausgleich zwischen den wettbewerbslichen Interessen der in der digitalen Ökonomie tätigen Diensteanbieter (weiter Datenzugriff) und den gegenläufigen außerwettbewerblichen Interessen von Urheberrechtsinhabern und Verbrauchern (Verhinderung eines weiten Datenzugriffs) herbeizuführen. Demgegenüber erscheinen bisweilen erhobene Forderungen, den Schutzzumfang von zentralen Urheber- und Persönlichkeitsrechten im Internet zu reduzieren, problematisch.⁴²⁷ Abgesehen vom Datenschutz betrifft dies insbesondere den Schutz von Urheberrechten und allgemeinen Verbraucherrechten.

Urteil vom 4. November 2003, KZR 16/02 – Strom und Telefon I, BGHZ 156, 379 = WuW/E DE-R 1206 f.; KG, Urteil vom 26. Januar 1977, Kart 27/76 – Kombinationstarif, WuW/E OLG 1767, 1771.
425 EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, 3461, Rz. 57; dazu auch BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07 – Soda Club II, Rz. 37.
426 Siehe oben Tz. 76, 101 ff., 306 ff. (zum Datenschutz), Tz. 247, 284 ff. (zu Urheberrechten u. ä.).
427 Dazu entsprechend schon oben Tz. 94 (zum Datenschutz).

532. Die Monopolkommission hat im vorliegenden Gutachten an verschiedenen Stellen Empfehlungen dazu abgegeben, wie der Rechtsschutz für Rechteinhaber und Verbraucher im Internet gestärkt werden kann. Diese Empfehlungen betreffen namentlich:

- das Datenschutzrecht;⁴²⁸
- das Urheberrecht;⁴²⁹
- das Verbraucherschutz- bzw. Zivilrecht⁴³⁰ und
- die Medienregulierung.⁴³¹

Die Monopolkommission hat in diesem Rahmen auch bereits getroffene oder geplante Maßnahmen gewürdigt.

533. Bereits zuvor hat die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass eine verstärkte Kooperation der zuständigen Behörden bei der Durchsetzung des bestehenden Rechts erforderlich ist.⁴³² Ein entsprechender Austausch erscheint ebenso zwischen den deutschen und europäischen Stellen bei der Anpassung des Rechtsrahmens geboten und findet auch bereits statt.⁴³³

428 Siehe oben Tz. 92 ff., 165 f., 282 f., 441.

429 Siehe oben Tz. 282 f., 284 ff.

430 Siehe oben 336 ff.

431 Siehe oben Tz. 169 f.; dazu auch noch unten Tz. 565 ff.

432 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 66; zustimmend Bundesregierung, Stellungnahme zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission 2012/2013, BT-Drs. 18/4721, Tz. 14.

433 Vgl. zuletzt EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM(2015) 192 final, Mitteilung vom 6. Mai 2015, insbesondere S. 20 ff.

9. Der Einfluss der Digitalisierung in anderen Wirtschaftsbereichen

534. Die Digitalisierung der Wirtschaft umfasst nicht nur die Entwicklung der in diesem Gutachten vorrangig behandelten Plattformdienste, sondern greift erheblich weiter. Es kommt durch die Digitalisierung zu vielfältigen Formen der Vernetzung zwischen der digitalen Ökonomie und der sonstigen Wirtschaft, z. B.:

- Abwicklung des Warenhandels und der Erbringung von Dienstleistungen über Handelsplattformen (z. B. Amazon Marketplace, eBay), Buchungsportale (z. B. HRS, Kayak) und andere digitale Kanäle;
- kommerzielle Erschließung von Leistungen zwischen Verbrauchern über die Nutzer-zu-Nutzer-Plattformen der Anbieter von sogenannten Share-economy-Diensten, insbesondere soweit das Angebot der Share-economy-Dienste im Wettbewerb zum Angebot herkömmlicher Leistungserbringer steht (z. B. Uber/Taxi, Airbnb/Hotels, FinTechs/Banken);
- Weiterentwicklung von Medien und Kommunikationsdiensten, die das Inhalteangebot erweitern (sogenannte neue Medien) und die ihrerseits vielfach in den Wettbewerb zu bestehenden Medien und Diensten treten (Streamingdienste/Rundfunk, Ebooks/Bücher, Whatsapp/Skype/Telefonie);
- Digitalisierung von Produktionsprozessen (sogenannte „Industrie 4.0“);
- Entwicklung und Vermarktung intelligenter Geräte (Internet der Dinge, z. B. „Smart Home“-Anwendungen u. ä.).

535. Es sind jedoch nicht allein Märkte für Waren und Kundendienstleistungen, die sich im Bereich der digitalen Wirtschaft erweitern. Dieselbe Entwicklung zeigt sich – allerdings noch in geringerem Umfang – auf den Arbeitsmärkten. Es wird davon ausgegangen, dass es in vielen Bereichen der Arbeit künftig zu immer stärkerer Arbeitsteilung kommen wird, dass für die Arbeitstätigkeit die Bedeutung von Qualifikationen zunehmen und die Bedeutung z. B. geographischer oder sprachlicher Barrieren, insbesondere dort, wo es auf gute Ausbildung und hohe Motivation ankommt, abnehmen wird. Der Bildungspolitik dürfte folglich eine zentrale Rolle zufallen, um den deutschen Wirtschaftsstandort für international tätige Unternehmen als potenzielle Arbeitgeber auf längere Sicht attraktiv zu gestalten.⁴³⁴

536. Die Monopolkommission konzentriert sich in diesem Gutachten auf die wettbewerbspolitischen Implikationen der Marktaktivität von Internetplattformen und nimmt keine vertiefte Untersuchung darüber hinausreichender Fragen vor. Dies beruht auf der Erwägung, dass internetspezifische Wettbewerbsprobleme in Bezug auf Plattformdienste bereits Anlass zu kartellbehördlichen Verfahren gegeben haben, die übrige Marktentwicklung hingegen stark im Fluss ist und von der Monopolkommission zunächst lediglich weiter beobachtet werden sollte. Im vorliegenden Kapitel arbeitet die Monopolkommission gleichwohl allgemeine Grundsätze heraus, die aus ihrer Sicht bei der politischen Begleitung der Digitalisierung der Wirtschaft zu beachten sind.

537. Diese Grundsätze betreffen vier Bereiche:

⁴³⁴ Dazu siehe etwa BIBB, Pressemitteilung 14/2015 vom 15. April 2015; Bos u. a., International computer and information literacy study (IEA-Studie), Nationaler Bericht (2014), http://www.waxmann.com/fileadmin/media/zusatztexte/ICILS_2013_Berichtsband.pdf, Abruf am 14. Mai 2015.

- die Notwendigkeit von Anpassungen des Regulierungsrahmens, soweit neuartige Anbieter mit innovativen Geschäftsmodellen (z. B. in der sharing economy) oder Produkten in regulierte Märkte drängen (dazu Abschnitt 9.1);
- die Frage, ob eine zusätzliche Regulierung für Anbieter mit innovativen Geschäftsmodellen bzw. Produkten erforderlich ist, nachdem diese sich in den Markt eingetreten sind (hier speziell für den Medienbereich) (dazu Abschnitt 9.2);
- den Umgang durch Politik und Verwaltung mit notwendigen Anpassungen, die bestehende Anbieter an herkömmlichen Geschäftsmodellen und Produkten vornehmen, um in der digitalen Ökonomie dauerhaft konkurrenzfähig zu bleiben (hier speziell für den Bereich der sogenannten „Industrie 4.0“) (dazu Abschnitt 9.3); und zuletzt
- die staatliche Förderung innovativer Geschäftsmodelle dort, wo es zu einem Versagen des Wettbewerbs kommt (dazu Abschnitt 9.4).
- In den ersten beiden Bereichen ist das Bestreben der Politik in Deutschland bisher überwiegend vom Schutz vorhandener Marktstrukturen geprägt. Dagegen zielt die Politik in den letzten beiden Bereichen auf eine aktive Begleitung der weiteren Marktentwicklung.

9.1 Notwendige Anpassungen des Regulierungsrahmens

538. Das Internet ermöglicht die Neuentwicklung und Ausdifferenzierung von Geschäftsmodellen. Aufgrund der damit verbundenen Verringerung von Transaktionskosten kann die Wirtschaft die Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen in immer individualisierter Weise erfüllen. Ebenso können Verbraucher selbst zu Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Internet und über das Internet auch in sonstigen Wirtschaftsbereichen werden.

