



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

# **Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz**

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

1. Oktober 2015

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung –Eigenschaften und Herausforderungen der digitalen Ökonomie.....</b>	<b>4</b>
<b>B. Konzeptionelle Erfassung von Plattformen der digitalen Ökonomie .....</b>	<b>8</b>
I. Geschäftsmodell der Internetplattformen.....	8
II. Plattformen als zweiseitige Märkte .....	10
III. Definition und Charakteristika zweiseitiger Märkte .....	11
IV. Marktbeziehungen im Sinne des Wettbewerbsrechts.....	14
V. Marktabgrenzung .....	16
VI. Marktkonzentration und Marktmacht .....	18
<b>C. Wettbewerbsbeschränkungen und Schadenstheorien .....</b>	<b>23</b>
I. Internetplattformen in der Fusionskontrolle .....	23
II. Vertragliche Beschränkungen und Kooperationen .....	26
1. Preisparitäts- und Meistbegünstigungsklauseln .....	26
2. Gemeinsame Plattformen von Inhaltenanbietern .....	27
III. Marktmachtmissbrauch .....	28
1. Marktmachtübertragung und Diskriminierung.....	28
2. Preisbezogene Missbräuche.....	30
3. Konditionenmissbrauch durch übermäßigen Zugriff auf Nutzerdaten?.....	31
4. Exklusivitätsvereinbarungen .....	32

## A. Einleitung – Eigenschaften und Herausforderungen der digitalen Ökonomie

Die Angebote und Unternehmen der digitalen Ökonomie haben in den letzten Jahren ganz erheblich an Bedeutung gewonnen und sind in das Zentrum der Aufmerksamkeit von Öffentlichkeit und Politik gerückt. Die immer weitergehende **Digitalisierung** von Produkten und Geschäftsprozessen sowie die allgegenwärtige Vernetzung über das Internet, zunehmend auch im mobilen Bereich, führen zu einer rasanten Entwicklung neuer Angebote und der Verbesserung von Abläufen und Produkten. Die Geschwindigkeit des technischen Fortschritts und die resultierenden Umbrüche in vielen Bereichen der Wirtschaft und des Alltags werden bereits verglichen mit der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts. Online-dienste erschließen immer neue Märkte und treten in Konkurrenz zu etablierten Anbietern. Infolge reduzierter technischer Marktzutrittsbarrieren und mit der Unterstützung von Wagniskapitalgebern können sich neue Ideen in kurzer Zeit zu Angeboten mit erheblicher Reichweite entwickeln.

Eine zentrale Rolle kommt dabei Geschäftsmodellen zu, die als „**Internet-Plattform**“ beschrieben werden. Internet-Plattformen führen verschiedene Nutzergruppen zusammen und bieten Nutzern vielfältige Möglichkeiten der Suche, Information, Kommunikation oder Durchführung von Transaktionen. Mit der Nutzung dieser Angebote ist regelmäßig in erheblichem Umfang die Preis- und Weitergabe privater Daten verbunden. Die Möglichkeiten zur (Rück-)Verfolgung und Analyse des Plattform-Nutzerverhaltens bieten für Unternehmen vielfältige Gelegenheiten zur Entwicklung neuer Geschäftsmodelle und zur wirtschaftlichen Verwertung der hierbei generierten privaten Daten. Unter dem Stichwort „**Big Data**“ entstehen neue Technologien, mit denen Datenmengen von bislang ungekannter Größe und Komplexität erfasst, gespeichert, kombiniert und analysiert werden können. Daten sind damit ein zunehmend wichtiger Wirtschaftsfaktor bzw. zentraler „Rohstoff“ für ganze Branchen geworden. Dabei ist im Zusammenhang mit der Nutzung und Verwertung privater Daten durch Unternehmen eine Informationsasymmetrie zwischen den privaten Nutzern eines (Internet-)Angebots und den Anbietern festzustellen. Viele Angebote sind für den Nutzer auf den ersten Blick unentgeltlich. Dabei erkennt der Nutzer jedoch die Tatsache, dass das Unternehmen das Angebot lediglich deshalb unentgeltlich zur Verfügung stellt, weil die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Verwertung der vom Nutzer gelieferten Daten besteht. Insbesondere für werbetreibende Unternehmen sind private Nutzerdaten wertvoll, da sie eine sehr ge-

zielte, auf die aus den Daten generierten Präferenzen des Nutzers zugeschnittene Werbung ermöglichen.<sup>1</sup>

Die daten- und internetbasierten technologischen Innovationen haben in den letzten Jahren zu neuen Geschäftsmodellen, Produkten und Dienstleistungen geführt, die Verbrauchern und Unternehmen zahlreiche Vorteile bringen. Neben den Chancen der Digitalisierung werden zunehmend jedoch auch die Schwierigkeiten und neuen Fragen gesehen, die diese Umbrüche hervorrufen. Plattformen, die als Intermediäre agieren, stellen die Rechtsordnung vor vielfältige **Herausforderungen**. Sie entziehen sich vielfach etablierten Kategorien und durchkreuzen die Logik bestehender Regulierung. Besonders deutlich wird dies bei den Diskussionen um Angebote der sog. „Sharing Economy“: Sind Personen, die verschiedenste Dienstleistungen über Plattformen anbieten, selbständig tätig oder ist die Plattform ihr eigentlicher Arbeitgeber? Kann der „bloße Vermittler“ von Beförderungsleistungen dafür verantwortlich gemacht werden, dass Fahrer gegen das Personenbeförderungsgesetz verstoßen? Die Entwicklungen der digitalen Ökonomie und ihrer Plattformen machen auch ein Nachdenken über Teile der Eigentumsordnung erforderlich. Dies betrifft zum einen das Recht des geistigen Eigentums. Hier sind die Verwertungsinteressen der Urheber, der Zugang zu Informationen und die Ermöglichung innovativer Geschäftsmodelle neu auszubalancieren. Es betrifft aber auch einen der zentralen Wirtschaftsfaktoren der digitalen Ökonomie: die von Nutzern generierten und von Anbietern gesammelten Daten. Es wird zunehmend als unbefriedigend empfunden, dass mit der Zustimmung zu (in der Regel ungelesenen) Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle Rechte und Einflussmöglichkeiten weitgehend verloren gehen. Diskutiert wird, wie die Hoheit über die eigenen Daten gesichert und wer für ihre Nutzung und Verbreitung zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>2</sup>

Ein zentraler Aspekt der Diskussion um den Ordnungsrahmen der digitalen Wirtschaft ist die Tatsache, dass sich in vielen Bereichen von internetbasierten Plattform-Angeboten Marktstrukturen entwickeln bzw. entwickelt haben, die durch einen **führenden oder sogar dominierenden Anbieter** gekennzeichnet sind. Einzelne Unternehmen sind sogar in der Lage, eine solche Position über mehrere Angebotsbereiche zu erstrecken. So betreibt Google nicht nur die mit weitem Abstand wichtigste Suchmaschine, sondern bietet mit „YouTube“ zudem die größte Video-Plattform, mit „Chrome“ einen weit verbreiteten Internetbrowser an und mit „Gmail“ einen der größten Email-Dienste. Über diese Internetplattformen hinaus ist Google auch der Anbieter des am häufigsten genutzten Betriebssystems für Smartphones und

---

<sup>1</sup> Newman, N. (2014). Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data. *Yale Journal on Regulation*, 31(2), 401-454.

<sup>2</sup> Vgl. zum „Recht auf Vergessenwerden“: EuGH, Urteil vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12 – *Google Spain*.

