



Bundeskartellamt

Deutscher Bundestag
Ausschuss Digitale Agenda

Ausschussdrucksache
18(24)98

Antworten des Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch „Kartellrecht und Plattformen“ des Ausschusses Digitale Agenda am 13. April 2016

Hinweis: Der beim Bundeskartellamt eingerichtete „Think Tank Internetplattformen“ wird in Kürze einen Zwischenbericht veröffentlichen, in dem der Stand der Diskussion zur wettbewerblichen Bedeutung von Internetplattformen umfassend dargestellt wird und etliche der im vorliegenden Papier aufgeworfenen Fragen in größerer Detailtiefe behandelt werden.

Frage 1: Sehen Sie das Instrumentarium des nationalen und europäischen Kartell-, Wettbewerbs- und Fusionskontrollrechts als ausreichend an, um den Wettbewerb bei Plattformanbietern sicherzustellen? Gibt es und woraus resultiert ggf. ein Marktversagen? Was begründet einen Regulierungsbedarf? (Stichworte: Asymmetrische Informationen, Lock-in Effekte, Netzwerkeffekte)

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist das Instrumentarium des nationalen und europäischen Kartellrechts grundsätzlich ausreichend, um den Wettbewerb von Plattformbetreibern sicherzustellen. Es ist geeignet, die besonderen Charakteristika digitaler Plattformen – Netzwerkeffekte sowie Größen- und Verbundvorteile, Daten als wichtiger Wettbewerbsparameter, zentrale Bedeutung von Innovationen und Marktzutritten – in der Analyse zu berücksichtigen und möglichen wettbewerblichen Problemen auf den Märkten zu begegnen.

In einigen Bereichen allerdings kann die Fortentwicklung der kartellrechtlichen Praxis an Grenzen stoßen, weil etwa gesetzliche Regeln entgegenstehen oder eine rechtssichere Bestätigung durch höchstrichterliche Rechtsprechung mehrere Jahre in Anspruch nimmt. In diesen Bereichen besteht aus Sicht des Bundeskartellamtes durchaus Raum für gesetzgeberisches Handeln mit dem Ziel, die Arbeit der Behörden zu vereinfachen und abzusichern. Drei Beispiele:

(1) Märkte ohne Geldleistungen:

Die bestehende deutsche Rechtsprechung geht dahin, dass unentgeltliche Nutzungsbeziehungen nicht als Markt angesehen werden. Dies wird in vielen Fällen den Besonderheiten der Internetökonomie und den Interdependenzen der verschiedenen Seiten digitaler Plattformen nicht

gerecht. Eine gesetzliche Klarstellung, dass auch nicht-monetäre Austauschbeziehungen zwischen Marktakteuren in der kartellrechtlichen Beurteilung berücksichtigt werden können, wäre daher wünschenswert.

(2) Schwellenwerte in der Fusionskontrolle:

In der digitalen Ökonomie kommt es oft vor, dass für Start-up Unternehmen hohe Kaufpreise gezahlt werden, obschon die Unternehmen noch keine oder nur geringe Umsätze erzielen. In den hohen Kaufpreisen kommt das zukünftige Marktpotenzial dieser Unternehmen zum Ausdruck. Aufgrund der geringen Umsätze unterliegen solche Transaktionen oft nicht der Fusionskontrolle, da die Umsatzschwellen nicht erreicht werden. Denkbar wäre die Einführung eines weiteren Schwellenwertes, der etwa am Transaktionsvolumen anknüpft und die bestehenden Umsatzschwellen ergänzt.

(3) Marktmachtkriterien:

Prinzipiell sollte aus Sicht des Bundeskartellamtes an den bisherigen Kriterien zur Feststellung von Marktmacht auch bei der Prüfung von Marktmacht digitaler Plattformen festgehalten werden. Allerdings können zusätzliche Elemente an Bedeutung gewinnen, wie etwa Netzwerkeffekte, Größenvorteile, Plattformdifferenzierung oder der Zugang zu Daten, die im Zusammenspiel mit weiteren Faktoren in besonderer Weise bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen wären. Auch hier wäre eine gesetzgeberische Klarstellung hilfreich.

Frage 2: Wie bewerten Sie das Kartellverfahren gegen Facebook, in dem insbesondere geprüft wird, ob das Unternehmen seine besonderen Pflichten aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung missbraucht?

Da es sich um ein schwebendes Verfahren handelt, kann das Bundeskartellamt hierzu derzeit nur in einem durch das Rechtsstaatsgebot beschränkten Umfang Auskunft geben.

Das Amt geht in einem Anfang März 2016 eingeleiteten Verwaltungsverfahren dem Verdacht nach, dass Facebook durch die Ausgestaltung seiner Vertragsbestimmungen, die die Verwendung von Nutzerdaten betreffen, seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht.

Als führender Anbieter eines sozialen Netzwerkes erhebt und verarbeitet Facebook in großem Umfang persönliche Daten seiner Nutzer. Vorliegend besteht der Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen Facebooks für die Datenerhebung und -verarbeitung gegen datenschutzrechtliche Vorschriften

verstoßen. Die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen könnte einen so genannten Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzern darstellen, soweit sich im Laufe des Verfahrens der Verdacht einer marktbeherrschenden Stellung Facebooks sowie eines tatsächlicher Rechtsverstoß bestätigen sollte.

Zwar ist nicht jeder Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens kartellrechtlich relevant. Für werbefinanzierte Internetdienste wie Facebook haben die Nutzerdaten jedoch eine herausragende Bedeutung, insbesondere beim Angebot von zielgerichteter Werbung. Daher muss sich die Datenerhebung und -verarbeitung im Einklang mit den geltenden Gesetzen, auch mit dem Datenschutzrecht, befinden. Unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs von Marktmacht ist zu untersuchen, ob die Verbraucher über die Art und den Umfang der Datenerhebung hinreichend aufgeklärt werden und in die Datenverarbeitung freiwillig einwilligen.

Frage 3: Wirken vor dem Hintergrund der Erfahrungen der vergangenen Jahre digitale Plattformen eher wettbewerbsfördernd oder befördern sie eher Marktkonzentration bis hin zur Monopolstellung? Wie bewerten Sie die Tendenz zur marktbeherrschenden Stellung von Plattformanbietern?

Aus Sicht des Bundeskartellamtes hat das Aufkommen digitaler Plattformen in vielen Wirtschaftsbereichen tiefgreifende Veränderungen hervorgerufen. Digitale Plattformen können etwa Transaktionskosten im Handel und Tausch von Gütern senken, kleineren Anbietern den Zugang zu einem großen Kreis potenzieller Kunden öffnen oder Anbietern ermöglichen, Kunden zielgenauer anzusprechen. Dabei können sie langfristig in einem dynamischen Wettbewerbsprozess manches klassische Geschäftsmodell etablierter Firmen teilweise oder gar vollständig ersetzen.

Allerdings können digitale Plattformen auch Konzentrationsprozesse auf einem Markt fördern. Das Bestehen von direkten oder indirekten Netzwerkeffekten, Größenvorteile (economies of scale) und die Bedeutung von Daten für das Geschäftsmodell können dazu führen, dass früh in den Markt eingetretene und größere Plattformbetreiber erhebliche wettbewerbliche Vorteile gegenüber kleineren Plattformbetreibern haben, diese in ihren Wachstumsmöglichkeiten beschränken und zu kartellrechtlich bedenklichen Machtstellungen führen. Derartigen Konzentrationstendenzen kann mit der Fusionskontrolle und der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht begegnet werden.

Frage 4: Welche Herausforderung gibt es mit Blick auf die Marktabgrenzung und Definition auf Plattformmärkten und sehen Sie hier gesetzgeberischen Handlungsbedarf? Ist aus kartellrechtlicher

Sicht zwischen Intermediären und Plattformen zu unterscheiden, welche Grenzziehung bietet sich hier an und worin unterscheiden sich die kartellrechtlichen Fragestellungen? Bedarf es für die Beantwortung der Frage der Gewerbsmäßigkeit von Plattformanbieter die Festschreibung einer Umsatzgrenze, bei deren Überschreitung die Anwendung entsprechender gesetzlicher Regelungen und Vorgaben auch auf neue Formen von „Sharing Economy“ auf digitalen Plattformen greift?