539. Daraus hat sich eine Wirtschaft des Teilens entwickelt (die schon erwähnte sogenannte sharing economy). Als Beispiele sind, wie erwähnt, insbesondere die Vermittlung von privat an privat von Wohnungs-/Hotel- und Transportdiensten zu nennen (Airbnb, Uber u. a.), die eigene Entwicklung von Medieninhalten durch die Internetnutzer in Blogs bzw. auf Videokanälen wie Youtube oder verbrauchergenerierte Finanzdienstleistungen (peer-to-peer lending, crowd financing). Diese Dienste werden zum überwiegenden Teil über Internet-Plattformen angeboten. Als Anbieter kann sich nahezu jedermann am Waren- und Leistungsaustausch beteiligen.

540. Das Internet eröffnet nicht zuletzt weitere Dimensionen des Wettbewerbs. Im räumlichen Zusammenhang erweitert das Internet die Märkte, indem es Nachfrager in die Lage versetzt, grundsätzlich jedes im Netz vorhandene Angebot zu nutzen. Dadurch können Angebote in Marktnischen erbracht werden, in denen die erreichbare Nachfragergruppe bei einem nicht internetbasierten Angebot zu klein bzw. zu verstreut wäre. Außerdem kommt es in immer größerem Ausmaß zum Wettbewerb zwischen internetbasierten und nicht internetbasierten Waren- und Leistungsangeboten. Die Marktentwicklung wird jedoch in vielen Fällen durch regulatorische Schranken behindert. Die neuen Geschäftsmodelle treffen auf einen Regulierungsrahmen, der in räumlicher, sachlicher und auch zeitlicher Hinsicht nicht an die Marktentwicklung angepasst ist.

541. In räumlicher Hinsicht wird die Entwicklung eines digitalen Binnenmarktes durch verschiedene Faktoren beeinträchtigt. So sind die Telekommunikations- und Medienregulierung und die Frequenzvergabepraxis aus Sicht der Europäischen Kommission noch nicht hinreichend harmonisiert, um den grenzüberschreitenden Ausbau der Netzinfrastruktur und ihre grenzüberschreitende Nutzung optimal zu ermöglichen. Der grenzüberschreitende elektronische Handel (E-Commerce) habe sich bislang nicht zufriedenstellend entwickelt. Die Europäische Kommission verweist beispielhaft darauf, dass zwar 44 Prozent der EU-Verbraucher im Jahr 2014 den Online-Handel nutzten, aber dass nur 15 Prozent Waren aus anderen EU-Ländern kauften.⁴³⁵ Es bedürfe insofern einer stärkeren Harmonisierung von Vertrags- und Verbraucherschutzvorschriften und einer effizienteren und bezahlbaren Paketauslieferung.⁴³⁶ Außerdem werden Defizite bei der Entwicklung europaweiter Mindeststandards für den Datenschutz und für den grenzüberschreitenden Verkehr urheberrechtlich geschützter Werke gesehen. Schließlich stellten auch die Kosten und die Komplexität der bestehenden Regelungen zur Mehrwertsteuer ein großes Problem für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) im grenzüberschreitenden Handel dar.⁴³⁷

542. In sachlicher Hinsicht zeigt sich, dass vorhandene Regelungen Anbieter mit innovativen Geschäftsmodellen möglicherweise ungerechtfertigt am Marktzutritt hindern. Dem gegenüber können auch etablierte Geschäftsmodelle aufgrund von bestehender Regulierung gegenüber neuen Geschäftsmodellen nicht oder nur noch eingeschränkt wettbewerbsfähig sein. Aus Sicht der Monopolkommission ist es notwendig, im Einzelfall zu analysieren, ob vor dem Hintergrund der technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen die Regulierung der etablierten Geschäftsmodelle jeweils weiterhin notwendig ist und welcher Regulierung die neuen Geschäftsmodelle gegebenenfalls zu unterwerfen sind, um ein level playing field zu schaffen.

543. Regulatorische Beschränkungen für den Marktzutritt neuartiger Anbieter sind in der letzten Zeit insbesondere in den nachfolgend genannten Bereichen erkennbar geworden:

- Share-economy-Transportdienste (z. B. Uber, Wundercar): Behinderung des Wettbewerbs durch nicht vereinheitlichte Regulierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs und durch Beschränkungen, die den Zutritt zum Taximarkt behindern (z. B. Konzessionsbeschränkungen, Rückkehrpflichten, umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung). Diese Beschränkungen sind – zumindest im gegebenen Umfang – mit Blick auf die ordnungspolitischen Ziele der Taxiregulierung nicht erforderlich.⁴³⁸ So ist zu beachten, dass auf Taximärkten neue Technologien wie Smartphone-Applikationen (Apps) zum Abbau von Informationsasymmetrien beitragen.⁴³⁹ Smartphone-Apps ermöglichen z. B. neben der reinen Taxivermittlung eine Bewertung von Taxifahrten und eine Vorabkalkulation des ungefähren Fahrpreises. Navigationsgeräte, die heute auch bei Taxis überwiegend anzutreffen sind, sollten den Nachweis umfangreicher Ortskenntnisprüfungen überflüssig

435 EU-Kommission, Factsheet: Why we need a Digital Single Market; http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-factsheet_en.pdf, Abruf am 30. März 2015; ähnlich Kommissarin Vestager, Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce, Rede vom 26. März 2015, SPEECH/15/4704.

436 Hierzu vgl. auch die Empfehlungen der Monopolkommission in diesem Gutachten, Tz. 441 ff.

437 EU-Kommission, Strategie für den digitalen Binnenmarkt: Europäische Kommission vereinbart Tätigkeitsbereiche, Pressemitteilung IP/15/4563 vom 25. März 2015.

438 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 218 ff.

439 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 235.

machen und die Fahrgäste vor einer Übervorteilung aufgrund fehlender Ortskenntnisse schützen.

- Share-economy-Wohn- und Übernachtungsdienste (z. B. Airbnb): Behinderung des Wettbewerbs durch restriktive Wohn- und Bauregulierung (Zweckentfremdungsverbote u. a.), soweit diese auch die gelegentlichen Bereitstellungen von Wohnraum an Dritte ohne Abwägung mit den Belangen des Wettbewerbs ausschließt. Derartige Vorschriften dürften ebenfalls über das Erforderliche hinausgehen. Die Maßnahmen zur Sicherstellung der Wohnraumversorgung der Bevölkerung sollten vor dem Hintergrund der genannten neuen Geschäftsfelder neu adjustiert werden.
- Buchpreisbindung (Selbstverlag, Ebooks): Behinderung des Wettbewerbs, soweit Selbstverlagsprodukte und E-Books denselben Vorgaben wie die herkömmlichen Printangebote der Verlage unterworfen werden. Die Buchpreisbindung schützt Buchhandlungen und Verlage dadurch, dass sie den Preiswettbewerb für Bücher im Geltungsbereich des Gesetzes ausschließt. Derartige Preisbindungen führen jedoch zu erhöhten Verbraucherpreisen und sind aus wettbewerbspolitischer Sicht grundsätzlich kritisch zu sehen, sofern die Preiserhöhung nicht in angemessener Weise den Verbrauchern zugutekommt.⁴⁴⁰ Die Monopolkommission hatte deshalb bereits die bestehende Buchpreisbindung als verfehlt angesehen und hält ungeachtet der darauf bezogenen aktuellen Gesetzgebungsvorhaben an ihrer kritischen Auffassung fest.⁴⁴¹
- Streamingdienste (z. B. Netflix): Behinderung des Wettbewerbs durch rundfunkrechtliche Beschränkungen und Rundfunkbeihilfen. Medienangebote sind aus Nutzersicht zunehmend untereinander austauschbar. Die Marktgrenzen werden diffuser. Die Medienregulierung mag ursprünglich aufgrund der Knappheit von Frequenzen und zur Sicherstellung der Meinungsvielfalt erforderlich gewesen sein. Die Monopolkommission hat sie gleichwohl im XVI. Hauptgutachten als überschießend kritisiert.⁴⁴² Diese Regulierung ist grundlegend zu überarbeiten.
- Crowdfinanzierung und Zahlungsdienste (z. B. sofortüberweisung.de): Etwaige Behinderungen solcher Dienste, die sich durch die Banken- und Finanzmarktregulierung ergeben, können aufgrund der nötigen Sicherung der Anbieter- und Finanzmarktstabilität gerechtfertigt sein, auch wenn die Regulierung aufgrund der damit verbundenen Belastungen insgesamt zu weit gehen dürfte.⁴⁴³ Ein unabhängig von der Regulierung bestehendes Problem ist, dass Banken Zahlungsdienste möglicherweise auch durch Kartellvereinbarung abschotten, wozu das Bundeskartellamt zurzeit Ermittlungen durchführt.⁴⁴⁴

440 Vgl. EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. L 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 48, 223 (Kernbeschränkung) und Tz. 225 (Rechtfertigung).