Tablets („Android“) und dringt durch Übernahmen und eigene Forschung in Bereiche wie Haustechnik und die Entwicklung selbstfahrender Autos vor. Vor diesem Hintergrund werden seit einiger Zeit die Folgen anbieterseitiger Machtpositionen in der digitalen Ökonomie unter starker medialer Beachtung kontrovers diskutiert. Anlass und Kristallisationspunkt dieser Diskussion war vor allen Dingen das Verfahren, welches die Europäische Kommission gegen Google führt. Im Zusammenhang hiermit haben sich Unternehmensvertreter ungewöhnlich offen und teilweise drastisch zu Wort gemeldet und ihre Angst vor der Übermacht einiger weniger US-amerikanischer Internetkonzerne bekundet<sup>3</sup> sowie Anpassungen des Regulierungsrahmens gefordert<sup>4</sup>. Die deutsche und europäische Politik hat sich mit Forderungen nach regulatorischen Eingriffen in die Debatte eingeschaltet, die von Verpflichtungen zu Diskriminierungsfreiheit oder „Suchneutralität“ über den Zwang zur Offenlegung des Suchalgorithmus bis hin zur Entflechtung der verschiedenen Geschäftsbereiche Googles reichen.<sup>5</sup> Über den Fall hinaus ist eine Diskussion um die „Gatekeeper“ des Internets, ihre wirtschaftliche und gesellschaftliche Machtstellung und die angemessenen staatlichen Reaktionen hierauf entbrannt. Dabei wird teilweise die Notwendigkeit gesehen, über fundamentale Fragen des Umgangs mit wirtschaftlicher Macht neu nachzudenken und es werden historische Vergleiche zu den Anfangstagen des industriellen Kapitalismus, der Schaffung des Sherman Acts und der Zerschlagung von Standard Oil im Jahr 1911 gezogen.<sup>6</sup>

Auf der anderen Seite sind gerade aus den Vereinigten Staaten viele Stimmen zu hören, die in den beschriebenen Konzentrationstendenzen überhaupt kein Problem sehen. Unter Verweis auf die Komplexität und die **Dynamik digitaler Märkte** wird ein behördliches Eingreifen als unnötig oder sogar gefährlich angesehen.<sup>7</sup> Betont wird der Prozess schöpferischer Zerstörung durch innovative oder „disruptive“ Technologien und Geschäftsmodelle. Zugespitzt singt der Internet-Investor und Publizist Peter Thiel unter der Überschrift „Competition is for Losers“ das Loblied auf Monopole und betont die Notwendigkeit von Monopolgewinnen für Innovationen und den dynamischen Wettbewerb.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Robert M. Maier, Angst vor Google, FAZ vom 3.04.2014; Mathias Döpfner, Lieber Eric Schmidt, FAZ vom 16.04.2014.

<sup>4</sup> Timotheus Höttges, Mehr Wettbewerb! – Ein globales Monopol im digitalen Geschäft muss verhindert werden, Die Welt vom 28.03.2015, S. 2.

<sup>5</sup> Vgl. Resolution des Europäischen Parlaments vom 27. November 2014 (2014/2973 (RSP)) zur Regulierung dominanter Unternehmen im Internetbereich.

<sup>6</sup> Meckel/Prange, König Kunde ohne Land, WirtschaftsWoche vom 16.03.2015, S. 24; siehe auch „Everybody wants to rule the world“, The Economist vom 29.11.2014.

<sup>7</sup> Manne, G. A., Wright, J. D. (2011). Google and the limits of antitrust: The case against the case against Google. Harvard Journal of Law & Public Policy, 34, 171-244.

<sup>8</sup> Peter Thiel, Competition Is for Losers, Wall Street Journal vom 12.09.2014.

Tatsächlich stellen die Plattformen und datengetriebenen Angebote der digitalen Ökonomie die Kartellrechtsanwendung vor erhebliche Herausforderungen. Traditionelle Methoden zur Erfassung der Wettbewerbsbeziehungen und zur Feststellung von Marktmacht sind nicht ohne weiteres anwendbar. Die konzeptionelle Erfassung der Plattformen und ihrer Marktbedeutung muss den Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Marktseiten genauso Rechnung tragen wie der Rolle von Daten als „Gegenleistung“, als unternehmerische Ressource und als mögliche Markteintrittsbarriere. (hierzu nachfolgend unter B.)

Bei der Frage, welche wettbewerblichen Probleme und Schadenstheorien ein behördliches Eingreifen verlangen, kommt dem „Offenhalten“ der Märkte, d.h. der Ermöglichung auch künftiger Innovationen und Marktzutritte, besondere Bedeutung zu. Hier stellt sich auch die Frage des Verhältnisses des Wettbewerbsrechts zum Datenschutz, die derzeit auf beiden Seiten des Atlantiks kontrovers diskutiert wird.<sup>9</sup> (hierzu nachfolgend unter C.)

---

<sup>9</sup> Vgl. z.B. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor (2014), Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy; Ohlhausen, M. K., Okuliar, A. (2015). Competition, Consumer Protection and the Right [Approach] to Privacy, *Antitrust Law Journal*, 80(1), 121-156; Grunes, A. P., Stucke, M. E. (2015). No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *Antitrust Source*, 1-14.

## **B. Konzeptionelle Erfassung von Plattformen der digitalen Ökonomie**

Märkte der digitalen Ökonomie sind durch besondere Wirkungsmechanismen und Phänomene gekennzeichnet. Auch wenn die dort tätigen Plattformen im Einzelnen ganz unterschiedliche Leistungen erbringen (unter I.), so teilen sie doch bestimmte Charakteristika. Als Grundmodell zur Diskussion ihrer Tätigkeit dient das in der ökonomischen Theorie etablierte Konzept mehrseitiger Märkte (unter II.), zu dem im Detail allerdings unterschiedliche Definitionen und Abgrenzungen vertreten werden (unter III.). Auch wenn die genaue Marktabgrenzung und Marktanteile als solche auf innovationsgetriebenen digitalen Märkten weniger bedeutsam sein mögen als auf traditionellen Gütermärkten, ist doch ein gutes Verständnis der Wettbewerbsbeziehungen erforderlich. Hier stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, welche Beziehungen in die kartellrechtliche Analyse einbezogen werden, insbesondere, ob auch dort, wo kein Entgelt fließt, eine eigenständige Marktbeziehung angenommen werden kann (unter IV.). Bestehen Marktbeziehungen zu mehreren Seiten, so schließt sich die Frage an, ob diese getrennt zu analysieren oder der Analyse ein übergreifender (Plattform-)Markt zu Grunde zu legen ist (unter V.). Bei der Feststellung von Marktkonzentration und Marktmacht spielen Netzwerk- und Skaleneffekte sowie die Möglichkeit von Marktzutritten eine zentrale Rolle (unter VI.).

### **I. Geschäftsmodelle der Internet-Plattformen**

Internetbasierte Plattformdienstleistungen lassen sich in typische Bereiche unterteilen, wobei viele Unternehmen mehrere Geschäftsmodelle aus den verschiedenen Bereichen praktizieren. Auch wenn es sich nicht in jedem Fall um Plattformen im Sinne der ökonomischen Theorie handelt, so kennzeichnet diese Angebote doch vielfach, dass Nutzergruppen miteinander verknüpft werden und der Erfassung und Analyse von Daten dabei eine besondere Bedeutung zukommt.

#### (1.) Inhalte

Inhalte-Anbieter zeigen konkrete digitale Inhalte wie Onlinenachrichten, Musik oder Filme. Dies kann entgeltlich erfolgen, häufig werden die Haupteinnahmen jedoch über Werbeangebote erzielt, die aufgrund des Nutzerverhaltens an die jeweiligen Präferenzen angepasst werden. Für solche auf die Nutzer zugeschnittene Werbeplatzierungen bedienen sich Inhalte-Anbieter oftmals der Angebote von Such-Anbietern.

#### (2.) Suche

Zu diesen Angeboten zählen zunächst sog. allgemeine Suchmaschinen, die Nutzern bei der Eingabe bestimmter Suchbegriffe Links zu Webseiten anderer (Inhalte-)Anbieter anzeigen.