Als Plattformen sieht das Bundeskartellamt Unternehmen an, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten ermöglichen, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Gerade die Existenz von Netzwerkeffekten stellt für die kartellrechtliche Marktabgrenzung auf Plattformmärkten eine besondere Herausforderung dar, da zwei oder mehr Nutzerseiten berücksichtigt werden müssen.

Diese Plattform-Definition unterscheidet sich grundlegend von dem derzeit im Medienrecht diskutierten Begriff der Intermediäre, als deren wesentliches Kennzeichen die Aggregation, Auswahl und Präsentation von Inhalten genannt wird. Diese medienpolitische Definition knüpft nicht an kartellrechtsrelevante Aspekte an und führt daher auch nicht zu bestimmten kartellrechtlichen Fragestellungen. Insbesondere werden Netzwerkeffekte, die bei der Prüfung der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung eine wesentliche Bedeutung haben, nicht in den Vordergrund gestellt.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist das Instrumentarium des nationalen und europäischen Kartellrechts grundsätzlich ausreichend, um den Wettbewerb von Plattformbetreibern sicherzustellen. Allerdings sieht das Bundeskartellamt, wie in der Antwort auf Frage 1 beschrieben, in einigen Bereichen Raum für gesetzgeberisches Handeln mit dem Ziel, die Arbeit der Behörden zu vereinfachen und abzusichern. Dies betrifft etwa (1) die Klarstellung, dass auch nicht-monetäre Austauschbeziehungen zwischen Marktakteuren in der kartellrechtlichen Beurteilung berücksichtigt werden können, (2) für die Fusionskontrolle die Einführung eines weiteren Schwellenwertes, etwa am Transaktionsvolumen anknüpft und die bestehenden Umsatzschwellen ergänzt oder (3) die Klarstellung, dass weitere Kriterien wie Netzwerkeffekte, Größenvorteile, Plattformdifferenzierung oder Zugang zu Daten bei der Feststellung von Marktmacht einer digitalen Plattform berichtigt werden können.

Frage 5: Der Begriff von (Online-)Plattformen ist in der Wahrnehmung begrenzt auf große amerikanische Anbieter, die als Suchmaschine oder soziales Netzwerk gestartet sind, aber heute eine Vielzahl anderer Geschäftsfelder für sich erschlossen haben. Als Plattform bedienen sie Nachfrager und Anbieter gleichermaßen. In dieser zweiseitigen Marktstruktur fungieren sie als zwischengeschaltete Instanz. Sie nutzen in besonderem Ausmaß die Eigenschaften digitaler Märkte. Können vor dieser Annahme klassische Geschäftsmodelle in die „Online-Welt“ transformiert werden oder widersprechen sich diese beiden Theorien? Werden Anbieter in der Digitalwirtschaft künftig ihre Produkte anbieten können, ohne auf Plattformen Dritter angewiesen zu sein?

Nach den Erkenntnissen aus der Fallpraxis des Bundeskartellamtes können herkömmliche Geschäftsmodelle durchaus mit den Geschäftsmodellen digitaler Plattformen in vielen Wirtschaftsbereichen koexistieren. Traditionelle Anbieter können ihr Geschäftsmodell und ihr Leistungsangebot über digitale Plattformen erweitern und etwa neue Kundengruppen erschließen. Beispielsweise können stationäre Händler über Handelsplattformen wie Amazon Marketplace oder Ebay ohne großen Aufwand in den Onlinevertrieb ihrer Produkte einsteigen. Handwerker können über Plattformen wie myhammer ihre Dienstleistungen überregional anbieten. In diesen Fällen verdrängen digitale Plattformen etablierte Geschäftsmodelle nicht, sondern ermöglichen vielmehr eine Erweiterung dieser Geschäftsmodelle.

Digitale Plattformen können überdies die Entstehung neuer Geschäfts- oder Vertriebsmodelle ermöglichen. Smartphone-Betriebssysteme von Apple, Google oder Microsoft ermöglichen unabhängigen Softwareentwicklern, Apps für bisher nicht gekannte Anwendungen zu entwickeln und einer großen Nutzerzahl weltweit zu verkaufen. Soziale Netzwerke ermöglichen es Menschen, auf eine unmittelbare Art in Kontakt zu treten und zu kommunizieren, die ohne digitale Plattform nicht möglich wäre.

In manchen Bereichen können über digitale Plattformen abgewickelte Geschäftsmodelle herkömmliche Geschäftsmodelle wettbewerblich unter Druck setzen und langfristig auch ersetzen. Dies droht etwa, wenn die Abwicklung über digitale Plattformen erheblich niedrigere Transaktionskosten verursacht oder durch den Zugang zu Daten Kunden zielgerichteter adressiert werden können. Ein dynamischer Entwicklungsprozess, in dem innovative Produkte etablierte Produkte langfristig ersetzen, ist jedoch kein Spezifikum digitaler Märkte sondern in Märkten generell anzutreffen.

Frage 6: Wie kann Regulierung mit dem Unterschied zwischen Plattform und Anbieter umgehen? Gibt es Ansätze zur Regulierung? Welche Möglichkeiten sehen Sie für eine Ko- oder Selbstregulierung von Online-Plattformen? Welche Erwartungen haben Sie an die Europäische Kommission, insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Konsultationen zur Plattformwirtschaft?

Digitale Plattformen sind in sehr unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen tätig, bieten eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen, verfolgen sehr unterschiedliche Geschäftsmodelle und sind je nach Tätigkeitsfeld unterschiedlichen wettbewerblichen und rechtlichen Rahmenbedingungen ausgesetzt. Einheitliche, für sämtliche digitale Plattformen gültige Verhaltensregeln lassen sich nicht aufstellen. Eine einheitliche „sektorspezifische“ Regulierung von digitalen Plattformen ist deshalb nicht praktikabel.

Davon unabhängig erscheint eine sektorspezifische Regulierung von Plattformen auch nicht geboten. Eine Regulierung von Märkten kommt zunächst nur beim Vorliegen eines systematischen Marktversagens in Betracht. Beispielsweise kann eine Marktregulierung in Form einer Zugangs- und Entgeltregulierung, wie sie etwa auf bestimmten Telekommunikationsmärkten oder dem Eisenbahnnetz durchgeführt wird, nur durch die Existenz natürlicher Monopole oder in der Übergangsphase von einem rechtlichen Monopol zur Schaffung wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt werden.

Ein solches systematisches Marktversagen ist aber aus Sicht des Bundeskartellamts derzeit nicht ersichtlich. Jenseits eines solchen systematischen Marktversagens gilt die allgemeine Wettbewerbsaufsicht des Kartellrechts. Sofern sich im Einzelfall wettbewerbliche Probleme zeigen sollten, ist aus Sicht des Bundeskartellamtes das Instrumentarium des nationalen und europäischen Kartellrechts grundsätzlich ausreichend, um den Wettbewerb von Plattformbetreibern sicherzustellen.

Frage 7: Wie kann und muss ein nationaler, europäischer oder auch internationaler Rechtsrahmen aussehen, um den Wettbewerb der Plattformen sicherzustellen und um die Schutzstandards durchzusetzen? Wie kann sichergestellt werden, dass die nationalen und europäischen Schutzstandards etwa zum Daten- und Verbraucherschutz, zum Arbeits- und Gesundheitsschutz bei Plattformen und insbesondere bei Plattformen mit marktbeherrschender Stellung durchgesetzt werden können? Dienstleistungsanbieter auf den Plattformen sind in der Regel Selbständige. Wie kann sichergestellt werden, dass (Schein-)Selbständigkeit nicht für Sozial-Dumping missbraucht wird (Bsp. Uber)? Wären Prüf- und Meldepflichten der Plattformen eine Möglichkeit, dies zu verhindern (d.h. Plattformen müssen sicherstellen, dass keine Scheinselbständigkeiten vorliegen.)?