441 Vgl. Monopolkommission, XIII. Hauptgutachten, a. a. O., Rz. 691 ff., XIV. Hauptgutachten, Netzettbewerb durch Regulierung, Baden-Baden 2003, Tz. 681 f. Es ist zurzeit geplant, die Buchpreisbindung auf auf E-Books zu übertragen, was aufgrund des Binnenmarktbezugs des Vertriebs von E-Books jedoch nicht ohne Weiteres mit dem EU-Recht vereinbar sein dürfte; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung IP/02/461 vom 22. März 2002, Anhang.

442 Zuletzt Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 104 ff., 742 ff.

443 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1744 ff.

444 Vgl. das laufende Verfahren BKartA, B4-71/10 – Sofort AG bzw. Banken AGB.

Die angesprochenen Beschränkungen wirken in den genannten Fällen zumeist zugunsten lokaler, etablierter Anbieter (z. B. Taxen, Hotels, lokaler Handel bzw. Buchhandel) und behindern die Befriedigung einer zunehmend überregionalen Nachfrage, die letztlich zur Entwicklung der neuartigen Internetanbieter geführt hat. Damit wird auf Dauer auch die Neuentwicklung weiterer innovativer Internetdienste behindert.

544. Problematisch können daneben aber auch regulatorische Belastungen sein, denen – umgekehrt – am Markt etablierte und regulierte Anbieter gegenüber neuen, nicht regulierten Internetanbietern ausgesetzt sind und die den regulierten Anbietern eine Anpassung ihres Geschäftsmodells erschweren. Dieses Risiko wird insbesondere im Bereich der Telekommunikation gesehen. Dort bieten sogenannte Over-The-Top (OTT)-Anbieter Dienste wie Skype und Whatsapp an, die vorhandene Telekommunikationsdienste wie die herkömmliche Telefonie, SMS und MMS substituieren, ohne vergleichbaren Regulierungen zu unterliegen. Die sogenannten incumbents und, abgeschwächt, auch deren Wettbewerber unterliegen im Bereich der Telekommunikation vielfach noch einer sektorspezifischen Regulierung. Diese besteht aus einer umfassenden Zugangs- und Entgeltregulierung, Vorgaben zur Interoperabilität der Infrastrukturen, einem telekommunikationsspezifischen Verbraucherschutz (z. B. Rufnummernportierung), einem sektorspezifischen Datenschutz (z. B. dürfen Standorte nur sehr eingeschränkt erhoben werden) sowie speziellen Vorschriften zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Vorratsdatenspeicherung). Aus Sicht der Monopolkommission sollte in der sektorspezifischen Regulierung stärker als bisher der Wettbewerbsdruck durch OTT-Anbieter berücksichtigt werden. OTT-Anbieter sollten stärker als bisher vergleichbaren Regelungen unterworfen werden, wenn sie Telekommunikationsdienste anbieten.⁴⁴⁵

545. In zeitlicher Hinsicht ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Normsetzung der Dynamik der Marktentwicklung und den dadurch laufend bewirkten Veränderungen häufig keine Rechnung trägt. Der Gesetzgeber kann neue Geschäftsmodelle bei der Normsetzung zwar typischerweise nicht berücksichtigen. Dennoch sind Marktzutrittschranken, die sich hieraus im Zeitverlauf für innovative Geschäftsmodelle ergeben, nur insoweit hinzunehmen, wie sie durch die Schutzziele der betreffenden Rechtsnormen weiter zu rechtfertigen sind.

546. Die Politik ist sich des Problems, dass der Ordnungsrahmen zurzeit an die Marktentwicklung angeglichen werden muss, bewusst. Die Europäische Kommission und die deutsche Bundesregierung haben Digitale Agenden formuliert, die eine Anpassung des Rechts an die durch das Internet geschaffenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten vorsehen.⁴⁴⁶

547. Dabei geht es auf der EU-Ebene insbesondere um Maßnahmen zur Ermöglichung eines digitalen Binnenmarktes. Dazu soll eine noch stärkere Harmonisierung der Telekommunikationsregulierung, von Urheberrechten und Datenschutz und der Frequenzvergabepraxis erfolgen, außerdem eine bessere Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Siehe auch Monopolkommission, Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Sondergutachten 66, Tz. 10, 52, 139 ff. mit weiteren Empfehlungen.

⁴⁴⁶ EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM(2015) 192 final, Mitteilung vom 6. Mai 2015; sowie zuvor Eine Digitale Agenda für Europa, Mitteilung vom 19. Mai 2010, KOM(2010) 245 endgültig; Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014.

⁴⁴⁷ Juncker, A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change, Political Guidelines for the next European Commission, Opening Statement vom 15. Juli 2014, Abschnitt 2.

Weitergehend sollen Regelungen betreffend die Verträge und den Verbraucherschutz im grenzüberschreitenden elektronischen Handel und Regelungen im Umsatzsteuerrecht harmonisiert werden.⁴⁴⁸

548. In Deutschland werden die auf EU-Ebene bezeichneten Felder für Harmonisierungsmaßnahmen als Rahmen gesehen, in den die nationale Digitale Agenda eingebettet ist. Bestandteile der Digitalen Agenda der Bundesregierung sind Maßnahmen zugunsten der in Deutschland vorhandenen Industrie, insbesondere Maßnahmen zur Verbesserung der digitalen Infrastruktur und zur Vernetzung der Produktion unter anderem im Mittelstand.⁴⁴⁹ Anpassungen des ordnungspolitischen Rahmens in den oben bezeichneten Bereichen werden zwar als notwendig erkannt, allerdings hat sich insoweit noch kein politischer Konsens herausgebildet.

549. Aus Sicht der Monopolkommission ist eine fortlaufende Überprüfung des Ordnungsrahmens in den durch die digitale Ökonomie geprägten Wirtschaftsbereichen und gegebenenfalls die Anpassung dieses Ordnungsrahmens an neue Marktgegebenheiten erforderlich. Die anwendbaren Regeln sollten über den sachlich und räumlich relevanten Markt hinweg grundsätzlich einheitlich sein, um eine künstliche Fragmentierung von Märkten zu vermeiden. Eine solche Fragmentierung kann zwar aufgrund von unterschiedlichen ordnungs- und kulturpolitischen Zielen der nationalen Gesetzgebung zu rechtfertigen sein, jedoch nur in dem zur Zielerreichung jeweils erforderlichen und angemessenen Umfang (z. B. für Ziele des Jugend-, Daten- oder sonstigen Rechtsschutzes, Daseinsvorsorge, Bewahrung nationaler kultureller Eigenheiten).

550. Die Monopolkommission weist dessen ungeachtet darauf hin, dass bereits die auf EU-Ebene geplanten Maßnahmen zu Änderungen führen können, die Auswirkungen weit über die Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels hinaus haben. Diese Maßnahmen werden zudem aus Marktgründen in Kompetenzbereichen erfolgen, die bislang grundsätzlich den Mitgliedstaaten vorbehalten sind (Telekommunikations- und Medienregulierung, Zivilrecht/Verbraucherschutz, Daten- und Immaterialgüterschutz, Steuerrecht). Insofern erscheint eine Debatte über die konkreten ordnungspolitischen Ziele erforderlich, die einen Vorrang nationaler Regelungen gegenüber einer Harmonisierung auf europäischer Ebene rechtfertigen können.

551. Ebenso verbleibt ein ordnungs- und kulturpolitischer Spielraum für die Gesetzgeber in Bund und Ländern, um Ziele zu definieren, die auch bei einer Anpassung der nationalen Regulierung an die sich verändernden Marktgegebenheiten von allen Marktteilnehmern erfüllt werden müssen. Das kann bedeuten, dass neben den bestehenden Marktteilnehmern (z. B. Taxen) auch neue Marktteilnehmer (z. B. Share-economy-Transportdienste) normativen Beschränkungen unterworfen werden, die erforderlich und angemessen sind, um die betreffenden Ziele zu erreichen. Das ändert allerdings nichts an der Einschätzung der Monopolkommission, dass die gegenwärtigen Regelungen in vielen Bereichen über das erforderliche Maß hinausgehen dürften und in sachlicher Hinsicht ungerechtfertigte Marktzutrittsschranken darstellen.⁴⁵⁰

448 EU-Kommission, Strategie für den digitalen Binnenmarkt: Europäische Kommission vereinbart Tätigkeitsbereiche, Pressemitteilung IP/15/4563 vom 25. März 2015.