Dabei erfolgt eine Listung gemäß bestimmter Kriterien, die bspw. an der Häufigkeit der Besuche durch andere Nutzer („Klicks“) oder der Verweise von anderen Webseiten („Links“) anknüpfen. Die Listung der Suchergebnisse wird durch einen Suchalgorithmus bestimmt, der die Anzeige der relevantesten Ergebnisse erreichen soll und ein entscheidender Wettbewerbsparameter der Suchmaschinenanbieter ist. Von dieser allgemeinen Suche zu unterscheiden sind sog. vertikale oder spezialisierte Suchdienste, die eine Suchfunktion für bestimmte Kategorien von Produkten, Dienstleistungen oder Informationen anbieten (z.B. idealo.de, Shopzilla, Kelkoo oder Google Shopping).

Zentral für das Geschäftsmodell vieler Suchmaschinen ist das Sammeln und Analysieren von Daten aus dem Nutzerverhalten. Diese Daten werden benutzt, um die Suchergebnisse zu verbessern, d.h. verstärkt auf die Interessen und Erwartungen des Nutzers abzustimmen. Vor allen Dingen erfolgt aber eine wirtschaftliche Verwertung der generierten Nutzerdaten durch den Verkauf von Werbeflächen. Bspw. können Anbieter von Webseiten Werbeanzeigen zu vorher definierten Suchwörtern schalten. Als Suchergebnis erscheint neben den Ergebnissen der originären und vertikalen Suche dann die passende Werbeanzeige.

### (3.) Handels- bzw. Vermittlungsplattformen

Handelsplattformen bringen Anbieter und Käufer zusammen und vermitteln Transaktionen, die im Einzelfall auch über die Plattform abgewickelt werden. Solche Plattformen können spezialisiert sein (bspw. HRS oder Booking für Hotelzimmer; Vergleichsportale für Energieverträge, Versicherungen etc.) oder ganze Bandbreiten von Produkten abdecken (bspw. Amazon oder eBay). Auch wenn die Finanzierung primär über Provisionserlöse und Angebotsgebühren erfolgt, spielt die Nutzung privater Daten u.a. für Werbezwecke eine wichtige Rolle. So können Nutzer aufgrund des ausgewerteten Such- und Kaufverhaltens bei einem späteren Besuch auf ähnliche Produkte, die ihrem errechneten Interesse entsprechen, aufmerksam gemacht werden. Mittels der Platzierung von Werbeangeboten durch entsprechende Anbieter können zusätzliche Einnahmen generiert werden.

### (4.) Kommunikationsnetze

Soziale Netzwerke ermöglichen Nutzern die bilaterale Verknüpfung mit anderen Nutzern oder innerhalb verschiedener Gruppen zum Zwecke der internetbasierten Kommunikation. Nutzer können dabei auch Organisationen und Unternehmen umfassen. Soziale Netzwerke können zum einen die generierten Daten über die Platzierung von Werbeanzeigen durch Drittanbieter wirtschaftlich verwerten; zum anderen existieren auch soziale Netzwerke, die sich (teilweise) über entgeltliche Mitgliedschaften (bspw. monatliche Abonnementsgebühren) finanzieren – mit weniger oder keiner zusätzlichen Werbefinanzierung.

## II. Plattformen als zweiseitige Märkte

Ökonomische Grundlage für die Beschreibung und Erklärung von Plattformen der digitalen Ökonomie bildet ein bereits vor einiger Zeit herausgebildeter Theorienzweig, der zunächst zur ökonomischen Beschreibung von Offline-Diensten wie Kreditkartengeschäften, Dating-Clubs oder Zeitungen entwickelt wurde.<sup>10</sup>

Das klassische Verständnis von Märkten geht von dem (organisierten) Zusammentreffen von Anbietern und Nachfragern aus. Einer Gruppe von Anbietern steht demnach eine Gruppe von Nachfragern gegenüber. Anbieter richten ihr strategisches Verhalten auf die Nachfrager aus und durch die Interaktion von Anbietern und Nachfragern wird der Preis eines Produktes oder Sortiments bestimmt.<sup>11</sup> Diese „einseitige“ Sichtweise von Märkten wurde für bestimmte Marktgeschehnisse ergänzt. Dies trifft insbesondere auf die oben angesprochenen Internetplattformen, aber auch auf traditionelle Medienmärkte zu. Dabei spricht man von zwei- oder mehrseitigen Märkten. Dies sind Organisationen, die zwei (oder mehr) Seiten bedienen und direkte **Interaktionen** zwischen diesen Seiten **ermöglichen**. Derartige Organisationen werden auch als Plattformen bezeichnet. Kerngedanke ist, dass die Plattform die Interaktion zwischen den Seiten ermöglicht, ohne selbst an der Interaktion beteiligt zu sein. Vielmehr ermöglicht die Plattform, dass die Seiten zueinander finden und insofern die Interaktion überhaupt erst möglich oder zumindest vereinfacht wird. Als ein Beispiel – auch aus der jüngeren Fallpraxis des Bundeskartellamtes – können Immobilienplattformen angeführt werden, die eine Transaktion zwischen Immobilienanbietern (bzw. Maklern) und Immobiliennachfragern ermöglichen, diese also zueinander führen – ohne jedoch selber an der konkreten Transaktion (Kauf oder Miete) beteiligt zu sein.

Die Ermöglichung bzw. Vereinfachung einer Transaktion wird in gewisser Weise allerdings auch durch einen **Händler** gewährleistet. Bedienen Händler somit auch zweiseitige Märkte? Händler zeichnen sich regelmäßig dadurch aus, dass sie Produkte von Anbietern (Herstellern) kaufen, um diese dann an Nachfrager (Konsumenten) weiterzuverkaufen. Insofern haben Händler natürlich auch Kontakt zu zwei oder mehr Seiten. Gleichwohl wird die Tätigkeit der Händler nicht als ein zweiseitiger Markt angesehen.<sup>12</sup> Eine entscheidende Abgrenzung erfolgt über die Kontrolle wichtiger Variablen der Transaktion, die beim Händler z.B. in Form

---

<sup>10</sup> Grundlegend: Rochet, J.-C., Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association 1(4), 990-1029.

<sup>11</sup> Pindyck, R., Rubinfeld, D. L. (2009). Mikroökonomie. München: Pearson Deutschland GmbH.

<sup>12</sup> Rysman, M. (2009). The economics of two-sided markets. The Journal of Economic Perspectives, 23(3), 125-143.

der Preishoheit über ein Produkt verbleibt, bei einer Plattform jedoch außerhalb ihres Einflusses liegt.

Auch wenn ein grundsätzliches Einverständnis über die Wirkungsweise von zweiseitigen Märkten und deren Unterschiede zu „klassischen“ einseitigen Märkten in der Literatur festgestellt werden kann, besteht ein solcher Konsens hinsichtlich der genauen Definition und konkreten Abgrenzung in Einzelfällen nicht. Für eine genaue Definition zweiseitiger Märkte finden sich verschiedene, nicht deckungsgleiche Vorschläge. In der Praxis muss die Ein- bzw. Zweiseitigkeit dabei kein striktes Gegensatzpaar bilden, sondern kann sich als graduelles Phänomen darstellen, etwa wenn ein primär nutzerfinanziertes Angebot auch Werbung verkauft.