Plattformen sind ein vielschichtiges Thema. Zwar existieren gewisse Gemeinsamkeiten und übergreifende Themen, jedoch gibt es nicht „die“ Internetplattform. Die Geschäftsmodelle etwa von Google, Facebook, eBay oder Amazon unterscheiden sich ganz wesentlich. Damit unterscheiden sich auch die möglichen Gefahren oder wettbewerblichen Probleme, z.B. aufgrund

- unterschiedlich ausgeprägter Wechselmöglichkeiten: Der Lock-in-Effekt ist bei einem sozialen Netzwerk tendenziell größer als bei einer Suchmaschine.
- von Unterschieden beim Nutzerverhalten: Multi-Homing oder Single-Homing und Ausmaß der Netzwerkeffekte haben Bedeutung für die Marktmacht von Anbietern.
- Nur manche Anbieter sind auf verschiedenen benachbarten Märkten tätig, was besondere Probleme schafft (z.B. Google).

Gerade das Kartellrecht hat sich aber als flexibel erwiesen und ist bereits heute in der Lage, markt-machtbedingte Probleme zu lösen. Es verfügt über das erforderliche Instrumentarium, um auch im Internet wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verhindern und Märkte für Zutritte anderer Unternehmen offen zu halten. Beispielsweise kann mit Hilfe der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht verhindert werden, dass durch Diskriminierung oder den Ausschluss von Wettbewerbern Marktmacht aus einem Bereich auf einen anderen Bereich übertragen wird (das war auch ein Aspekt des Verfahrens der Europäischen Kommission gegen Google). Im Rahmen von Verfahren des Bundeskartellamts gegen Hotelbuchungsportale und Amazon Marketplace wurde starken Plattformen mit Best-Preis-Klauseln untersagt, für sich die besten Preise und Konditionen zu beanspruchen und dadurch Wettbewerb zu beschränken und Marktzutritte neuer Anbieter zu erschweren.

Die Besonderheiten digitaler Märkte machen nur gewisse Anpassungen und Fortentwicklungen im Kartellrecht wünschenswert. Wie in der Antwort auf Frage 1 beschrieben, besteht lediglich mit Blick auf wenige Detailfragen die Notwendigkeit für gesetzgeberisches Handeln mit dem Ziel, die Arbeit der Behörden zu vereinfachen und abzusichern.

Die Lösung weiterer angesprochener Sachverhalte, wie etwa der Arbeits- und Gesundheitsschutz oder Sozial-Dumping, ist aber nicht im Kartellrecht zu suchen.

Frage 8: Handelt es sich bei Plattformen aus Ihrer Sicht um eine Art Infrastruktur/öffentliche Güter und sollten sie dann entweder öffentlich betrieben oder besonders reguliert werden, analog zu Schienen- oder TK-Netzen?

Diese Frage lässt sich aufgrund der Vielzahl und Vielschichtigkeit unterschiedlicher Arten von Plattformen nicht pauschal beantworten.

Zunächst ist das Bundeskartellamt der Auffassung, dass der Begriff des öffentlichen Gutes eine Plattform nicht zutreffend beschreibt. Öffentliche Güter zeichnen sich zum einen durch eine Nicht-Ausschließbarkeit der Nutzung des Gutes (z.B. weil die Nicht-Nutzung des Gutes aus technischen Gründen nicht durchsetzbar ist, etwa bei einem Deich) und zum anderen durch eine Nicht-Rivalität beim Konsum (der Nutzen aus dem Konsum des Gutes verringert sich nicht mit der Zahl der Nutzer) aus. Diese Eigenschaften öffentlicher Güter verhindern eine effiziente Allokation, führen zu einem hohen Anreiz zu so genanntem „Trittbrettfahrerverhalten“, also einer Nutzung ohne Gegenleistung, das letztlich zu einem Marktversagen in Form einer Nicht-Bereitstellung des Gutes führen kann.

Allein die Vielzahl offenkundig funktionierender Geschäftsmodelle von Internetplattformen zeigt, dass ein solches für öffentliche Güter typisches Marktversagen im Regelfall nicht vorliegt. Aus Sicht des Bundeskartellamts ist daher zumindest nicht ersichtlich, warum Plattformen im Allgemeinen öffentlich betrieben oder wie öffentliche Güter reguliert werden sollten.

Naheliegender sind Überlegungen, ob bestimmte Plattformen natürliche Monopole darstellen. So wird in der ökonomischen Literatur zunächst vertreten, dass insbesondere die indirekten Netzwerkeffekte die

Größe einer Plattform und damit die Konzentration eines Marktes begünstigen.¹ Dies wird teilweise als vergleichbar mit der Situation natürlicher Monopole angesehen.² Insbesondere Evans/Schmalensee beschreiben das sogenannten Markt-Tipping, das bei ausgeprägten wechselseitigen indirekten Netzwerkeffekten entstehen kann: Aufgrund der Netzwerkeffekte erhöhe sich der Nutzen der Plattform mit zunehmender Nutzerzahl und diese ziehe in der Folge weitere Nutzer an. Diese Selbstverstärkung könne durch (kostenseitige) Größenvorteile unterstützt werden. Soweit keine anderen Faktoren dieser Selbstverstärkung entgegen wirkten, könne der Effekt im Extremfall bis zum Monopol führen. Als gegensteuernde Faktoren werden das sogenannte Multi-Homing und die teilweise damit zusammenhängende Plattfordifferenzierung sowie die Überlastung („Congestion“) der Plattform genannt.³ Das Markt-Tipping bedeutet, dass der Markt nur noch von einer Plattform bedient wird und die übrigen Anbieter ausscheiden, der Markt also gewissermaßen in die Monopolisierung „kippt“.

Die Vielfältigkeit der betroffenen Geschäftsmodelle, die verhältnismäßig hohe Dynamik vieler Märkte sowie die häufig relativ niedrigen Markteintrittsschranken sprechen allerdings gegen eine Regulierung dieser Märkte analog zur Regulierung physischer natürlicher Monopole, wie etwa das Eisenbahnnetz. Sofern im Einzelfall wettbewerbliche Probleme in dieser Hinsicht auftreten, kann diesen Problemen mit dem allgemeinen Kartellrecht begegnet werden.

Frage 9: Welche nicht-ökonomischen Probleme sind mit dem Geschäftsmodell von Datenplattformen verbunden? (Stichworte: informationelle Selbstbestimmung, Willensbildung, Selbstbestimmung und Entscheidungsautonomie, Datensicherheit, Solidarsysteme)

Ziel des Kartellrechts ist es, die Akkumulation wirtschaftlicher Macht zu verhindern oder deren Missbrauch zu vermeiden. Der Missbrauch wirtschaftlicher Macht kann aber in Grenzbereichen durchaus auch nicht originär ökonomische Sachverhalte betreffen, wie etwa den Datenschutz. Beispiel hierfür ist das kürzlich vom Bundeskartellamt eingeleitete Verfahren gegen Facebook. Facebook steht

¹ Evans/Schmalensee, „The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms“ , Competition Policy International 2007, 3(1), S.164; Peitz, „Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte“, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006 , 7(3), S. 322

² Peitz, „Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte“, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006 , 7(3), S. 322

³ S. beispielsweise Evans/Schmalensee, „The industrial Organization of Markets with Two-sided Platforms“, Competition Policy International, 2007, Vol. 3, S. 164.

unter Verdacht, durch die Ausgestaltung seiner Vertragsbestimmungen, die die Verwendung von Nutzerdaten betreffen, seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht und dabei gegen Datenschutzregeln verstoßen zu haben. Die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen könnte einen so genannten Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzern darstellen, soweit sich im Laufe des Verfahrens der Verdacht einer marktbeherrschenden Stellung Facebooks sowie eines tatsächlicher Rechtsverstoß bestätigen sollte.