449 Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, Kap. I und II. Daneben enthält die Digitale Agenda der Bundesregierung Überlegungen, die über rein marktbezogene Fragen hinausreichen, d. h. zur Innovation auf Staatsebene (Kap. III), zur digitalen Teilhabe in der Gesellschaft (Kap. IV), in Bezug auf Bildung, Wissenschaft, Kultur und Medien (Kap. V) sowie Sicherheit (Kap. VI).

450 Siehe oben Tz. 541 ff.

9.2 Notwendigkeit einer zusätzlichen Regulierung (insbesondere im Medienbereich)?

552. Eine zusätzliche Regulierung von Anbietern in der digitalen Ökonomie wird derzeit insbesondere in Bezug auf Internetdienste diskutiert, die den Nutzern des Internet Informationen bereitstellen und damit eine zentrale Funktion zur Verringerung von informationsbezogenen Suchkosten erfüllen. In Bezug auf Internetdienste, die Nachrichteninformationen digital übermitteln bzw. anzeigen (sogenannte „neue“ Medien), wird – abgesehen von der an anderer Stelle erörterten Notwendigkeit einer „kartellrechtsähnlichen“ Regulierung⁴⁵¹ – ein Regulierungsbedarf aufgrund des Risikos gesehen, dass die Meinungsbildung der Nutzer verfälscht werden kann, soweit die von den Diensten bereitgestellten Informationen zur Meinungsbildung beitragen.⁴⁵²

553. Internetdienste dienen Nutzern heutzutage ebenso wie traditionelle Medien (Presse, Rundfunk) zur Information. Die Übermittlung von Medieninhalten erfolgt im Internet über eine Vielzahl von Anbietern und Formaten, von den Internetauftritten herkömmlicher Medienunternehmen über die Dienste von Aggregatoren bis hin zu nutzergenerierten Informationsquellen (z. B. Blogs). Eine immer wichtigere Rolle nehmen insofern Newsaggregatoren (z. B. Google News) und soziale Netzwerke ein (Facebook, Youtube, Twitter), da solche Dienste von Nutzern immer mehr als maßgebliche Nachrichtenquelle genutzt werden.⁴⁵³

554. Der Übermittlung von Nachrichten wird in Deutschland eine besondere Bedeutung für die Meinungsbildung im demokratischen Staat zugemessen. Daher wird eine Aufgabe des Staates darin gesehen, die Meinungsbildung der Bürger zu schützen. Dieser Schutz bezieht sich herkömmlich insbesondere auf den Rundfunk und an zweiter Stelle auf die Presse, welche den Nutzern dieser Medien redaktionell-journalistisch aufbereitete Inhalte zur Verfügung stellen (Dienstleistungen von allgemeinem Interesse)⁴⁵⁴. Der Staat hat somit insbesondere im Rundfunkbereich dafür zu sorgen, dass die Meinungsbildung nicht dadurch verfälscht wird, dass übermittelte Inhalte durch wirtschaftliche Interessen von Rundfunkunternehmen oder zentrale politische Vorgaben beeinflusst sind.⁴⁵⁵ Daher wirkt eine besondere Regulierung dem Aufbau von Meinungsmacht im Rundfunk entgegen. Zugleich soll auch die kulturelle Vielfalt gesichert werden. Deshalb ist die Kompetenz zur Rundfunkregulierung nicht zentral beim Bund angesiedelt, sondern bei den Ländern.⁴⁵⁶

555. Diese Regulierung hat mit der Weiterentwicklung der Medien jedoch nicht Schritt gehalten. Die neuen Medien erweitern die Nachrichtenquellen für Nutzer um alle Inhalte, welche den Nutzerpräferenzen entsprechen, auch z. B. um Einträge in Blogs oder rein private Nachrichten. Sie erlauben Nutzern damit eine Meinungsbildung unbeeinflusst von einer redaktionell-journalistischen Aufbereitung durch die Anbieterseite, wie sie für die traditionellen Medien kennzeichnend ist.

451 Siehe oben Abschnitt 5.5 (zu Suchmaschinen).

452 Albig, T., Google ist nicht zu durchschauen, DIE ZEIT No. 10/2015 vom 5. März 2015.

453 Lobe, A., Wie Twitter und Facebook die Wirklichkeit verzerren, FAZ.net vom 20. März 2015.

454 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1046 ff.

455 BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84 – 4. Rundfunkurteil, BVerfGE 73, 118 (172, 190 f.); Urteil vom 25. März 2014, 1 BvF 1/11 u. a. – Fernsehrat; ferner BVerfG, Urteil vom 16. Juni 1981, 1 BvL 89/87 – 3. Rundfunkurteil, BVerfGE 57, 295 (323); Beschluss vom 18. Dezember 1996, 1 BvR 748/93 u. a. – DSF, BVerfGE 95, 163 (172).

456 Kluth/Schulz, Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Oktober 2014, S. 57 ff.

556. Die neuen Medien arbeiten ebenso wie die traditionellen Medien nach wirtschaftlichen Prinzipien. Die Ausrichtung an den Nutzerpräferenzen entspricht ihrem Geschäftsmodell, denn die betreffenden Dienste sind zumeist werbefinanziert. Eine Ausrichtung an den Nutzerpräferenzen erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Nutzer die ihnen angebotenen Inhalte wahrnehmen und dass auch eine an ihre Präferenzen angepasste Werbung geschaltet werden kann.

557. Aus diesem Grund wird eine Gefahr von Verfälschungen aus politischen Gründen zumeist als gering eingeschätzt. Bisher gibt es auch kaum Evidenz für solche Verfälschungen.⁴⁵⁷ Deshalb unterliegen diese Leistungen bisher auch keiner medienrechtlichen Regulierung, etwa zur Vielfaltsicherung.⁴⁵⁸

558. Allerdings sind Verfälschungen der Meinungsbildung insofern vorstellbar, als Nutzern der Zusammenhang zwischen angezeigten Inhalten und Werbung möglicherweise nicht bewusst ist und somit Inhalte angezeigt werden können, die Nutzer zu für die Anbieter lukrativen, aber nicht den eigentlichen Nutzerinteressen entsprechenden Käufen verleiten sollen. Diese Gefahr dürfte insbesondere bei sozialen Netzwerken bestehen, die Nutzern unabhängig von einer bewussten und zielgerichteten Anfrage der Nutzer allein auf Grundlage ihrer Präferenzen Nachrichten und sonstige Inhalte anzeigen. Aus diesen Gründen wurde die bestehende Medienregulierung um eine telemedienrechtliche Regulierung erweitert, bei der es aber Durchsetzungsprobleme gibt.⁴⁵⁹

559. Die traditionellen Medien (insbesondere der Rundfunk) und die neuen, internetbasierten Medien unterliegen somit einer unterschiedlich ausgestalteten und unterschiedlich weit reichenden Regulierung. Damit stellen sich aus wettbewerblicher Perspektive zwei Probleme:

- das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen Medien und neuen Medien;
- die fragliche wettbewerbliche Rechtfertigung einer zusätzlichen Regulierung in Bezug auf internetbasierte Medien.

560. Nach dem Gesagten kommen insbesondere Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil traditioneller Medien in Betracht, die durch die spezielle medienrechtliche Regulierung bedingt sind. Zu solchen Wettbewerbsverzerrungen kommt es, soweit neue Medien auf demselben Markt wie traditionelle Medien agieren, ohne denselben Vorgaben zu unterliegen; z. B.:

- Zulassungspflichten und Medienkonzentrationskontrolle bei privaten Fernsehanstalten (KEK)⁴⁶⁰
- Inoffizielle und offizielle Vorgaben für den Anteil staatlicher und staatsnaher Repräsentanten im Fernseh- und im Verwaltungsrat;⁴⁶¹

457 Kluth/Schulz, Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Oktober 2014, S. 39.

458 Siehe ebenso EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM(2015) 192 final, Mitteilung vom 6. Mai 2015, S. 12.

459 Dazu siehe oben Tz. 76.

460 §§ 20 ff. RStV; zur Medienkonzentrationskontrolle kritisch Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 793.

461 Bisherige Regelung verfassungswidrig: BVerfG, Beschluss vom 25. März 2014, 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11.