### III. Definition und Charakteristika zweiseitiger Märkte

Eine Möglichkeit zur Definition zweiseitiger Märkte setzt an den externen Effekten an, die zwischen den verschiedenen Seiten einer Plattform wirken.<sup>13</sup> Die Entscheidungen bestimmter Individuen können sich dabei auf den Nutzen bzw. die Entscheidungen anderer Individuen innerhalb einer Gruppe (**direkte Netzwerkeffekte**) oder verschiedener, miteinander verbundener Gruppen (**indirekte Netzwerkeffekte**) auswirken. Im ersten Fall profitieren Mitglieder einer Gruppe unmittelbar davon, dass ihre Gruppe größer wird. Ein typisches Beispiel hierfür sind Betriebssysteme, insoweit als Nutzer davon profitieren, dass andere Nutzer dasselbe Betriebssystem einsetzen, da Nutzer sich gegenseitig bei der Nutzung helfen und untereinander austauschen können. Im zweiten Fall profitieren Mitglieder einer Gruppe mittelbar davon, dass ihre Gruppe größer wird, da hierdurch ein Anreiz in der anderen Gruppe entsteht, ebenfalls zu wachsen, was sich dann wiederum positiv auf die erste Gruppe auswirkt. Beispielsweise profitieren Nutzer davon, dass viele Leute dasselbe Betriebssystem nutzen, weil es dadurch für Softwareentwickler attraktiver wird, für dieses Betriebssystem Software zu programmieren. Hierdurch steigt die Auswahl an Software, wovon Nutzer des Betriebssystems profitieren.

Plattformen können darüber hinaus durch die **Nicht-Neutralität ihrer Preisstruktur** charakterisiert werden.<sup>14</sup> Dies bedeutet, dass Änderungen der Preisstruktur bei einem konstanten aggregierten Preisniveau Auswirkungen auf das Volumen der über die Plattform abgewickelt-

---

<sup>13</sup> Caillaud, B., Jullien, B. (2003). Chicken & egg: competition among intermediation service providers. RAND Journal of Economics, 34(2), 309-328; Armstrong, M. (2006). Competition in two-sided markets. RAND Journal of Economics, 37(3), 668-691.

<sup>14</sup> Rochet, J.-C., Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association 1(4), 990-1029.

ten Transaktionen oder Interaktionen haben. Für die Plattform ist deswegen nicht nur das aggregierte Preisniveau relevant, sondern auch die Ausgestaltung der Preisstruktur. Daher kann es für die Plattform sinnvoll sein, auf einer Seite unterhalb und auf der anderen Seite oberhalb der Grenzkosten zu bepreisen. Eine solche **Preissetzung** weicht signifikant von derjenigen auf einseitigen Märkten ab. Während auf einseitigen Märkten bei perfektem Wettbewerb im Gleichgewicht „Preis gleich Grenzkosten“ gilt, wird dies im Regelfall auf zweiseitigen Märkten nicht gelten. Da die Plattform die Preissetzung auf beiden Seiten simultan und interdependent festlegt, wäre es insofern nicht richtig, die Preissetzung der beiden Seiten separat zu betrachten.

Eine Plattform kann auch dadurch definiert werden, dass ihre Tätigkeit im Gegensatz zur Rolle eines Händlers, der selbst Interaktions- bzw. Transaktionspartner ist, auf das **Ermöglichen einer direkten Interaktion** zwischen den Seiten der Plattform beschränkt und die Plattform an der (direkten) Interaktion nicht beteiligt ist.<sup>15</sup> Insofern ist zentral, dass die Plattform (in Abgrenzung zu einem Händler) keinen oder nur einen geringen Einfluss auf strategische Entscheidungen bezüglich des gehandelten Produktes und relevanter Interaktionsparameter (z.B. Preissetzung) hat.

Schließlich findet sich die Unterscheidung zwischen sog. **Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen**.<sup>16</sup> Eine Transaktionsplattform wird als Vermittler zwischen zwei Seiten definiert mit dem Ziel, eine direkte (beobachtbare) Transaktion zwischen diesen Seiten zu ermöglichen. Dabei haben beide Seiten das identische Ziel, eine Transaktion mit der jeweils anderen Seite zu erreichen. Zwischen den Nutzergruppen gibt es wechselseitig wirkende positive indirekte Netzwerkeffekte, die von der Transaktionsplattform internalisiert werden. Die Vermittlungsleistung der Plattform erfordert, dass beide Seiten mit der Plattform verbunden sind. Nur eine Seite wäre nicht ausreichend für die Tätigkeit (und Existenz) der Plattform. Gleichzeitig stellt sich bei Transaktionsplattformen das „Henne-Ei-Problem“: Wenn für die Existenz einer Transaktionsplattform beide Seiten erforderlich sind, müssen entsprechend auch beide Seiten an Bord gebracht werden; beide Seiten haben aber keinen Anreiz, ohne die jeweils andere Seite der Plattform beizutreten. Beispiele sind hier Handelsplattformen oder Immobilienplattformen. Auch Hotelplattformen gehören nach dieser Definition zu den Transaktionsplattformen.

---

<sup>15</sup> Hagiu, A. (2007). Merchant or two-sided platform? *Review of Network Economics*, 6(2), 115-133; Hagiu, A., Wright, J. (2015). Multi-sided platforms. *International Journal of Industrial Organization*.

<sup>16</sup> Luchetta, G. (2013). Is the Google platform a two-sided market? *Mercato Concorrenza Regole*, 15(1), 83-118; Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeldt, P. (2014). Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), 293-339.

Nicht-Transaktionsplattformen sind ebenfalls Mittler zwischen zwei oder mehr Seiten, deren Aufeinandertreffen jedoch eher in einer unspezifischen Interaktion (z.B. Betrachtung von Werbung), als einer direkten Transaktion mündet. Bei Nicht-Transaktionsplattformen wirken positive indirekte Netzwerkeffekte regelmäßig nur in eine Richtung, d.h. nur für eine Nutzergruppe wirkt sich ein Wachsen der anderen Nutzergruppe positiv aus. Betrachtet man beispielsweise Leser und Werbende einer Zeitung, so ist eine steigende Leserzahl zwar positiv für Werbende, umgekehrt wird aber ein Mehr an Werbung häufig nicht als positiv durch die Leser wahrgenommen, sondern kann sich sogar negativ auf die Leserzahl auswirken. Die Ausgestaltung als Plattform stellt bei diesen Angeboten eine strategische Entscheidung über die Finanzierungsquelle dar und ist nicht von dem Produkt vorgegeben. Würden die Angebote als Bezahlangebote ausgestaltet, entfielen die Zweiseitigkeit und damit der Plattformcharakter. Teilweise wird bestritten, dass es sich hierbei überhaupt um zweiseitige Märkte handele.<sup>17</sup>

**Für die Kartellrechtsprüfung** könnte eine Definition des Plattformbegriffs sinnvoll sein, um einen klaren Ausgangspunkt für die besonderen Prüfkonzepete zu haben. Insoweit käme eine Kombination einiger der genannten Elemente in Betracht: Als Plattformen wären danach Unternehmen anzusehen, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen. Diese Definition würde das Augenmerk auf die Bedeutung der indirekten Netzwerkeffekte in der Marktmachtprüfung richten und gleichzeitig die Abgrenzung zu Händlerbeziehungen ermöglichen. Die dargestellte Differenzierung zwischen Transaktionsplattformen und Nicht-Transaktionsplattformen erscheint für die Kartellrechtspraxis dagegen zu eng. Insbesondere in Fällen, in denen durch eine Plattform zwar ein Matching zwischen den beiden Nutzergruppen durchgeführt wird, anschließend aber keine direkte Transaktion, sondern eine anders gelagerte Art der Interaktion stattfindet, wäre eine Zuordnung zu einer der beiden Plattfortmtypen nicht möglich. Dies gilt z.B. für Online-Dating-Plattformen. Die Zielsetzung von solchen Plattformen liegt nicht zwingend in der Ermöglichung einer Transaktion, sondern ist vielmehr in einem bestmöglichen Matching zwischen den Nutzergruppen zu sehen. Eine Differenzierung zwischen Matching-Plattformen und Aufmerksamkeits-Plattformen könnte daher sinnvoller sein.