Dieser Fall zeigt exemplarisch, dass Fragen der Datenerhebung und -verarbeitung eine Schnittstelle zwischen Kartellrecht und Datenschutzrecht darstellen können. Aus diesem Grunde soll im Rahmen der anstehenden GWB-Novelle auch die Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und den Datenschutzbeauftragten vereinfacht werden.

Frage 10: Welche positiven Beispiele für einen transparenten und datenschutzkonformen Umgang von Plattformen mit Nutzerdaten gibt es und wie kann Transparenz gestärkt werden? Welche positiven Ansätze gibt es, um auf Plattformen die Souveränität der Nutzer im Umgang mit persönlichen Daten zu sichern und zu stärken?

Diese Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Behandlung von Datenschutzverstößen von marktbeherrschenden Unternehmen und sind Gegenstand des laufenden Verfahrens gegen Facebook. Ein Ergebnis liegt noch nicht vor.

Frage 11: Wie kann bei Plattformen und insbesondere bei Plattformen mit marktbeherrschender Stellung, die in Europa ihre Dienste anbieten, eine faire Besteuerung - sowohl der Plattformbetreiber als auch der Leistungserbringer (z.B. Fahrer/Vermieter) - sichergestellt werden? Wie bewerten Sie die Ansätze, die zur Besteuerung international tätiger Unternehmen vereinbart wurden? Welche Rolle spielt das Problem im Wettbewerb?

Die Frage der Ausgestaltung der Besteuerung international tätiger Unternehmen stellt sich primär im Rahmen der Kontrolle staatlicher Beihilfen durch die Europäische Kommission. So kann die Europäische Kommission etwa bestimmte Steuerbegünstigungen durch Mitgliedsstaaten nach Beihilferecht prüfen und ggf. untersagen. Gerade in jüngster Zeit hat die Europäische Kommission vor dem Hintergrund der

Diskussion um die Steuergestaltung internationaler Konzerne einige Beihilfeverfahren im Hinblick auf steuerliche Aspekte geführt.⁴

Eine vergleichbare Besteuerung gleicher Leistungen von national oder regional tätigen Unternehmen auf der einen Seite und international tätigen Unternehmen auf der anderen Seite ist unter dem Gesichtspunkt eines sogenannten „wettbewerblichen Level-Playing-Fields“, also gleicher wettbewerblicher Rahmenbedingungen, aus wettbewerblicher Sicht begrüßenswert. Die Möglichkeit von Steuervermeidung international tätiger Unternehmen kann einen erheblichen Wettbewerbsvorteil darstellen.

Frage 12: Wie können Wettbewerbs- bzw. Kartellbehörden auf international arbeitende Plattformen wirken? Die Monopolkommission hat beispielsweise vorgeschlagen, dass Kartell- und Datenschutzbehörden verstärkt zusammenarbeiten sollen, auch außerhalb der Fusionskontrolle. Wie beurteilen Sie die Handlungsmöglichkeiten, welchen Handlungsbedarf sehen Sie insbesondere hinsichtlich der Frage, wie Daten/Informationen, die von Plattformanbietern generiert und genutzt werden, bemessen, transparent gemacht und im Kartell-, Wettbewerbs- und Fusionskontrollrecht herangezogen werden können?

Bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Internetdiensten, die ihre Dienste den Nutzern gegenüber kostenlos anbieten und sich durch Werbung finanzieren, kommt der Datenerhebung eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu. Die Möglichkeiten zu zielgerichteter Werbung hängen wesentlich von der Quantität sowie Qualität der erhobenen Daten ab. Internetunternehmen könnten daher versucht sein, auch unter Verstoß gegen geltendes Datenschutzrecht ein Maximum an Daten zu erheben und diese wirtschaftlich zu nutzen. Es kann ferner bei vielen Internetdiensten ein enger Zusammenhang zwischen der Erhebung personenbezogener Daten und der wirtschaftlichen Machtstellung eines Unternehmens bestehen.

Der genaue Zusammenhang zwischen der Marktposition eines Unternehmens und den dabei von Nutzern erhobenen Daten, die Bemessung der Daten unter diesem Gesichtspunkt sowie das Verhältnis von Datenschutz und Kartellrecht ist Gegenstand des in Frage 2 genannten laufenden Verfahrens gegen Facebook. Eine weitergehende Aussage hierzu ist daher gegenwärtig nicht möglich.

⁴ So hat die Europäische Kommission etwa jüngst selektive Steuervorteile, die Belgien bestimmten internationalen Konzernen gewährt hat, für unzulässig erklärt.

Eine enge Zusammenarbeit der Kartell- und Datenschutzbehörden – auch international – findet bereits statt. Das Amt führt das Verfahren gegen Facebook in engem Kontakt mit den zuständigen Datenschutzbeauftragten, mit den Verbraucherschutzverbänden sowie der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen EU-Mitgliedstaaten. Auf nationaler Ebene existiert darüber hinaus mit § 50 c GWB bereits eine Rechtsgrundlage für eine enge Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden und Regulierungsbehörden. Diese Norm erfasst schon gegenwärtig auch die Zusammenarbeit mit den Landesbeauftragten für Datenschutz. Hier könnte eine ausdrückliche Klarstellung jedoch durchaus sinnvoll sein.

Frage 13: Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts ist es, wie Marktanteile berechnet werden können. In der Diskussion ist zum Beispiel vielfach vom Kauf von Whatsapp durch Facebook die Rede. Die Nutzer erzielen hier keine (nennenswerten) Umsätze, zahlen aber mit persönlichen Daten bzw. ihrer Aufmerksamkeit. Wie können diese Daten und daraus resultierende Marktanteile wettbewerbsrechtlich bewertet werden? Müssen Wettbewerber Zugriff auf Datenbestände bekommen können? Wie bewerten Sie dieses Problem und wie könnten konkrete Lösungsvorschläge aussehen?

Im Hinblick auf die Frage, ob aus kartellrechtlicher Sicht ein Markt auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen vorliegen kann, sei auf die Antwort auf Frage 1 verwiesen. Auch die Hingabe von Daten durch den Nutzer eines Internetdienstes könnte aus Sicht des Bundeskartellamts ein geeignetes Merkmal einer Marktbeziehung darstellen.

Die Diskussion über die Frage, ob Nutzerdaten ein Faktor für die Marktmacht eines Unternehmens sein können, hat gerade erst begonnen.⁵ Viele Beiträge beschäftigen sich mit der Frage, welche Bedeutung Daten bei Internetdiensten haben⁶, wie Marktmacht bei häufig kostenlosen, aber Daten-getriebenen

⁵ Darren S. Tucker & Hill B. Welford, *Big Mistakes Regarding Big Data*, ANTITRUST SOURCE (December 2014); Geradin/Kuschewsky, „*Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*“, <http://ssrn.com/abstract=2216088>; Nathan Newman, *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*, 40 WM. MITCHELL L. REV. 850, 865-73, available at <http://open.wmitchell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=wmlr>; Spindler, „Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet – der Rahmen für Forschungsaufgaben und Reformbedarf“, GRUR 2013, S. 996-1004; Helbing, „Big Data und der datenschutzrechtliche Grundsatz der Zweckbindung“ K&R 2015, S. 145-150.

⁶ Andres V. Lerner, „The role of „big Data“ in Online Platform Competition, August 2014; Lionel Artige, „Will Big Data deliver its promised productivity growth?“, September 2015.