- Vorgaben zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk;⁴⁶²
- Werbevorgaben im Rundfunk.⁴⁶³

561. Dagegen ergibt sich nicht ohne Weiteres eine Wettbewerbsverzerrung aus der speziellen Presse- und Rundfunkkontrollen in Deutschland (§ 38 GWB), da hierdurch wie berichtet dem Umstand Rechnung getragen wird, dass es bei nur lokal bzw. regional verfügbaren traditionellen Medien einer kleinteiligeren Kontrolle zur Sicherung der lokalen bzw. regionalen Vielfalt bedarf.⁴⁶⁴

562. Eine gegenläufige Wettbewerbsverzerrung besteht zugunsten des traditionellen öffentlichen Rundfunks, der beihilfefinanziert ist. Die Monopolkommission hat bereits die spezielle Medienkonzentrationskontrolle kritisiert, aber auch bezüglich der Beihilfen zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Wettbewerbsbedenken geäußert.⁴⁶⁵ Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium der Finanzen hat den Sonderstatus des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einem Gutachten zu Aufgaben und Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten inzwischen insgesamt in Frage gestellt.⁴⁶⁶

563. Die Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis der traditionellen zu den neuen Medien lassen sich rechtfertigen, wenn und soweit sie zum Schutz der Meinungsvielfalt erforderlich und angemessen sind. Der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltene Auftrag zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit zielt auf eine Ordnung, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk möglichst breit und vollständig Ausdruck findet – wobei sich dieser verfassungsrechtliche Auftrag auch auf Medien im Internet beziehen soll.⁴⁶⁷

564. Allerdings ist die Wechselwirkung der nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Rundfunkfreiheit mit der Wettbewerbsfreiheit und den EU-Grundfreiheiten zu beachten, die durch das EU-Recht jeweils mit Anwendungsvorrang geschützt werden. Das genaue Verhältnis zwischen beiden Regelungsbereichen ist bislang unklar.

565. Die Notwendigkeit einer medienrechtlichen Regulierung auch von neuen Medien wird in der Politik zum Teil bejaht.⁴⁶⁸ Eine solche Regulierung erscheint unproblematisch, wenn sie sich auf Regelungen zur Erhöhung der Transparenz der Bedingungen des Leistungsangebots beschränkt. So sollten Nutzer namentlich darauf hingewiesen werden, wenn die Betreiber sozialer Netzwerke andere Kriterien als Nutzerpräferenzen in die Anzeige von Inhalten einfließen lassen, z. B. unternehmensinterne Richtlinien zu Nacktheit, Gewalt und kriminellen Inhalten. Daneben dürfte eine weiter reichende Kennzeichnungspflicht zu rechtfertigen sein, damit Nutzer erkennen, dass Inhalte von Blogs, sozialen Netzwerken und ähnlichen Internetdiensten nicht redaktionell aufbereitet werden und daher weniger verlässlich sind als Inhalte von traditionellen Medien, die

462 §§ 11, 25 ff. RStV.

463 Insbesondere §§ 7 f., 15 f., 44 ff. RStV; siehe auch Tz. 167 ff.

464 Siehe oben Tz. 332. Insofern vgl. zur Position der Monopolkommission auch schon XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 169; Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 70 ff.

465 Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 788, 792 f.; siehe ferner Tz. 801 ff.

466 Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Öffentlich-rechtliche Medien – Aufgabe und Finanzierung, Gutachten 03/2014, Dezember 2014; http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2014-12-15-gutachten-medien.pdf, Abruf in 2015.

467 Bethge in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rz. 90a ff.

468 Siehe oben Fn. 452.

bestimmte Qualitätsstandards einhalten. Außerdem müssen die bestehenden Hinweispflichten besser durchgesetzt werden, wenn ein individuelles Leistungsangebot werbefinanziert ist (§§ 6, 15 Abs. 3 TMG, 4 Nr. 3 UWG).

566. Dagegen ist eine inhaltsbezogene Regulierung aus wettbewerbspolitischer Sicht abzulehnen. Es bestehen bisher keine Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Regulierung zum Schutz der Meinungsfreiheit erforderlich und der damit verbundene Eingriff in den Wettbewerb somit zu rechtfertigen wäre. Soweit neue Medien Inhalte aufgrund der Nutzerpräferenzen anzeigen, geht diese Anzeige weniger als bei Diensten, die Inhalte zusätzlich journalistisch-redaktionell aufbereiten, mit der Gefahr einher, dass der Intermediär die Anzeige der Inhalte aus politischen Gründen verfälscht. Im Gegenteil besteht das Risiko, dass eine medienrechtliche Regulierung, die dazu führt, dass eine staatliche Stelle anzuzeigende Inhalte unabhängig von den Präferenzen der Nutzer festlegt (z. B. zur Wahrung der „kommunikativen Chancengerechtigkeit“), tatsächlich eine Verfälschung der politischen Meinungsbildung bewirken könnte.⁴⁶⁹ Angesichts von Schwierigkeiten bei der Festlegung von Auswahlkriterien könnten inhaltsbezogene Regelungen außerdem zum Schutz herkömmlicher Anbieter vor Konkurrenz missbraucht werden.

567. Davon abgesehen ist bei jeder staatlichen Regulierung von Diensten, die im gesamten deutschen Sprachraum oder sogar darüber hinaus in einem homogenen Wettbewerbsumfeld erbracht werden, zu berücksichtigen, dass sie zu einer territorialen Fragmentierung des Marktes führen könnte und dass eine grenzüberschreitende Regulierung auf Durchsetzungshindernisse stoßen dürfte.⁴⁷⁰

568. Als allgemeiner Grundsatz ist festzuhalten, dass eine zusätzliche Regulierung von Internetdiensten zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen nur zu rechtfertigen ist, soweit eine vergleichbare Gefährdungslage bei diesen Internetdiensten und bei den Anbietern, mit denen sie in Konkurrenz stehen, vorhanden ist. Insbesondere bei Internetdiensten, deren Angebot sich an den Nutzerpräferenzen orientiert, bedarf es einer genauen Prüfung, inwieweit dies der Fall ist.

9.3 Politische Begleitung von Anpassungen bestehender Geschäftsmodelle und Produkte an die digitale Wirtschaft (sogenannte „Industrie 4.0“)

569. Die Diskussion auf nationaler Ebene geht derzeit über die Anpassung des Ordnungsrahmens an die Herausforderungen durch neuartige Internetdienste hinaus und bezieht sich auch auf die Weiterentwicklung der herkömmlichen Wirtschaft und ihre Anpassung an die Erfordernisse des digitalen Zeitalters.

570. Die Bundesregierung sieht einen politisch zu begleitenden Schwerpunkt der Marktentwicklung speziell in der Digitalisierung von Produktionsprozessen (sogenannte „Industrie 4.0“).⁴⁷¹ Dabei handelt es sich um die Vernetzung industrieller Prozesse, die Ma-

⁴⁶⁹ Dieses Problem wird allerdings im Rahmen von Regulierungsvorschlägen häufig nicht ausreichend thematisiert; siehe nur Kluth/Schulz, Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Oktober 2014, S. 84 ff., 92 ff. (zu „Angeboten mit Mehrwert für die öffentliche Kommunikation“; siehe S. 23 f. zu diesem Begriff).

⁴⁷⁰ Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 44, 68, zur geographischen Marktabgrenzung bei sozialen Netzwerken und Kommunikationsdiensten.

⁴⁷¹ <http://www.hightech-strategie.de/de/Industrie-4-0-59.php>, Abruf am 19. Mai 2015. Ähnlich die EU-Kommission, siehe EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa, COM(2015) 192 final, Mitteilung vom 6. Mai 2015, S. 15 ff.

schinen die direkte Interaktion und einen Datenaustausch in Echtzeit ermöglichen soll.⁴⁷² So wird z. B. an Maschinen geforscht, die sich selbst konfigurieren und ihre Dienste im Fertigungsprozess automatisch anbieten. Maschinen und Werkstücke sollen durch eigene Internetadressen jederzeit identifizierbar und lokalisierbar werden. Die Vernetzung industrieller Prozesse führt dazu, dass die Unterscheidung zwischen (teurer) individueller Fertigung und (kostengünstiger) Massenfertigung an Bedeutung verliert. Es wird möglich, Produkte ressourcenschonender einzusetzen und damit Kosten zu verringern, um in einer globalisierten Welt wettbewerbsfähig zu bleiben. Bei Mitarbeitern verlieren Fertigkeiten, die durch Technologie ersetzbar sind, im Gegensatz zu Kreativität und Spezialkenntnissen an Bedeutung.

571. Die Vernetzung industrieller Prozesse erfordert Standards, die einen Datenaustausch zwischen den Produkten verschiedener Hersteller und damit die Vernetzung industrieller Prozesse erst ermöglichen. Zugleich erfordert sie Rahmenbedingungen, die die Marktteilnehmer in die Lage versetzen, individuelle Wettbewerbsvorteile gegenüber Trittbrettfahrern abzusichern (insbesondere Datenschutz und -sicherheit).