Hiernach erfüllt die Suchmaschine **Google** die Plattformdefinition bezüglich der Gruppe der Suchnutzer und der Werbetreibenden in Form der Aufmerksamkeitsplattform, da zwischen diesen Gruppen positive und negative indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Die Suchmaschi-

---

<sup>17</sup> Luchetta, G. (2013). Is the Google platform a two-sided market? *Mercato Concorrenza Regole*, 15(1), 83-118.

ne ermöglicht hier den Werbefolgekontakt zwischen Suchnutzer und Werbetreibendem, eine Interaktion, an der die Suchmaschine nicht mehr beteiligt ist. Darüber hinaus wäre zu diskutieren, ob die in der (allgemeinen) Suchergebnisliste aufgeführten Webseiten ebenfalls eine Plattformseite darstellen und die Suchmaschine insoweit die Definition einer Matching-Plattform erfüllen könnte. In Betracht kommt hier aber auch eine reine Beschaffung von im Internet (teilweise) frei erhältlichen Inhalten.

Bei der Onlineverkaufsplattform **Amazon**, auf der ein umfassendes Sortiment von Waren sowohl durch Amazon selbst als auch durch Dritthändler über den sogenannten **Marketplace** verkauft wird, ist die Abgrenzung des Plattformangebots von der Händlertätigkeit erforderlich. Amazon präsentiert beide Segmente als einheitlich integrierten Shop, in dem nicht zwischen dem Amazon-Eigengeschäft und dem Marketplace-Geschäft getrennt wird.<sup>18</sup> Das Eigengeschäft von Amazon ist jedoch eindeutig ein Handelsgeschäft, bei dem Amazon Waren von Herstellern selbst beschafft und im eigenen Namen über den Online-Shop weiterveräußert. Bei dem Betrieb des Marketplace handelt Amazon hingegen grundsätzlich als Intermediär, der die direkte Interaktion bzw. Transaktion zwischen der Nutzergruppe der Marketplace-Händler und der Nutzergruppe der Endkonsumenten ermöglicht. An der Transaktion zwischen Marketplace-Händler und Endkonsument ist Amazon nicht mehr beteiligt. Der Eigenhandel von Amazon kann auch als vertikal integrierter Teil der Händlernutzergruppe angesehen werden, der zu möglichen indirekten Netzwerkeffekten beiträgt. Inwieweit jedoch tatsächlich indirekte Netzwerkeffekte zwischen diesen Gruppen bestehen, könnte fraglich sein.

#### **IV. Marktbeziehungen im Sinne des Wettbewerbsrechts**

Die von einer Plattform geleistete Ermöglichung der Interaktion zwischen zwei oder mehreren Seiten kann sich im Einzelfall sehr unterschiedlich darstellen. Vielfach ist die Tätigkeit einer Plattform auf die Vermittlung beschränkt und umfasst nicht eine anschließende Transaktion. Handelsplattformen können beispielsweise schlicht eine technische Möglichkeit bereitstellen, damit zwei Seiten sich gegenseitig suchen und finden können. Plattformen können hierbei auch unterstützend eingreifen, indem sie durch entsprechende Suchmöglichkeiten eine Vorsortierung passender Mitglieder der jeweils anderen Seite vornehmen. Darüber hinaus ist auch denkbar, dass Plattformen begleitende Dienstleistungen für Transaktionen anbieten (z.B. Clearing), ohne dass sie dabei direkt an der Transaktion teilnehmen. Es ist auch unterschiedlich, inwieweit explizite vertragliche Beziehungen zwischen der Plattform und den verschiedenen angeschlossenen Seiten bestehen, wobei aber auch zu unentgeltli-

---

<sup>18</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B6-46/12 vom 9.12.2013 – *Amazon Preisparitätsklausel*.

chen Nutzern in der Regel engere vertragliche Beziehungen existieren als dies in traditionellen Medienmärkten (wie dem werbefinanzierten Fernsehen) der Fall ist.<sup>19</sup>

Die **Preisgestaltung** einer Plattform richtet sich vor allem an den externen Effekten aus, die zwischen verschiedenen Seiten dieser Plattform wirken. Die (regelmäßig) unterschiedlichen Preise, die eine Plattform von mehreren Seiten fordert, stellt bei dieser Sichtweise letztlich nichts anderes als eine Preisdifferenzierung nach Gruppen dar. Im Extremfall kann eine Plattform von einer Seite sogar auf die Erhebung eines Preises für die Nutzung der Plattform verzichten und die Entgeltforderung vollständig auf der anderen Seite erheben. Beispielsweise erheben die gegenwärtig tätigen Online-Immobilienplattformen durchgängig gegenüber der suchenden Nutzerseite keine Entgelte. Der Umsatz der Plattformen wird insoweit ausschließlich mit Entgelten erzielt, die von den Immobilienanbietern zu zahlen sind.<sup>20</sup>

Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, ob die Beziehung einer Plattform mit einer Nutzerseite ohne konkreten Geldfluss als **Marktbeziehung** angesehen werden kann.

In der Praxis nimmt die Europäische Kommission sowohl in Missbrauchsverfahren als auch in der Fusionskontrolle inzwischen auch dort Märkte an, wo eine unentgeltliche Leistung angeboten wird.<sup>21</sup> Im aktuellen Verfahren gegen Google geht die Kommission erstmals von einem „Markt für Suchmaschinendienste“ im Verhältnis zwischen Google und Nutzern aus, obgleich Googles Leistungen auf diesem Markt unentgeltlich sind. Auch im Fusionsfall Microsoft/Skype (2011) nahm die Kommission einen Markt für Videokommunikationsdienste an, die von den Zusammenschlussbeteiligten unentgeltlich angeboten wurden. Ähnlich war das Vorgehen in der Entscheidung im Fall Facebook/Whatsapp (2014) im Bereich „Kommunikationsdienste für Endkunden“ und „Dienste für die soziale Vernetzung“. Diese (neuere) Praxis der Europäischen Kommission geht damit über die bisherige Praxis des Bundeskartellamts und der deutschen Gerichte hinaus.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Grunes, A. P., Stucke, M. E. (2015). No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *Antitrust Source*, 1-14.

<sup>20</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B6-39/15 vom 20.4.2015 – *Online-Immobilienplattformen*.

<sup>21</sup> Noch im Fusionsverfahren Google/DoubleClick (Entscheidung vom 11.03.2008, M.4731) nahm die EU-Kommission als relevanten Markt lediglich den entgeltlichen Online-Werbemarkt an, der das Angebot und die Vermittlung von Werbeflächen sowie Tools zur Werbepplatzierung beinhaltete, während die unentgeltliche Nutzerseite der Suchmaschine weitgehend unbeachtet blieb.

<sup>22</sup> In der Entscheidung zum Hotelbuchungsportal HRS bestätigte das OLG Düsseldorf mit dem Abstellen lediglich auf die entgeltliche Seite als Teil des Marktes den im deutschen Wettbewerbsrecht bisher anerkannten Grundsatz, dass eine „Marktleistung“ nur da anzunehmen ist, wo eine entgeltliche Austauschbeziehung gegeben ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2015, VI Kart 1/14, NZKart 2015, 148).