(„data-driven“) Märkten gemessen werden kann⁷, ob Daten eine Essential Facility darstellen können und inwieweit Datenschutzaspekte in die kartellrechtliche Prüfung einfließen sollten.⁸ Die englische Wettbewerbsbehörde CMA hat im Juni 2015 einen Bericht über das Thema „The commercial use of consumer data“ veröffentlicht, der auch auf wettbewerbsrechtliche Aspekte der Datennutzung eingeht.⁹ Die OECD hat sich in einem im Jahr 2015 erschienen Bericht¹⁰ ebenfalls mit der Bedeutung von Daten beschäftigt und die wohlfahrtssteigernden Aspekte von datengetriebenen Diensten insbesondere im Bereich des Gesundheitswesens und im Bereich der Verwaltung untersucht. Auch die Monopolkommission hat dem Thema Daten und Kartellrecht in ihrem Sondergutachten ein eigenes Kapitel gewidmet.¹¹ Das Bundeskartellamt arbeitet derzeit gemeinsam mit der französischen Wettbewerbsbehörde an einem Papier zur Bedeutung von Daten (Stichwort „Big Data“) für kartellrechtliche Fragestellungen. Darüber hinaus wird der beim Bundeskartellamt eingerichtete „Think Tank Internetplattformen“ in Kürze einen Zwischenbericht veröffentlichen, in dem der Stand der Diskussion zur wettbewerblichen Bedeutung von Daten umfassend dargestellt wird und Ansätze für den Umgang mit Daten als Faktor für Marktmacht aufgezeigt werden.

Datenherrschaft ist als solche noch kein Indiz für Marktmacht, kann jedoch in der Gesamtbetrachtung aller Umstände eine wichtige Rolle spielen. Erforderlich ist daher zunächst eine genaue Analyse, welchen Zweck die Datenerhebung und Nutzung für das betroffene Unternehmen hat. Die Herrschaft über Daten kann eine Markteintrittsbarriere darstellen, wenn die Daten von Wettbewerbern nicht duplizierbar sind oder wenn ein Unternehmen mit einer starken Marktposition die Möglichkeit hat, Daten aus verschiedenen Datenquellen zusammenzuführen. Auch muss das Zusammenspiel von

⁷ Hoofnagle/Whittington, „Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price“, *UCLA Law Review*, Vol. 61, Nr. 3, Februar 2014.

⁸ S. Geradin, „Big data and competition law“, LEAR Conference Rome, Juni 2015, <http://www.learconference2015.com/wp-content/uploads/2014/11/Geradin-slides.pdf>; Whittington/Hoofnagle, „Unpacking Privacy’s Price“, *North Carolina Law Review*, Vol. 90, Nr. 5, Juni 2012; Darren S. Tucker & Hill B. Welford, *Big Mistakes Regarding Big Data*, ANTITRUST SOURCE (Dezember 2014)

⁹ Berichts der englischen CMA, „The Commercial Use of Consumer Data“, Juni 2015, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/398283/Consumer_Data_-_CFI.pdf.

¹⁰ OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

¹¹ Monopolkommission, Sondergutachten „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitaler Märkte“, 2015, S. 44 m.w.N. http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf.

Datenerhebung und direkten und/oder indirekten Netzwerkeffekten im Einzelfall untersucht werden. So können Netzwerkeffekte dazu führen, dass das etablierte Unternehmen einen „Datenvorsprung“ vor seinen Wettbewerbern erlangt, der von diesen nicht mehr eingeholt werden kann.

Aufgrund der Vielfältigkeit der Geschäftsmodelle von Plattformen und die damit einhergehende stark unterschiedliche Bedeutung von Daten ist aber stets eine konkrete Einzelfallbetrachtung notwendig. Zudem dürfte eine Verpflichtung einer Gewährung von Datenzugang für Wettbewerber mit einer Vielzahl von Herausforderungen verbunden sein. So müsste etwa geklärt werden, für welche Daten konkret Zugang gewährt werden soll. Darüber hinaus stellen sich eigentumsrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen. Aus Sicht des Bundeskartellamts handelt es sich jedenfalls nicht um ein generelles Problem von Plattformmärkten, so dass eine sektorspezifische Regulierung überschießend erscheint.

Frage 14: Haben Plattformen eine kritische Nutzerzahl erreicht, wächst die Nutzerzahl nicht mehr linear, sondern exponentiell. Erst bei Erreichen einer marktbeherrschenden Stellung können Sättigungseffekte auftreten. Dieser Netzwerkeffekt unterscheidet digitale Märkte von klassischen Märkten. Dennoch zeichnen sich digitale Märkte trotz der Tendenzen zur Konzentration durch eine hohe Dynamik und Innovationskraft aus. Wäre deshalb eine regulatorische Zurückhaltung angebracht? Das Bertrand-Paradox der Ökonomie nimmt an, dass Preistransparenz zu einem ruinösen Wettbewerb führen und am Ende zu einem ein Angebotsmonopol führen kann. Insbesondere Märkte mit vielen Anbietern können bei gleichzeitiger Markttransparenz zu einer ausgeprägten Konkurrenzsituation führen. Einige Anbieter reagieren auf die Herausforderungen auf digitalen Märkten mit vertikalen Vertriebsbeschränkungen und selektiven Vertriebssystemen. Wie bewerten Sie solche Reaktionen, insbesondere mit Blick auf die Unterscheidung von Preiswettbewerb und Qualitätswettbewerb?

Die Aussage, Plattformen wüchsen bei Erreichen einer kritischen Nutzerzahl exponentiell erscheint aus Sicht des Bundeskartellamts nicht allgemein gültig. In vielen ökonomischen Modellen wird der Nutzen aus Plattformnutzung als linear steigend mit der Anzahl anderer Nutzer angenommen, teilweise werden auch andere Verläufe unterstellt. Ob hieraus eine exponentiell ansteigende Nutzerzahl resultiert, ist aus theoretischer Sicht unklar. Auch in der Praxis können verschiedene Konstellationen vorliegen, die unterschiedliche Implikationen nach sich ziehen. Ein exponentieller Anstieg nach Erreichen einer kritischen Masse käme allenfalls bei Vorliegen wechselseitig positiver Netzwerkeffekte in Betracht, nicht jedoch grundsätzlich für sämtliche Plattformen. Eine langfristige Koexistenz mehrerer Plattformen ist

grundsätzlich denkbar und wird durch Nutzungsphänomene wie Multi-Homing sogar begünstigt. Selbst bei starker Selbstverstärkungswirkung von Netzwerkeffekten ist unklar, ob das Erreichen einer marktbeherrschenden Stellung mit dem Auftreten von „Sättigungseffekten“ zusammenfällt.

Das Bundeskartellamt sieht das Vorliegen von (indirekten) Netzwerkeffekten als ein wichtiges, jedoch nicht als das alleinige Abgrenzungsmerkmal für den Plattformbegriff. Neben den Netzwerkeffekten ist auch die durch eine Plattform ermöglichte direkte Interaktion bzw. Transaktion zwischen zwei oder mehreren Nutzergruppen ohne Kontrolle der Plattform ein wesentliches Merkmal von Plattformen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass weder das Vorliegen von (indirekten) Netzwerkeffekten, noch die Zweiseitigkeit von Märkten auf Internetmärkte beschränkt ist.

Das besondere Innovationspotential und die mit Netzwerkeffekten möglicherweise verbundene Dynamik sind im Einzelfall zu prüfen. Regulatorische Zurückhaltung scheint insbesondere dann angebracht, wenn hinreichende Anhaltspunkte für konkret innerhalb eines geeignet gewählten Prognosezeitraums zu erwartende dynamische Marktentwicklungen bestehen. Grundsätzlich ist eine Regulierung von Märkten aber nur unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt. Eine Marktregulierung in Form einer Zugangs- und Entgeltregulierung, wie sie beispielsweise auf bestimmten Telekommunikationsmärkten durchgeführt wird, ist vor allem bei natürlichen Monopolen oder in der Übergangsphase von einem rechtlichen Monopol zur Schaffung wirksamen Wettbewerbs sinnvoll. Jenseits dessen müssten für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes besondere dauerhafte Umstände eines Marktversagens nachgewiesen werden. Entsprechend sind die Schwellen für die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes hoch.