572. Die Vernetzung industrieller Prozesse stellt eine durch die Innovationen der Marktteilnehmer getriebene Entwicklung dar, die von der Politik begleitet und gefördert, aber nicht im eigentlichen Sinne gestaltet werden kann.⁴⁷³ Aus der wettbewerbspolitischen Sicht der Monopolkommission ist insbesondere auf folgende Aspekte hinzuweisen:

- Die Beurteilung von Wettbewerbsfragen in den von der Digitalisierung von Produktionsprozessen betroffenen Märkten wird durch die Vernetzung der Prozesse und die damit einhergehend steigende wechselseitige Abhängigkeit von Produktionsfaktoren komplexer. Während Standardisierung Prozesse vereinfacht, stellen diese an die Organisation aufgrund der nötigen detaillierteren Vorausplanung und exakten Koordination von Produktionsabläufen neue Herausforderungen. Damit einher gehen Chancen für die Entwicklung neuer Geschäftsfelder, je nach der Marktstruktur möglicherweise aber auch neue Risiken für den Wettbewerb.
- Die erforderliche Standardisierung kann durch Vereinbarung erfolgen oder durch marktmächtige Unternehmen durchgesetzt werden. Wichtig ist aus Wettbewerbssicht insbesondere, dass die Standardisierung außerhalb dessen, was mit dem Standard unmittelbar verbunden und dafür notwendig ist, kein koordiniertes Wettbewerbsverhalten (Kollusion) begünstigt und dass sie die technische Entwicklung und Innovationen nicht behindert.⁴⁷⁴ Außerdem ist zu verhindern, dass marktmächtige Unternehmen schlechte Standards dauerhaft durchsetzen können.
- Die Digitalisierung der Wirtschaft bedeutet, dass auf der Seite der Anbieter einfache (replizier- und standardisierbare) Produkte und Kenntnisse gegenüber (nicht replizier- und standardisierbaren) Spezialprodukten und -kenntnissen an

⁴⁷² Diese Entwicklung wird in Politik und Medien mit verschiedenen neuen Begriffen umschrieben (z. B. „Industrie 4.0“, „Smart Factory“ bzw. „cyber-physische Systeme“). Diese Begriffe scheinen für die Marktteilnehmer bisher allerdings häufig unklar zu sein und werden auch im Fachschrifttum nur vereinzelt verwendet. Eine genauere begriffliche Abgrenzung ist für die Zwecke dieses Gutachtens nicht erforderlich.

⁴⁷³ Zum Teil weitergehend aber Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 13.

⁴⁷⁴ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 64 ff., 263 ff.; Bekanntmachung – Leitlinien zur Anwendung von Artikel Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 29.

Bedeutung verlieren, um sich gegenüber Konkurrenten im Wettbewerb abzusetzen. Dieser Wettbewerbsvorteil kann es den Inhabern von Spezialprodukten und -kenntnissen möglich machen, bei sich relevante Daten zu sammeln und ihren Informationsvorsprung weiter auszubauen. Das dürfte nicht selten sogar notwendig sein, um Abnehmern – zunehmend nachgefragte – Gesamtlösungen anbieten zu können. Die entstehenden Informationsgefälle in der digitalen Wirtschaft dürfen aber in ihrer wettbewerblichen Bedeutung nicht unterschätzt werden.

- Auf Abnehmerseite kann die Abhängigkeit von Anbietern von Spezialprodukten bzw. mit Spezialkenntnissen die Wechselbarrieren erhöhen (Lock-in-Effekte). Dies kann Ausbeutungsrisiken erhöhen.
- In vielen Bereichen industrieller Produktion ist davon auszugehen, dass die Marktdynamik zunehmen wird. So kommen Informationsvorteile durch die Digitalisierung tendenziell insbesondere Großunternehmen zugute, die von vornherein bereits über eine vernetzte Struktur verfügen. Solche Unternehmen verfügen über Skalen- und Verbundvorteile und sind auf internationalen Märkten vielfach schon präsent. Allerdings setzen sich gerade innovative Ideen häufig in kleinen Unternehmen durch, in denen nur ein geringer unternehmensinterner Abstimmungsbedarf besteht. Solche Unternehmen können auch etablierte Konkurrenten verdrängen, sofern die Durchsetzung von Innovationen nicht durch Lock-in-Effekte verhindert wird.

Aus Sicht der Monopolkommission ist es deshalb von hoher Bedeutung, dass bei der Digitalisierung der Wirtschaft Wettbewerbsverfälschungen nach Möglichkeit vorgebeugt wird, um die sich neu bildenden oder sich verändernden relevanten Märkte gegen nachhaltige Schädigungen zu schützen. Die Monopolkommission begrüßt es insofern, dass die Bundesregierung es als Schwerpunkt ihrer Digitalpolitik sieht, einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, auch soweit die Digitalisierung der Wirtschaft unterstützt und vorangetrieben wird.⁴⁷⁵

573. Festzuhalten ist, dass in Bereichen, deren Entwicklung aus industriepolitischer Sicht Priorität genießt, wettbewerbliche Risikopotenziale bestehen können. Diese sind bei der Ausgestaltung politischer Maßnahmen zu beachten, um das Risiko, dass politische Maßnahmen wettbewerbsverfälschende Nebenwirkungen zeitigen, von vornherein gering zu halten.

9.4 Förderung innovativer Geschäftsmodelle bei Versagen des Wettbewerbs

574. Die Bundesregierung hat angekündigt, die junge digitale Wirtschaft zu unterstützen und innovative Geschäftsmodelle in der digitalen Ökonomie zu fördern.⁴⁷⁶ Diese Förderung soll finanzielle Maßnahmen zur gezielten Unterstützung junger Unternehmen und deren unternehmerische Betreuung und Beratung umfassen.

575. Eine gezielte Förderung von Unternehmen durch finanzielle Maßnahmen kann aus wettbewerbspolitischer Sicht zu begrüßen sein, z. B. weil sie die Marktdynamik in wettbewerbslosen Strukturen belebt oder Märkte überhaupt erst erschließen kann. Der letztgenannte Fall ist dort gegeben, wo der Wettbewerb versagt und dieses Marktversagen ohne staatliche Eingriffe nicht beseitigt werden kann. Derartiges Marktversagen wird in

⁴⁷⁵ Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 4, 12 ff.

⁴⁷⁶ Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 14.

den Bereichen der digitalen Wirtschaft gerade bei der Finanzierung innovativer Gründerunternehmen gesehen (Start-up-Finanzierung).⁴⁷⁷

576. Die Bundesregierung hat in der Digitalen Agenda verschiedene Maßnahmen vorgesehen, durch welche die Finanzierungsbedingungen für Unternehmensneugründungen verbessert und deren Vernetzung mit der Industrie und mit Gründerplattformen verstärkt werden sollen.⁴⁷⁸ Diese Maßnahmen ergänzen teilweise Instrumente, die schon zuvor für die Wagniskapitalfinanzierung von Neugründungen installiert wurden.⁴⁷⁹ Auf eine Initiative der Bundesregierung hin hat die Deutsche Börse die Eröffnung einer vorbörslichen Plattform für junge Wachstumsunternehmen und Investoren angekündigt.⁴⁸⁰ Außerdem hat der Bundeswirtschaftsminister den weiteren Ausbau von Akzeleratoren angekündigt, die Neugründungen unter anderem durch Betreuung und Beratung dabei helfen, in kurzer Zeit zu wachsen.⁴⁸¹ Daneben existieren Programme der Förderbanken und über verschiedene Gründerfonds zur Gründungsfinanzierung.⁴⁸² Aufgrund der Ausdünnung des privaten Angebots an Venture-Capital-Finanzierungen ist etwa auf Seiten der KfW auch geplant, sich als Investor in Venture-Capital-Fonds zu engagieren.⁴⁸³

577. Die Bundesregierung hat sich in ihrer Digitalen Agenda dahin gehend festgelegt, auch ihre Förderpolitik auf den Abbau von Marktzutrittsschranken unter Beachtung des Prinzips des unverfälschten Wettbewerbs auszurichten.⁴⁸⁴ Das bedeutet, dass jungen Unternehmen ein Marktzutritt ermöglicht werden soll, jedoch ohne dass die Förderung darüber hinaus bleibende Marktwirkungen lediglich zum Nutzen für die jeweils geförderten Unternehmen hat. Die Monopolkommission hält die zuvor angesprochenen Maßnahmen zur Finanzierung innovativer Gründerunternehmen unter dieser Voraussetzung für wettbewerbspolitisch unbedenklich.

477 Siehe schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 2026.

478 Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 14; dazu auch schon zuvor CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, veröffentlicht am 27. November 2013, S. 64, 98.

479 Beispielsweise. das Programm „INVEST – Zuschuss für Wagniskapital“; dazu: <http://www.bafa.de/bafa/de/wirtschaftsfoerderung/invest/>, Abruf am 21. Mai 2015.