Gerade vor dem Hintergrund der Funktionsweise von zweiseitigen Märkten wird vermehrt vertreten, dass ein Markt auch dann vorliegen kann, wenn Produkte gegen eine andere als monetäre Gegenleistung angeboten werden. Vor allem in der digitalen Ökonomie liegt (für eine Seite) oftmals kein pekuniärer Preis vor. Bestimmte Marktteilnehmer entrichten vielmehr eine **Gegenleistung in Form von Aufmerksamkeit**. Internetnutzer hinterlassen darüber hinaus einen Preis, indem sie Informationen, also **Daten**, über ihr Suchverhalten, Einkaufsverhalten oder ihre Präferenzen preisgeben. Diese Informationen sind aus Sicht der Internetplattformen sehr wertvoll, da die Werbeangebote individuell an den Nutzer angepasst und dadurch Inhalte und Werbung zielgerichteter auf den Nachfrager ausgerichtet werden können.<sup>23</sup>

Für die Kartellrechtsprüfung könnte es sinnvoll sein, „Geld-unentgeltliche“ Leistungen von Plattformen als Marktbeziehungen im Hinblick auf den **einheitlichen wirtschaftlichen Zweck** der mehrseitigen Tätigkeit anzusehen – unabhängig davon, auf welcher/n Seite/n die profitabelste monetäre Bepreisung erfolgt. Verlangt also die Plattform von einer Nutzerseite für ihre Leistung keine Gegenleistung in Geld, könnte für diese Seite dennoch ein Markt angenommen werden, weil und soweit sie mit einer zahlungspflichtigen Nutzerseite verknüpft ist. Dies gilt z.B. für die Missbrauchsprüfung, bei der das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber der nicht zahlenden Nutzergruppe mangels Marktbeziehung nur über eine Drittmarktkonstruktion erfasst werden könnte.

## V. Marktabgrenzung

Bei der „Übersetzung“ des wirtschaftlichen Phänomens der Plattformen in die kartellrechtliche Kategorie des „Marktes“ sind zwei Herangehensweisen denkbar: Erstens könnte das Verhältnis zwischen der Plattform und den einzelnen Seiten jeweils als eigenständiger Markt angesehen werden. Zweitens könnte von einem einheitlichen Markt ausgegangen werden, der beide bzw. mehrere Seiten umfasst.

Die Frage, ob bei zweiseitigen Märkten von **separaten Märkten oder einem einheitlichen Markt** auszugehen ist, hängt davon ab, wie ausgeprägt die Charakteristika der Zweiseitigkeit im Einzelfall sind. Für Matching- oder Transaktionsplattformen könnte die Annahme eines einheitlichen Plattformmarktes angebracht sein, da das Zusammenbringen beider Seiten für das Produkt entscheidend ist. Hierfür könnten auch die auf diesen Plattformen regelmäßig

---

<sup>23</sup> Körber, T. (2015). Analoges Kartellrecht für digitale Märkte? *Wirtschaft und Wettbewerb*, 65(2), 120-132; Dewenter, R., Rösch, J., Terschüren, A. (2014). Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internet-suchmaschinen. Diskussionspapier 151, Helmut-Schmidt-Universität, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre; Podszun, F. (2015). Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht. *NZKart* 121.

stark ausgeprägten wechselseitigen indirekten Netzwerkeffekte und die nicht-neutrale Preisstruktur sprechen. So gilt für Online-Immobilienplattformen, dass eine größere Anzahl an Immobilienanbietern, die eine Plattform beauftragen, dazu führt, dass auch mehr Immobiliennachfrager diese konsultieren, was sich wiederum positiv auf die Immobilienanbieter auswirken wird. Inwieweit das **Bedarfsmarktkonzept** im Hinblick auf die Sicht der Marktgegenseite die Trennung der Seiten erfordert, ist fraglich. Eine einheitliche Marktabgrenzung wäre aus Sicht des Bundeskartellamts jedenfalls dann mit dem Bedarfsmarktkonzept vereinbar, wenn beide Marktseiten im Wesentlichen dieselben Austauschmöglichkeiten haben. Auf dieser Grundlage hat das Bundeskartellamt im Fall *Immonet/Immowelt* einen einheitlichen Markt für Immobilienplattformen angenommen.<sup>24</sup> Dieses Konzept wurde auch im Fall des Online-Vergleichsportals Verivox/ProSiebenSat1 zugrunde gelegt.<sup>25</sup>

Bei Nicht-Transaktionsplattformen wird die Marktabgrenzung dagegen wie bisher getrennt entlang der verschiedenen Seiten erfolgen, wobei jedoch die Interdependenzen zwischen den separaten Märkten beachtet werden müssen.

Auch im Übrigen können im Kartellrecht anerkannte Marktabgrenzungsinstrumente mit gewissen Anpassungen im Bereich der digitalen Ökonomie Anwendung finden. So dürfte das Bedarfsmarktkonzept genügend Spielraum bieten, um im Rahmen der Prüfung der „**funktionalen Austauschbarkeit**“<sup>26</sup> eines Produktes die Besonderheiten von Plattformmärkten zu berücksichtigen. Insbesondere können durch direkte und indirekte Netzwerkeffekte beim Nutzer verursachte positive Effekte für die Frage von Bedeutung sein, inwieweit ein bestimmtes Produkt mit anderen Produkten funktionell austauschbar ist. Soweit hier aus Sicht der Nutzer ein „Single-Plattform-Market“ in Betracht gezogen werden kann, überschneiden sich die Marktabgrenzungsüberlegungen dann erheblich mit der Marktmachtprüfung im Übrigen.

Eine Unterstützung könnte das Bedarfsmarktkonzept durch die Betrachtung der **Umstellungsflexibilität** auf Anbieterseite erfahren. Insbesondere durch Vorliegen von Netzwerkeffekten kann die Realisierbarkeit einer technisch und kostenrechnerisch durchaus möglichen Angebotsumstellung aufgrund Mangel an Reichweite aber in Frage gestellt werden. Das Kon-

---

<sup>24</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B6-39/15 vom 20.4.2015 – *Online-Immobilienplattformen*.

<sup>25</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B8-67/15 vom 24.7.2015 – *Online-Vergleichsplattform Verivox*.

<sup>26</sup> Vgl. die in der ständigen Rechtsprechung zum Bedarfsmarktkonzept vom BGH geprägte folgende Formel, wonach zu einem Markt alle Waren oder Dienstleistungen gehören, die sich nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung seines bestimmten Bedarfs gleichfalls geeignet ansieht (z.B. BGH, 16.12.1976 „Valium“, WuW/E BGH 1447; vgl. auch Bardong, in: Langen/Bunte, 12. Auflage, 2014, § 18, Rn. 20 m.w.N.).

zept der Produktionsumstellungsflexibilität müsste bei Plattformen somit umgedacht bzw. durch Integration weiterer Faktoren ergänzt werden. Weitaus kritischer wird die Anwendbarkeit preisbezogener Marktabgrenzungsinstrumente – wie beispielsweise des sog. **Hypothetischen Monopoltests** bzw. SSNIP-Tests<sup>27</sup> – gesehen.<sup>28</sup> Die in der Literatur diskutierten Probleme bei der Anwendbarkeit auf zweiseitigen Märkten sind vielfältig und dürften einer praktischen Anwendbarkeit in konkreten Verfahren einer Wettbewerbsbehörde entgegenstehen. Der SSNIP-Test erscheint sowohl in der originären als auch in einer modifizierten Fassung nicht oder zumindest nicht ohne größere Probleme operationalisierbar. Allenfalls denkbar scheinen qualitative Abfragen basierend auf der Grundidee des SSNIP-Tests. In jedem Fall wären Einzelfallentscheidungen zur Operationalisierbarkeit des modifizierten SSNIP-Tests erforderlich.

## VI. Marktkonzentration und Marktmacht

Das Vorliegen wirtschaftlicher Macht wird in der öffentlichen Debatte, die von Begriffen wie „digitale Monopole“ und „Giganten des digitalen Zeitalters“ geprägt ist, häufig ohne weiteres angenommen und insbesondere aus den hohen Nutzerzahlen bzw. Werbeerlösen aber auch aus der vermeintlichen „Gatekeeper“-Funktion von Amazon, Google, Facebook u.a. abgeleitet. Unter Berücksichtigung des dynamischen Umfelds, der verschiedenen Nutzergruppen und der Wechselbeziehungen zwischen diesen ist Marktmacht im Sinne des Kartellrechts auf Plattformmärkten aber regelmäßig nicht einfach festzustellen.