Vertikale Vertriebsbeschränkungen und selektive Vertriebssysteme

Im Bereich des Vertriebs physischer Güter beobachtet das Bundeskartellamt in der Tat mit zunehmender Bedeutung des Online-Vertriebs eine ebenfalls zunehmende Tendenz auf Seiten von Herstellern, den händlerseitigen Vertrieb der von ihnen hergestellten Produkte über Online-Kanäle zu steuern. Dabei kristallisiert sich ein breites Spektrum möglicher Verhaltensweisen heraus, das von kartellrechtlich eindeutig verbotenem bis zu kartellrechtlich eindeutig erlaubtem Verhalten reicht.

In den Bereich kartellrechtlich eindeutig verbotenen Verhaltens fallen insbesondere Versuche von Herstellern, die Preissetzung von Händlern auf Online-Kanälen direkt zu beeinflussen. Hier haben in der Fallpraxis des Bundeskartellamts vor allem Fälle eine Rolle gespielt, in denen Hersteller Händlern für den Fall der Fortsetzung einer Niedrigpreispolitik auf Online-Kanälen mit einer Beendigung der Lieferbeziehung drohten. Derartige Einflussnahmen auf die Preissetzung der zweiten Hand ordnen das deutsche

und das in Deutschland ebenfalls und vorrangig anwendbare europäische Kartellrecht als verbotene Preisbindungen und damit als Kernbeschränkungen des Wettbewerbs ein. In solchen Fällen liegt für die kartellbehördliche Aufsicht regelmäßig die Verhängung von Bußgeldern nahe, insbesondere wenn es sich um Hersteller mit einiger Marktbedeutung handelt (vgl. etwa die jüngst vom Bundeskartellamt gegen die Matratzenhersteller Metzeler, Recticel und Tempur verhängten Bußgelder).

Auf der anderen Seite sind kartellrechtlich eine große Anzahl sonstiger Beschränkungen im Verhältnis zwischen Hersteller und Händlern freigestellt und damit zulässig. So kann ein Hersteller grundsätzlich seinen Vertrieb auf von ihm ausgewählte Händler beschränken, die bestimmte qualitative Kriterien beim Weiterverkauf erfüllen (qualitatives selektives Vertriebssystem). Er kann darüber hinaus auch von vorneherein die Zahl der von ihm für den Weitervertrieb belieferten Händler auf eine bestimmte Zahl beschränken (quantitatives selektives Vertriebssystem). Hintergrund dieser weitgehenden Freistellung ist die ökonomische Erkenntnis, dass bestimmte Einschränkungen des Wettbewerbs auf Handelsebene zu einer Verbesserung des Qualitätswettbewerbs beitragen können.

Herstellerseitige Vorgaben innerhalb selektiver Vertriebssysteme können sich selbstverständlich auch auf den Vertrieb der autorisierten Händler über Online-Kanäle erstrecken. Es ist zum Beispiel im Interesse des Qualitätswettbewerbs zulässig, wenn ein Hersteller zu dem von ihm betriebenen selektiven Vertriebssystem von vorneherein nur solche Händler zulässt, die auch ein physisches Geschäft betreiben. Damit ist es für Hersteller ungeachtet des hergestellten Produkts grundsätzlich möglich, die Belieferung reiner Online-Händler auszuschließen.

Grenzen für Vorgaben im selektiven Vertrieb bestehen aber dort, wo bereits zugelassenen Händlern der Vertrieb über Online-Kanäle unmöglich gemacht wird. So ist in der europäischen Rechtsprechung bereits entschieden worden, dass einem Händler grundsätzlich der Vertrieb über das Internet nicht pauschal untersagt werden darf (EuGH-Urteil in Sachen Pierre Fabre). Das Bundeskartellamt sieht darüber hinaus auch Vorgaben in selektiven Vertriebssystemen als rechtswidrig an, die autorisierten Händlern die Zusammenarbeit mit Preisvergleichsseiten im Internet oder die Internetwerbung mit der Marke des Herstellers verbieten, da es sich hierbei um Maßnahmen handelt, die einem Totalverbot des Internetvertriebs sehr nahekommen (vgl. den im September 2015 erlassenen Beschluss des Bundeskartellamts zum selektiven Vertriebssystem des Schuhherstellers Asics). Eine weitere wichtige Frage in diesem Zusammenhang ist, ob Hersteller autorisierten Händlern den Verkauf über Handelsplattformen wie Amazon oder eBay pauschal untersagen dürfen, d.h. ungeachtet der jeweiligen qualitativen Ausgestaltung der Plattform. Auch hier neigt das Bundeskartellamt in der Asics-Entscheidung zu der

Auffassung, dass sich ein solches pauschales Verbot nicht im Interesse des Qualitätswettbewerbs rechtfertigen lässt und daher rechtswidrig ist.

Kartellrechtlich ebenfalls problematisch sind unterschiedliche Vergütungssysteme der Hersteller für den online- und offline-Absatz der von ihnen belieferten Händler („Doppelpreissysteme“). Diese Problematik kann sich sowohl innerhalb als auch außerhalb selektiver Vertriebssysteme stellen. Eine häufige Erscheinungsform sind herstellenseits aufgesetzte Rabattsysteme, in denen der Händler für offline getätigte Verkäufe höhere Rabatte erzielen kann als für Verkäufe über Online-Kanäle. Solche Gestaltungen sieht das Bundeskartellamt tendenziell als rechtswidrig an, weil sie Händler bevorzugen, die vornehmlich offline absetzen. Es hat diverse entsprechende Verfahren geführt (u.a. gegen die Unternehmen Dornbracht, Gardena und Bosch Siemens Haushaltsgeräte), die allerdings bislang sämtlich nach Anpassung der Vergütungssysteme durch die Hersteller und damit einhergehender Behebung des Kartellrechtsverstoßes eingestellt werden konnten.

Zu betonen ist schließlich, dass das Kartellrecht bei sämtlichen grundsätzlich verbotenen vertikalen Beschränkungen – seien es verbotene Preisbindungen, pauschale Verbote des Online-Vertriebs oder Doppelpreissysteme – im Einzelfall eine Rechtfertigung unter sogenannten Effizienz Gesichtspunkten erlaubt. Zu berücksichtigende Effizienzen können insbesondere Verbesserungen der Vertriebsqualität sein, etwa weil eine Beschränkung es den Händlern ermöglicht, Endkunden verbesserten Service anzubieten, oder weil sie dem Erhalt eines für den Endverbraucher einen Mehrwert darstellenden Markenimages dient. Allerdings ist an eine solche Effizienzrechtfertigung grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen: Unternehmen, die Beschränkungen praktizieren wollen, müssen die Vorteile für den Endverbraucher im Einzelnen darlegen und beweisen. Ebenso müssen sie beweisen, dass die Beschränkung unerlässlich ist, um die angeführten Vorteile zu erreichen.

Insgesamt stellt das Kartellrecht aus Sicht des Bundeskartellamts schon jetzt einen adäquaten Regelungsrahmen zur Verfügung, um die Entwicklung des Online-Vertriebs mit Blick auf den Preis- ebenso wie auf den Qualitätswettbewerb effektiv zu regulieren.

Frage 15: Welche Regelungen bedarf es zur Neutralität bzw. Diskriminierungsfreiheit von Plattformanbietern, beispielsweise bei Suchmaschinen und der Interoperabilität, um Lock-In-Effekte zu vermeiden?

Diese Frage lässt sich aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Geschäftsmodelle von Plattformen nicht pauschal beantworten.

Diskriminierungsfreiheit

Ungleichbehandlungen (Diskriminierungen) anderer Unternehmen können bereits heute einen Kartellrechtsverstoß nach Artikel 102 AEUV oder § 19 Absatz 1 GWB darstellen, wenn sie ohne sachliche Rechtfertigung erfolgen. Für die Beantwortung der Frage der sachlichen Rechtfertigung ist auf die Interessen der Beteiligten im Einzelfall abzustellen. Diese sind gegeneinander unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Kartellrechts gegeneinander abzuwägen.