480 O. A. (apa/Reuters), Deutsche Börse startet neue Plattform für Start-Ups und Investoren, Deutsche Wirtschafts Nachrichten vom 19. Februar 2015; <http://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2015/02/19/deutsche-boerse-startet-plattform-fuer-start-ups-und-investoren/>, Abruf am 31. März 2015.

481 Gabriel, S., Rede vom 25. Februar 2015 zur Digitalen Agenda beim Sitzung des Bundestagsausschusses Digitale Agenda; schon zuvor BMWi, Pressemitteilungen vom 24. Oktober 2014 und 17. Juni 2014.

482 Siehe dazu die Übersicht des BMWi unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Technologie/Innovationsfoerderung-Mittelstand/wagniskapital-unternehmensgruendungen.html>, Abruf am 31. März 2015. Das Bundeswirtschaftsministerium und die KfW planen beispielsweise die Auflage eines Co-Investment-Fonds, der sich gemeinsam mit privaten Investoren (z. B. Business Angels, Family Offices, aber auch Venture-Capital-Fonds) direkt an jungen Technologieunternehmen beteiligen soll.

483 Das von der KfW entwickelte Produkt "ERP-Venture Capital-Fondsinvestments" zielt auf die Förderung von technologieorientierten Start-ups und Unternehmen in der frühen Wachstumsphase. Die KfW plant, über die nächsten 5 Jahre bis zu EUR 400 Mio. in VC-Fonds zu investieren. Erste mögliche VC-Fonds sind bereits identifiziert.

484 Bundesregierung, Digitale Agenda 2014 – 2017, Broschüre vom August 2014, S. 4.

10. Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

578. Die Monopolkommission hat in diesem Sondergutachten den Wettbewerb auf ausgewählten digitalen Märkten, insbesondere auf sogenannten Plattformmärkten, untersucht. Im Folgenden fasst sie ihre Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des bestehenden Ordnungsrahmens zusammen.

Handlungsempfehlungen zum Kartellrecht

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

580. Die Monopolkommission empfiehlt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der **Fusionskontrolle**. Zusätzlich zu den bisherigen Aufgreifstatbeständen, die auf bestimmte Unternehmensumsätze abstellen, sollten weitere Aufgreifstatbestände festgelegt werden, die an das Transaktionsvolumen anknüpfen. Solche Regelungen sind zur Schließung von Schutzlücken erforderlich: Auch Fälle des Erwerbs von Unternehmen, die in der Vergangenheit keine hohen Umsätze erzielt haben, können im Hinblick auf ihre große wirtschaftliche Bedeutung aus wettbewerbspolitischer Perspektive bedenklich erscheinen. In der digitalen Wirtschaft kommt das wirtschaftliche Potenzial eines Unternehmens oft in dem hierfür gebotenen oder gezahlten Kaufpreis besser zum Ausdruck als in den zuvor erzielten Umsätzen.

581. Die Monopolkommission empfiehlt, Art. 1 VO 139/2004 um einen neuen Absatz 6 zu ergänzen:

„Die Umsatzschwellen des Absatzes 2 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der vertraglichen Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 5 Mrd. EUR beträgt und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen von mehr als 250 Mio. EUR erzielt wird. Die Umsatzschwellen des Absatzes 3 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der vertraglichen Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen mehr als 25 Mio. EUR beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen 100 Mio. EUR übersteigt.“

Im deutschen Recht sollte § 35 Abs. 1 S. 1 um Satz 2 und 3 GWB ergänzt werden:

„Diese Umsatzschwellen gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der vertraglichen Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 500 Millionen Euro beträgt und im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse

von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat. Auf Fälle des § 35 Abs. 1 S. 2 findet § 35 Abs. 2 S. 1 keine Anwendung. “

Daneben sollte auch die Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel in § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB für die angesprochenen Fälle ausgeschlossen werden.

582. Der Erwerb einzelner Vermögenswerte ohne einen aktuellen Marktumsatz würde auch im Fall eines die neu eingeführte Schwelle überschreitenden Transaktionsvolumens nicht als Zusammenschluss (Art. 3 VO 139/2004, § 37 Abs. 1 GWB) erfasst. Um die damit weiter bestehende Regelungslücke zu schließen, könnte eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 VO 139/2004 bzw. § 37 Abs. 1 GWB in Betracht gezogen werden, wonach ein Vermögenserwerb auch unter den von Art. 1 Abs. 6 VO 139/2004 n.F. bzw. § 35 Abs. 1 S. 2 GWB n. F. genannten Voraussetzungen kontrollpflichtig ist.

583. Betreiber von Internetplattformen, wie Suchmaschinen, soziale Netzwerke oder Handelsplattformen, können Anreize zu missbräuchlichem Verhalten, z. B. zur Bevorzugung eigener Dienste oder zur Bündelung, haben. Die Rechtsgrundsätze zur **missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung** sollten durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden und Gerichte bei der Entscheidung von Einzelfällen weiter entwickelt werden.

584. Die Monopolkommission regt Änderungen des **Verfahrensrechts** für das kartellrechtliche Missbrauchsverfahren an. Sie empfiehlt vor dem Hintergrund der Dynamik digitaler Märkte, dass die Europäische Kommission das Instrument der Anordnung einstweiliger Maßnahmen in Missbrauchsfällen auf digitalen Märkten stärker einsetzt. Die Monopolkommission schlägt vor, als Test für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen darauf abzustellen, ob wesentliche Marktveränderungen (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a VO 1/2003) schon innerhalb von zwei Jahren, einem häufig gewählten Beurteilungszeitraum für absehbare Wettbewerbsentwicklungen, zu erwarten sind. Sie regt weiter eine Änderung der verfahrensrechtlichen Vorschriften dahin gehend an, dass das Zusagenverfahren nach Art. 9 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 nach Ablauf einer angemessenen Frist automatisch oder auf begründeten Antrag Dritter in ein Abstellungs- und Bußgeldverfahren nach Art. 7 VO 1/2003 übergeleitet wird.

585. Im Hinblick auf die künftige Praxis der Wettbewerbsbehörden regt die Monopolkommission eine Überprüfung hergebrachter Ergebnisse der **Abgrenzung von Märkten** an. Bei der Marktabgrenzung ist den Besonderheiten mehrseitiger Plattformen verstärkt Rechnung zu tragen. Auch ist die Unterteilung von Online-Werbung in suchgebundene und nicht suchgebundene Werbung zu hinterfragen, da technische Weiterentwicklungen zu einer Annäherung beider Werbeformen geführt haben. Ferner sollten mögliche Substitutionsbeziehungen zwischen Online- und Offline-Werbung beachtet werden.

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

587. Eine **spezielle Regulierung** für Suchmaschinen ist aus Sicht der Monopolkommission jedenfalls derzeit nicht zu befürworten. Eine staatliche Kontrolle des Suchalgorithmus würde, falls sie überhaupt technisch zu realisieren wäre, einen erheblichen Einsatz

öffentlicher Mittel erfordern. Der Nachweis einer missbräuchlichen Gestaltung des Algorithmus wäre auch im Fall eines solchen technischen Zugriffs schwer zu führen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass der Betreiber einer Suchmaschine nicht auf eine Beeinflussung des Algorithmus angewiesen ist, um bei der Anzeige eigener Dienste Vorteile zu erzielen: Für den Betreiber reicht die Kenntnis des Algorithmus, um die Webseiten eigener Dienste so zu gestalten, dass sie einen vorderen Platz auf der generischen Trefferliste erreichen.

588. Auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung des Suchalgorithmus ist nicht zu befürworten. Wäre der Algorithmus öffentlich bekannt, hätten Betreiber von Webseiten die Möglichkeit, ihre Seiten so zu optimieren, dass die Anzeige von Suchergebnissen nach deren Relevanz erheblich beeinträchtigt würde. Schließlich ist auch eine Pflicht zur Offenlegung oder zur Teilung des Webindex mit konkurrierenden Suchmaschinen nicht zu befürworten, da sie Anreize zur Erstellung und ständigen Aktualisierung des Index beseitigen würde.

589. Eine **Entflechtung** von allgemeiner Suche und spezialisierten Diensten, wie sie teilweise vorgeschlagen wird, hält die Monopolkommission nicht für geeignet, etwaige Marktverzerrungen effektiv zu mindern. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint sie auch unverhältnismäßig. Eine Entflechtung könnte allenfalls dann erwogen werden, wenn eine Suchplattform über eine irreversibel verfestigte Marktmacht verfügt. Solange demgegenüber eine Chance auf eine Belebung von Wettbewerbskräften besteht, ist von einem derart schwerwiegenden Eingriff in existierende Unternehmensstrukturen abzuraten, auch weil Rationalisierungsvorteile zunichtegemacht würden und bestehende Größen- und Verbundvorteile, die Nutzern zugute kommen, verloren gingen.