**Marktmacht** in diesem Sinne meint insbesondere die Möglichkeit, Preise zu erhöhen bzw. Mengen zu beschränken. Zudem ist es marktmächtigen Unternehmen möglich, Märkte für Wettbewerber zu verschließen sowie eventuelle Kosten, die durch Investitionen in wohlfahrtsmindernde Verhaltensweisen entstanden sind, zu einem späteren Zeitpunkt wieder einzubringen.<sup>29</sup> Entscheidend ist die Feststellung, ab wann die Neutralisierung wirtschaftlicher Macht nicht mehr dem Markt überlassen werden kann und marktmächtige Unterneh-

---

<sup>27</sup> SSNIP = Small but Significant Nontransitory Increase in Price

<sup>28</sup> Evans, D. S., Noel, M. (2005). Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms. *Columbia Business Law Review*, 101-134; Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeldt, P. (2014). Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), 293-339; Dewenter, R., Rösch, J., Terschüren, A. (2014). Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internet-suchmaschinen. Diskussionspapier 151, Helmut-Schmidt-Universität, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015.

<sup>29</sup> Evans, D. S., Noel, M. (2005). Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms. *Columbia Business Law Review*, 101-134; Motta, M. (2004). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

men Verhaltensanforderungen unterworfen werden, die für andere Unternehmen nicht greifen.<sup>30</sup>

Zwar existiert zumindest theoretisch die Möglichkeit, Marktmacht direkt zu messen (bspw. durch den sog. Lerner-Index als Verhältnis aus Mark-Up über den Grenzkosten zum Preis), allerdings ist die praktische Anwendbarkeit dieser Methoden nur eingeschränkt bzw. nicht möglich. Somit hat sich die indirekte Herangehensweise einer Abschätzung von Marktmacht durchgesetzt, die eine ganze Reihe verschiedener Faktoren für den jeweiligen Einzelfall berücksichtigt. Dies zeigt sich auch in der gesetzlichen Ausgestaltung des § 18 Absatz 3 GWB, aufgrund dessen die Marktstellung eines Unternehmens im Vergleich zu seinen Wettbewerbern anhand einer Reihe von Faktoren beurteilt wird. Auf zweiseitigen Märkten müssen darüber hinaus die Besonderheiten von Plattformen Berücksichtigung finden, die eventuell dazu führen, dass bestimmte Faktoren anders als bei einseitigen Märkten zu beurteilen sind.

Viele Bereiche der digitalen Ökonomie sind durch Plattformangebote mit herausragender Stellung und hoher Marktkonzentration gekennzeichnet. Ökonomische Ursache für diese Stellung und Konzentration auf zweiseitigen Märkten sind die Dynamik der Technologieentwicklung und des Nutzungsverhaltens und insbesondere die bereits genannten Netzwerkeffekte.<sup>31</sup> Für die Nutzbarmachung bzw. Internalisierung von (direkten und indirekten) Netzwerkeffekten ist oft das Überschreiten einer **kritischen Masse** von Nutzern notwendig.<sup>32</sup>

Je weiter sich ausgehend hiervon Netzwerkeffekte entfalten, umso dynamisch attraktiver wird das entsprechende Angebot, da es zu **selbstverstärkenden Rückkoppelungseffekten** kommt. Auch wenn – im Gegensatz zu physischen Netzen – ein „natürliches Monopol“ nicht die zwingende Konsequenz ist oder sein muss, können positive wechselseitige Netzwerkeffekte zu Konzentrationstendenzen und zu starken oder (ggf. temporär) sogar dominierenden Anbietern bei bestimmten Plattformangeboten führen.<sup>33</sup> Ein Extremfall ist die Situation des sog. „Tipping“, bei dem ein bisher wettbewerblicher Markt ab einer bestimmten Konzentra-

---

<sup>30</sup> Podszun, F. (2014). Kartellrecht in der Internet-Wirtschaft: Zeit für den more technological approach. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 64(3), 249.

<sup>31</sup> Haucap, J., Heimeshoff, U. (2014). Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization? *International Economics and Economic Policy*, 11(1-2), 49-61; Haucap, J., Kehder, C. (2013). Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google. *DICE Ordnungspolitische Perspektiven* No. 44.

<sup>32</sup> Evans, D. S., Schmalensee, R. (2015). The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. In R. D. Blair & D. D. Sokol (Eds.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1. Oxford: Oxford University Press.

<sup>33</sup> Peitz, M. (2006). Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte. *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, 7(3), 317–333; Dewenter, R., Rösch, J., Terschüren, A. (2014). Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internet-suchmaschinen. *Diskussionspapier 151*, Helmut-Schmidt-Universität, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre.

tion zu „kippen“ droht, indem selbstverstärkende Rückkoppelungseffekte dazu führen, dass sich die gesamte Nachfrage auf eine Plattform konzentriert und die verbleibenden Restwettbewerber nicht die für ein wettbewerbliches Angebot erforderliche kritische Größe erreichen. Unterstützt werden diese Konzentrationstendenzen auch durch das Vorhandensein von **Skalen- und Verbundeffekten**. Die digitale Ökonomie ist in ihrer Kostenstruktur eher durch niedrige Grenzkosten bei einer Ausweitung des Angebots und diesbezüglich vergleichsweise hohe Fixkosten für den Aufbau technischer Infrastruktur und Generierung einer kritischen Masse charakterisiert.<sup>34</sup> Die Dynamik sich selbstverstärkender Effekte wird jedoch auch durch Wechselwirkungen mit bestimmten **gegensteuernden Faktoren** gebremst. So wirken bspw. (physische) Kapazitätsbeschränkungen beim Angebot von Plattformdienstleistungen, Möglichkeiten für eine Plattformdifferenzierung hinsichtlich heterogener Nutzerbedürfnisse oder Multi-Homing bei der Verwendung verschiedener Plattformen den oben genannten Konzentrationstendenzen entgegen.<sup>35</sup> In den Fällen von Online-Immobilienplattformen und Online-Vergleichsplattformen hat das Bundeskartellamt bspw. eine Beschränkung der selbstverstärkenden Effekte durch die Ausübung von Multi-Homing angenommen.<sup>36</sup> Heterogene Nutzerbedürfnisse finden sich z.B. auch auf Online-Dating-Plattformen.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, inwieweit bei Plattformen zur Bestimmung von Marktmacht traditionelle Marktmachtfaktoren herangezogen werden können. Insbesondere **Marktanteile** werden auf einseitigen Märkten grundsätzlich als „erster Filter“ betrachtet, um eine Einschätzung der erreichten Marktstellungen zu erhalten und mögliche Gefahren für künftiges Wettbewerbsverhalten zu erkennen. Auch vor dem Hintergrund von Netzwerkeffekten können Marktanteile eine Aussagekraft haben, da relativ größere Netzwerke regelmäßig von neuen Nutzern bevorzugt werden. Neben der Frage, auf welche Seite bzw. Seiten einer Plattform sich Marktanteile konkret beziehen, kann bei zweiseitigen Märkten aber auch die Beurteilung von Wohlfahrtswirkungen anders bzw. durch ein ergänzendes Merkmal vorzunehmen sein. So könnte zur Abschätzung von Marktmacht auf zweiseitigen Märkten neben der Beurteilung anhand allokativer und dynamischer Effizienz auch die Ermöglichung einer Internalisierung von Netzwerkeffekten betrachtet werden. Dies könnte klassische Er-

---

<sup>34</sup> Haucap, J., Kehder, C. (2013). Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google. DICE Ordnungspolitische Perspektiven No. 44.

<sup>35</sup> Evans, D. S., Schmalensee, R. (2007). The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. Competition Policy International, 3(1), 151-179.

<sup>36</sup> Bundeskartellamt, Fallberichte B6-39/15 vom 20.4.2015 – *Online-Immobilienplattformen* und B8-67/15 vom 24.7.2015 – *Online-Vergleichsplattform Verivox*.

gebnisse, wonach Wettbewerb zwischen mehreren Angeboten zu Wohlfahrtssteigerungen führt, für Plattformen in gewisser Weise einschränken.