Im Hinblick auf das konkrete Beispiel einer Suchmaschine liegt eine Besonderheit allerdings darin, dass es Aufgabe einer Suchmaschine ist, die für den Nutzer relevantesten Angebote herauszufiltern. Das Wesen einer Selektion möglichst relevanter Ergebnisse ist gerade die Diskriminierung weniger relevanter Ergebnisse. Im Regelfall haben Betreiber von Suchmaschinen auch kein Interesse daran, die Selektion und Darstellung von Suchergebnissen oder Inhalten gezielt zu verfälschen. Sie müssten mit einem erheblichen Reputationsverlust und einer Einbuße bei der Nutzung rechnen, wenn ein solcher Eingriff bekannt werden würde.¹² Diese Einschätzung lässt sich auch auf andere Plattformen übertragen, die ihren Nutzern versprechen, die für sie relevanten Inhalte darzustellen. Kartellrechtlich problematisch kann die Selektion und Präsentation von Inhalten allerdings sein, wenn sie sich nicht mehr auf die Relevanz der Suchergebnisse bezieht, sondern anderen Motiven folgt.

Einen besonderen Fall der Ungleichbehandlung stellt die bevorzugte Darstellung eigener Inhalte oder Dienste dar. Ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für fremde und eigene Inhalte begründet das Kartellrecht zunächst nicht. Jedes Unternehmen ist frei, sein Geschäftsmodell selbst zu bestimmen und dabei verschiedene Dienstleistungen anzubieten und ggf. eigene Dienstleistungen zu bevorzugen.

¹² Monopolkommission, Sondergutachten *Herausforderung digitale Märkte*, Rn. 249.

Allerdings gibt es auch Grenzen für die Selbstbevorzugung. Eine solche Grenze ist insbesondere dann überschritten, wenn Unternehmen ihre Dienste, bei denen sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, zwangsweise mit der Nutzung weiterer Dienste koppeln. Hier besteht die Gefahr, dass das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung von einem Markt auf weitere Märkte zum Nachteil der dortigen Wettbewerber ausdehnen kann. Solche Verhaltensweisen, die im konkreten Einzelfall nicht mehr mit der unternehmerischen Freiheit zu rechtfertigen sind, erfasst das Kartellrecht bereits.

Darüber hinaus ist die sachliche Rechtfertigung einer Verhaltensweise eines Marktbeherrschers im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzes zu würdigen. Diese Interessenabwägung im Einzelfall kann auch zur Unbilligkeit einer Selbstbevorzugung führen.

Dass Verhaltensweisen der Selbstbevorzugung kartellrechtlich erfassbar sind, belegt das Verfahren der Europäischen Kommission zu verschiedenen Verhaltensweisen von Google. Im April 2015 hat die Europäische Kommission vorläufig festgestellt, dass Google seine eigenen Preisvergleichsdienst sowohl bei der Darstellung auf seinen allgemeinen Suchergebnisseiten als auch im Ranking der Suchergebnisse der allgemeinen Suche systematisch bevorzuge.¹³ Über die bestehenden kartellrechtlichen Regelungen hinausgehende Vorschriften für Diskriminierungsfreiheit von Plattformen sind aus Sicht des Bundeskartellamts derzeit nicht notwendig. Es bestünde im Gegenteil die Gefahr, dass sich derartige Regelungen als im Hinblick auf die Qualität und Innovationskraft von Plattformangeboten kontraproduktiv erweisen könnten.

Interoperabilität

Die Frage der Interoperabilität stellt sich auf einer Vielzahl völlig unterschiedlicher Märkte. Die mit diesem Themenkomplex verbundenen rechtlichen, wirtschaftlichen und wettbewerblichen Implikationen können je nach betroffenem Markt entsprechend unterschiedlich ausfallen.

Da hat Interoperabilität weniger bei Plattformen mit indirekten Netzwerkeffekten eine Bedeutung, sondern vielmehr bei Diensten, die durch direkte Netzwerkeffekten zwischen den Nutzern gekennzeichnet sind (Netzwerke). In diesem Bereich kann fehlende Interoperabilität zwischen unterschiedlichen Angeboten zu einer Verstärkung von Netzwerkeffekten bzw. zu Lock-In-Effekten auf Seiten der Nutzer

¹³Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 15. April 2015, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_de.htm

führen. Als Beispiel hierfür können Messenger-Dienste dienen: Bei fehlender Interoperabilität können Nutzer eines bestimmten Messenger-Dienstes nur mit den Nutzern des gleichen Dienstes kommunizieren. Dies kann dazu führen, dass Messenger-Dienste ihren Kunden mit steigender Nutzerzahl auch einen höheren Nutzen bieten. Kleineren Wettbewerbern kann so der Marktzutritt und die Kundengewinnung erheblich erschwert werden.

Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten ist Interoperabilität aber zunächst ein Wettbewerbsparameter, den Unternehmen nach je eigener Strategie einsetzen und auch grundsätzlich einsetzen dürfen. Bedenklich wird das erst, wenn es sich um marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen handelt. In solchen Fällen ist es auch denkbar, dass marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich zu Interoperabilität verpflichtet werden.¹⁴

Aus wirtschaftlicher Perspektive kann Interoperabilität dazu beitragen, dass Abschottungstendenzen eines bestehenden Marktes bis hin zur Monopolbildung vermieden werden, und der Marktzugang für neue Teilnehmer nicht durch geschlossene Systeme erschwert wird. Interoperabilität kann den Wettbewerb zwischen Anbietern und einzelnen Systemen fördern. Ein Zwang zur Interoperabilität von Angeboten stellt auf der anderen Seite aber einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar und bedarf einer fundierten Begründung im konkreten Einzelfall.

Frage 16: Wie lässt sich der Wert der zur Verfügung gestellten/der genutzten Daten und der daraus generierten Informationen transparent machen, um unter anderem wettbewerbsrechtliche Analysen vornehmen und souveräne Verbraucherentscheidungen ermöglichen zu können?

Diese Frage ist nicht pauschal zu beantworten. Zum einen hängt der Wert von Daten stark von deren Qualität und der konkreten Verwertbarkeit für den Dateninhaber ab. Zum anderen handelt es sich bei der monetären Bewertung von Daten um eine äußerst komplexe Fragestellung. Insofern ist der Wert von Daten nur im konkreten Einzelfall ermittelbar.

¹⁴ Bereits im Jahre 2004 hat die Europäische Kommission Microsoft im Rahmen eines kartellrechtlichen Missbrauchsverfahrens Interoperabilitätspflichten auferlegt. Dieser Punkt wurde später durch das EuG bestätigt. Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.03.2004, Az. COMP/C-3/37.792 – Microsoft; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16.12.2009, Az. COMP/C-3/39.530 – Microsoft; EuG, Entscheidung vom 17.09.2007, Az. T-201/04 – Microsoft.

Frage 17: Wie kann sichergestellt werden, dass für die Nutzung von kreativen Inhalten auf Plattformen und insbesondere bei Plattformen mit marktbeherrschender Stellung eine angemessene Vergütung für die Kreativen und Urheber erfolgt? Wie kann sichergestellt werden, dass diese sich nicht Verhandlungen und Vereinbarungen entziehen?

Aus wettbewerblicher Sicht bildet sich eine angemessene Vergütung grundsätzlich im Wettbewerb. Nur soweit die Preisbildung im Wettbewerb aufgrund von zu großer Marktmacht einer Seite gestört ist, ist ein Eingriff in Betracht zu ziehen. Das Kartellrecht ermöglicht solche Eingriffe – wo erforderlich – seit jeher schon mit dem Konzept des Preishöhenmissbrauchs durch marktbeherrschende Unternehmen. Ein Missbrauch kann dabei konzeptionell betrachtet auch darin liegen, dass der Preis zu niedrig ist. Für die Feststellung, ob ein solcher Missbrauch vorliegt und einen Eingriff erfordert, ist aber eine Analyse der Umstände im konkreten Einzelfall unabdingbar. Ist ein Unternehmen mehreren Seiten gegenüber tätig, muss bei dieser Analyse berücksichtigt werden, dass es Interdependenzen zwischen den Tätigkeiten den verschiedenen Seiten gegenüber geben kann, insbesondere aufgrund von Netzwerkeffekten. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Plattform, die sich gegenüber einer der von ihr bedienten Seiten als marktbeherrschend erweist, dies notwendig auch gegenüber den übrigen Seiten sein muss. Auch insoweit ist eine genaue Analyse im Einzelfall unverzichtbar.