590. Hinsichtlich **vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb** rät die Monopolkommission mit Blick auf sogenannte Preisparitätsklauseln und Drittplattformverbote von Per-se-Verboten ab. Speziell die Wirkung von Preisparitätsklauseln ist ökonomisch noch nicht hinreichend erforscht. Die Bedingungen dieser Klauseln sowie die Marktcharakteristika sollten daher im Einzelfall analysiert und ähnlich gelagerte Fälle durch die Behörden parallel aufgegriffen werden. Die Beurteilung von Drittplattformverboten sollte einzelfallabhängig unter Berücksichtigung des Ausmaßes des bestehenden Markenwettbewerbs zwischen Herstellern sowie möglicher Effizienzeinwände, die auf dem Schutz des Markenimages beruhen, erfolgen.

591. Die Monopolkommission hält es für erforderlich, die zuvor angesprochenen wettbewerbsbezogenen Maßnahmen durch darüber hinausgehende Maßnahmen zur Verbesserung der **Durchsetzbarkeit der Individualrechte** von Inhabern geistigen Eigentums innerhalb der digitalen Ökonomie zu ergänzen. Die rechtswidrige Ausbeutung fremder Inhalte und Daten kann nach Auffassung der Monopolkommission zwar auch einen Marktmachtmissbrauch begründen. Eine Behebung von Rechtsschutzdefiziten bei Inhalten und Daten sollte primär aber nicht über das Wettbewerbsrecht, sondern über eine Verbesserung der gesetzlichen Möglichkeiten der Marktteilnehmer zur Durchsetzung marktrelevanter Individualrechte erfolgen. Die Probleme sollten dabei allgemein und nicht nur mit Blick auf das Verhalten marktmächtiger Unternehmen angegangen werden. Hierzu wird im Folgenden weiter ausgeführt.

Handlungsempfehlungen zum Urheberrecht

592. Die urheberrechtlichen Regelungen zum Schutz von Inhabern geistigen Eigentums im Internet sollten weiterentwickelt werden. Die Einführung von Regelungen auf EU-Ebene kann sinnvoll sein, um einerseits den Urhebern geistiger Schöpfungen (z. B. Bü-

cher, Bilder) einen effektiven Schutz gegen die Ausbeutung solcher Schöpfungen durch Dritte zu gewähren und andererseits klarzustellen, welche rechtlichen Grenzen für technische Handelsrestriktionen (z. B. Geoblocking) im Binnenmarkt bestehen. Wo im Hinblick auf die **Zuordnung von Rechten des geistigen Eigentums** (z. B. bei Nutzerbewertungen) Unsicherheit besteht, sollte eine rechtliche Klärung erwogen werden.

Handlungsempfehlungen zum Daten- und Verbraucherschutzrecht

593. Die geplante europäische **Datenschutz-Grundverordnung** kann einen wichtigen Beitrag zum Abbau von Wettbewerbsverfälschungen leisten, die bisher aus Unterschieden der nationalen Datenschutzregelungen resultieren. Durch die Anwendbarkeit der Verordnung auch auf außereuropäische Unternehmen kann ein effektiver Schutz von in der Union ansässigen Personen erreicht werden. Das im Entwurf vorgesehene Recht auf Datenportabilität kann zur Belebung des Wettbewerbs beitragen, da es bisher bei Nutzern bestehenden Wechselbeschränkungen (Lock-in-Effekten) entgegenwirkt. Die im Verordnungsentwurf angelegten drastischen Sanktionen (Bußgelder in Höhe von bis zu 5 Prozent des Jahresumsatzes eines zuwiderhandelnden Unternehmens) geben geeignete Anreize zur Befolgung der Vorschriften.

594. Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der Verordnung können aber im Hinblick auf die **Behördenzuständigkeit** bestehen: Anders als im Wettbewerbsrecht, wo in Fällen von gemeinschaftsweiter Bedeutung eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission besteht, sollen nach dem derzeitigen Stand der Entwürfe weiterhin nationale Behörden für die Durchsetzung des Datenschutzrechts zuständig sein. Für Unternehmen soll die Behörde ihres Sitz- bzw. Niederlassungsstaates federführend zuständig sein. Zwar soll ein Europäischer Datenschutzausschuss die Arbeit der nationalen Behörden koordinieren und Konflikte nötigenfalls durch Beschluss ausräumen. Gleichwohl könnten insbesondere für Unternehmen aus Drittstaaten Anreize bestehen, für ihre europäische Niederlassung einen Staat zu wählen, in dem sie mit einer vergleichsweise milden Verwaltungs- und Sanktionspraxis rechnen können.

595. Die Monopolkommission empfiehlt eine zeitnahe Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung. In inhaltlicher Hinsicht sollten die Entwürfe nicht verwässert werden. Für die Durchsetzung ist auf eine Behördenstruktur hinzuwirken, die eine stringente Durchsetzung des Datenschutzrechts gewährleistet. Die bei der Durchsetzung des Kartellrechts gewonnenen Erfahrungen legen eine **duale Struktur** nahe: In Fällen von regionaler Bedeutung sollten die Datenschutzbehörden der Mitgliedstaaten zuständig sein. In Fällen von darüber hinausgehender Bedeutung – insbesondere in solchen von unionsweiter Bedeutung – sollte demgegenüber eine zentrale Behörde zuständig sein, die über die Expertise und Ressourcen verfügt, welche für eine Durchsetzung europäischer Datenschutzstandards auch gegenüber global agierenden Unternehmen der digitalen Wirtschaft erforderlich sind.

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

Handlungsempfehlungen für einen Abbau asymmetrischer Regulierung

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

598. Soweit wegen des Auftretens neuer Diensteanbieter eine Anpassung des Regulierungsrahmens notwendig erscheint, sollten die Regeln über den sachlich und räumlich relevanten Markt hinweg grundsätzlich einheitlich sein, um eine künstliche **Fragmentierung von Märkten zu vermeiden**. Eine solche Fragmentierung kann zwar aufgrund von unterschiedlichen ordnungs- und kulturpolitischen Zielen der jeweiligen nationalen Gesetzgebung zu rechtfertigen sein, jedoch nur in dem zur Zielerreichung jeweils erforderlichen und angemessenen Umfang.

599. Die Monopolkommission weist dessen ungeachtet darauf hin, dass bereits auf EU-Ebene geplante Maßnahmen zu Änderungen führen können, die Auswirkungen weit über die Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels hinaus haben. Diese Maßnahmen werden zudem aus Marktgründen in Kompetenzbereichen erfolgen, die bislang grundsätzlich den Mitgliedstaaten vorbehalten sind (Telekommunikations- und Medienregulierung, Zivilrecht/Verbraucherschutz, Daten- und Immaterialgüterschutz, Steuerrecht). Diesbezüglich erscheint eine **Debatte über die konkreten ordnungspolitischen Ziele** erforderlich, die einen dauerhaften Vorrang nationaler Regelungen gegenüber einer Harmonisierung auf europäischer Ebene rechtfertigen können.

600. Wettbewerbsverzerrungen, die aus unterschiedlichen **Werberegeln** für bestimmte Medienformen resultieren, sollten abgebaut werden. Hierzu sollte insbesondere die Werbezeitregulierung für konventionelle Rundfunkmedien gelockert, wenn nicht sogar ganz aufgehoben werden. Eine Ausweitung der Werbezeitregulierung auf reine Internetmedien ist hingegen nicht angezeigt.

601. Die **Vernetzung industrieller Prozesse** („Industrie 4.0“) ist eine durch die Innovationen der Marktteilnehmer getriebene Entwicklung, die von der Politik begleitet und gefördert, aber nicht im eigentlichen Sinne gestaltet werden kann. Die Monopolkommission begrüßt jedoch, dass die Bundesregierung es als Schwerpunkt ihrer Digitalpolitik sieht, einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, soweit sie die Digitalisierung der Wirtschaft unterstützt.

602. Die Bundesregierung hat sich in ihrer Digitalen Agenda dahin gehend festgelegt, ihre **Förderpolitik** im Bereich der Finanzierung innovativer Gründerunternehmen

(Start-up-Finanzierung) unter Beachtung des Prinzips des unverfälschten Wettbewerbs auszurichten. Die Monopolkommission hält die in der Digitalen Agenda vorgesehenen Maßnahmen zur Finanzierung innovativer Gründerunternehmen unter dieser Voraussetzung für wettbewerbspolitisch unbedenklich.

Bonn, im Juni 2015

Daniel Zimmer

Dagmar Kollmann Thomas Nöcker Achim Wambach Angelika Westerwelle