Einer Verhandlungsverweigerung kann auf der Grundlage des Kartellrechts mit der Missbrauchsaufsicht bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung dann begegnet werden, wenn ein Kontrahierungszwang besteht, dem sich das Unternehmen durch die Verweigerung entzieht. Eine Verpflichtung zum Einkauf von Urheberrechten aus Kartellrecht selbst besteht aber regelmäßig nicht. Darüber hinaus muss das marktbeherrschende Unternehmen aber auch, wenn es Urheberrechte nutzen will, das sogenannte Anzapfverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB beachten, nach dem es andere Unternehmen nicht dazu aufzufordern oder veranlassen darf, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Diese Norm zielt grundsätzlich auf den Verhandlungsprozess und kann unangemessenes Verhandlungsverhalten des Marktbeherrschers erfassen.

Frage 18: Sehen Sie das Leistungsschutzrecht für Presseverleger als geeignetes Element einer Plattformregulierung an? Wie beurteilen Sie die Auseinandersetzung um das Leistungsschutzrecht für Presseverleger vor dem Hintergrund der angestrebten Verfahren zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Google? Wie bewerten Sie die derzeitige rechtliche Auseinandersetzung um das Leistungsschutzrecht vor dem Hintergrund der Möglichkeiten des Kartellrechts, auf solche Entwicklungen zu reagieren?

Das Bundeskartellamt hat sich mit dem Leistungsschutzrecht für Presseverleger im Kontext von Vorwürfen der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung befasst, die von einigen Verlagen und der VG Media gegen Google erhoben wurden. Die Vorwürfe betrafen Googles Verhalten bei der Darstellung von Ergebnissen in der Suchmaschine im Zusammenhang mit der Einführung des Leistungsschutzrechtes und seiner Geltendmachung durch die erwähnten Verlage bzw. die VG Media. Google hatte die von VG Media vertretene Verlage, nicht aber andere Verlage, aufgefordert zu erklären, dass diese ohne Entgelt in die Anzeige von kurzen Testauszügen (so genannten Snippets) in den Angeboten von Google einwilligten, und angekündigt, andernfalls keine Snippets und Vorschaubilder mehr anzuzeigen.

Das Bundeskartellamt hat nach § 32c GWB förmlich entschieden, dass kein Verfahren eingeleitet wird¹⁵. Das Verhalten Googles ist aus der Sicht des Bundeskartellamtes mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht missbräuchlich, wenngleich das Amt dem Charakter einer Entscheidung nach § 32c GWB entsprechend keine abschließenden Feststellungen getroffen hat. Ein ungerechtfertigter Eingriff in die Ergebnisliste von Suchanfragen war nicht erkennbar. Hätte Google an der Nutzung - entgeltlicher - Snippets festgehalten, hätte dies möglicherweise eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht des Unternehmens ausgelöst. Unter diesem Gesichtspunkt erschien es sachlich gerechtfertigt, auf eine solche Nutzung zu verzichten.

Das Verfahren betraf implizit auch die Frage, ob Google kartellrechtlich verpflichtet sein kann, das Leistungsschutzrecht entgeltlich zu nutzen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes wäre eine solche Verpflichtung nicht angemessen, weil sie einen sehr weitreichenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellte, indem eine hohe Investition in den Einkauf einer Vielzahl von Produkten oder Rechten – hier dem Leistungsschutzrecht – und damit letztlich eine Veränderung des Geschäftsmodells

¹⁵ Beschluss vom 8. September 2015 zum Az. B6-126/14, verfügbar über www.bundeskartellamt.de.

vorschreiben würde. Auch ein Marktbeherrscher ist grundsätzlich nicht verpflichtet, bestimmte Produkte oder Rechte für seine Dienstleistung einzukaufen. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu einer Zugangsregulierung zu wesentlichen Einrichtungen (essential facility), bei denen das marktbeherrschende Unternehmen allerdings für den Zugang vergütet wird und nicht zahlen muss.

Angesichts dessen liegen aus Sicht des Bundeskartellamtes für eine Verpflichtung zur Nutzung von Rechten als Element einer Plattformregulierung aus Wettbewerbssicht keine hinreichenden Gründe vor.

Frage 19: Gleichzeitig werden durch die zunehmende Nutzung von Werbeblockern für Internetangebote klassische dreiseitige Märkte zur Finanzierung freier Inhalte aufgebrochen. Erste Anbieter haben jetzt damit reagiert, Nutzer von Werbeblockern von ihren Angeboten auszuschließen beziehungsweise auf eine kostenpflichtige Nutzung ihrer Angebote zu lenken. Wie beurteilen Sie diese Entwicklung? Sehen Sie eine grundsätzliche Abkehr von Gratisangeboten im Netz? Bedarf es rechtlicher Vorgaben für sogenannte Ad-Blocker, etwa eine Public-Value-Verpflichtung, mit der bestimmte Public-Value-Angebote, also insbesondere journalistisch-redaktionelle Angebote, verpflichtend auf die Positiv-Liste gesetzt werden müssen?

Das Bundeskartellamt betrachtet die Entwicklung um Werbung, Werbeblocker und Gegenmaßnahmen zunächst als Teil eines normalen Marktprozesses, in welchem die Beteiligten Umfang und Art der vom Markt akzeptierten Werbung ermitteln. Dies ist grundsätzlich nicht neu und findet laufend statt. So können etwa der sprichwörtliche „Gang zum Kühlschrank“ oder das „Wegzappen“ bei Beginn einer TV-Werbeinsel als Vorläufer angesehen werden. Vorliegend bedienen sich sowohl die Anbieter von Inhalten als auch die Nutzer der Angebote in diesem Wettbewerbsprozess auch technischer Mittel. Der Einsatz von Werbeblockern kann in diesem Sinne als technische „Verlängerung“ der selektiven Wahrnehmung durch den Nutzer verstanden werden, induziert durch ein von einem Teil der Nutzer anscheinend empfundenes „Zuviel“ an Werbung. Auch dies ist grundsätzlich nicht neu (vgl. etwa die „Fernsehfee“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur lauterkeitsrechtlichen und urheberrechtlichen Zulässigkeit eines TV-Werbeblockers¹⁶). Das Aussperren von Nutzern, die Werbeblocker einsetzen oder das Ausweichen auf solche technische Lösungen für die Werbemittelinbindung, die sich nicht ohne weiteres „blocken“ lassen, stellen dementsprechend die technische Gegenreaktion der Anbieter in der Auseinandersetzung dar. Eine grundsätzliche Abkehr vom Mittel der Werbefinanzierung für Angebote

¹⁶ Entscheidung vom 24. Juni 2004 zum Az. I ZR 26/02, verfügbar über www.bundesgerichtshof.de

im Netz ist aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht erkennbar. Gewisse Verschiebungen zwischen für den Nutzer kostenpflichtigen Angeboten und werbefinanzierten Angeboten mag es als Folge dieses Prozesses geben, aber auch dies ist grundsätzlich ein normaler Teil des Marktprozesses und derartige Verschiebungen finden in diesem Prozess auch aus anderen Gründen immer wieder statt. Aus wettbewerblicher Sicht ist zudem keine der beiden Finanzierungsformen Werbung und Nutzerentgelte „besser“ als die jeweils andere.

Dennoch ist es grundsätzlich möglich, dass sich einzelne Handlungen von Marktbeteiligten in diesem Prozess aus kartellrechtlicher Sicht beispielsweise als missbräuchlich erweisen. Dies bedarf aber immer einer Analyse im Einzelfall. In dieser Analyse kommt nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen insbesondere der Abwägung der Interessen der verschiedenen Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB eine herausgehobene Rolle zu.