Der inhärente Charakter der Marktanteilsausweitung bei Plattformen muss nicht in jedem Fall gefährlich für die Wettbewerbssituation sein, wenn der dynamische Charakter im Sinne einer **Bestreitbarkeit** dieser Märkte erhalten bleibt. Ähnlich hat auch die Europäische Kommission im Fall Microsoft/Skype (2011) argumentiert, als ein entstehender Marktanteil von ca. 90% im Bereich Videotelefonie als nicht kritisch angesehen wurde, da dieser Markt aufgrund niedriger Markteintrittsschranken und wechselnder Nutzerpräferenzen als weiterhin angreifbar charakterisiert wurde. Gleichsam dürfte aber auch für digitale Märkte und Plattformen gelten, dass Monopolstellungen mittel- bis langfristig negative Auswirkungen insbesondere für Innovationsanreize und die allokativen Effizienz bergen. Angesichts der alten Erkenntnis, dass fast alle Monopole irgendwann angreifbar werden, berührt die Debatte um die digitale Ökonomie damit auch die normative wie ökonomische Frage, bis zu welcher Dauer und Verfestigung temporäre Marktmacht ökonomisch vorteilhaft und akzeptabel sein kann.

Marktanteile können jedoch nur ein Faktor unter vielen Indizien für die Abschätzung von Marktmacht sein. Wie bereits erwähnt ist für die Aufrechterhaltung von Wettbewerb auf digitalen Märkten die Möglichkeit des **Marktzutritts** für Wettbewerber von entscheidender Bedeutung. Hier können ähnliche aber auch andere Faktoren im Vergleich zu einseitigen Märkten eine Rolle spielen. Oftmals wird insoweit die große Bedeutung von geistigen Eigentumsrechten oder auch von Nutzerdaten genannt.<sup>37</sup> Für einige Plattformen kommt in Betracht, dass der **Zugang zu Nutzerdaten** ein sehr wertvoller und entscheidender Faktor ist, der die „Geld-Unentgeltlichkeit“ für bestimmte Seiten einer Plattform mehr als aufwiegt und die Möglichkeit zur Marktverschließung und Ausnutzung von Marktmacht bietet.<sup>38</sup> Dies ist insbesondere für Angebote relevant, bei denen (Online-)Werbung der entscheidende Finanzierungsfaktor ist (Beispiele sind Google oder Facebook). Gerade die Möglichkeit der Kombination von Daten aus verschiedenen Quellen kann deren Wert und die Alleinstellung des Inhabers erhöhen. Insoweit scheint nicht ausgeschlossen, dass Daten als Markteintrittsbarriere wirken können. Hier stellt sich die im Einzelfall schwierig zu beantwortende Frage, welcher Bestand an Daten erforderlich ist, um ein erfolgreiches Angebot zu machen, und bis zu welchem Punkt zusätzliche Daten die Qualität des Angebots (etwa einer Suchmaschine) wei-

---

<sup>37</sup> Körber, T. (2015). Analoges Kartellrecht für digitale Märkte? *Wirtschaft und Wettbewerb*, 65(2), 120-132.

<sup>38</sup> Die Europäische Kommission hat in der Entscheidung zu Facebook/Whatsapp (Entscheidung vom 3.10.2014, M.7217) die Bewertung einer möglichen Datenkonzentration unter kartellrechtlichen Aspekten ausschließlich an wettbewerbliche Effekte gekoppelt (bspw. eine Stärkung der Position auf dem Online-Werbemarkt).

ter erhöhen. Auch darf nicht verkannt werden, dass die Bedeutung von Daten zugleich Anreize für neue, innovative Produkte gegenüber Verbrauchern setzen kann (um an ihre Daten zu kommen).<sup>39</sup>

Im Allgemeinen galt für digitale Märkte von Beginn an, dass aufgrund der schnellen Durchsetzung von Innovationen auf diesen Märkten und vergleichsweise niedriger technischer Markteintrittsbarrieren starke Marktstellungen möglicherweise nur temporär und angreifbar sind. So können Netzwerkeffekte bei langfristiger Nutzung zwar wie Lock-in-Effekte wirken. Auf der anderen Seite spielen **Wechselkosten** für Nutzer bei vielen Plattformen jedoch eine untergeordnete Rolle, so dass auch eine parallele Verwendung verschiedener und konkurrierender Plattformen attraktiv und gut möglich sein kann (sog. „Multi-Homing“) – auch für Werbetreibende mit paralleler Verbreitung von Werbekampagnen auf verschiedenen, miteinander konkurrierenden Plattformen.

Zu beachten ist schließlich, dass die Marktmacht der Plattform gegenüber verschiedenen Nutzergruppen unterschiedlich ausgeprägt sein kann, d.h. der quasi-alleinige Anbieter auf der einen Seite sich gegenüber anderen Nutzergruppen (etwa den Werbetreibenden) im Wettbewerb zu Dritten befinden kann. Hier ist genau zu prüfen, ob sein Verhalten von der wettbewerblichen Seite hinreichend kontrolliert wird oder ein eigenständiger Schutz jeder Seite verlangt ist.

---

<sup>39</sup> Vgl. CMA - Competition & Markets Authority (Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs), Bericht vom Juni 2015: „The commercial use of consumer data“, 74-96.

## C. Wettbewerbsbeschränkungen und Schadenstheorien

An die konzeptionellen Herausforderungen der Analyse von Plattformmärkten schließt sich die Frage an, wie das Instrumentarium der Wettbewerbsaufsicht auf den Märkten der digitalen Ökonomie zur Anwendung kommen soll, insbesondere welche Wettbewerbsbeschränkungen oder Schadenstheorien ein behördliches Eingreifen rechtfertigen können. Die Regeln zur Fusionskontrolle haben dabei in der Vergangenheit eine eher begrenzte Rolle gespielt. Spätestens seit dem Erwerb von WhatsApp durch Facebook wird jedoch vermehrt diskutiert, wie Netzwerkeffekte, Nutzerdaten und mögliche, aber schwer prognostizierbare Marktentwicklungen bei Zusammenschlüssen von Plattformen angemessen berücksichtigt werden können (unter I.). Plattformen waren in den vergangenen Jahren auch Gegenstand oder Urheber vertraglicher Beschränkungen – das Bundeskartellamt hat Verfahren wegen Meistbegünstigungsklauseln und der Kooperation von Inhalteanbietern geführt (unter II.). Die öffentliche Diskussion war jedoch vor allen Dingen von Vorwürfen des Missbrauchs von Marktmacht geprägt. Hier stellen sich besonders zugespitzt die Fragen, wie den Besonderheiten dieser Märkte Rechnung getragen werden kann und wie weit die besondere Verantwortlichkeit marktbeherrschender Unternehmen geht (unter III.).

### I. Internetplattformen in der Fusionskontrolle

Es ist keineswegs so, dass Plattformen nur aus eigener Kraft wachsen, in Folge überlegener Innovationen und von Netzwerkeffekten. Vielmehr kam und kommt externem Wachstum durch Zukäufe – im eigenen Markt aber auch in benachbarten oder scheinbar weit entfernten Märkten – eine bedeutende Rolle zu. So soll Google bis April 2015 mehr als 180 Unternehmen erworben haben.<sup>40</sup> Diese Akquisitionen tragen erheblich dazu bei, dass Plattformen bzw. digitale „Ökosysteme“ sich häufig über eine Vielzahl unterschiedlicher Sektoren ausbreiten.

Bei Zusammenschlüssen im gleichen Markt kann eine Reduktion der Anzahl von Plattformen vor dem Hintergrund einer vereinfachten Internalisierung von Netzwerkeffekten und damit verbundener Verbesserung der Wettbewerbsmöglichkeiten unter Umständen eine steigende Wettbewerbsintensität bewirken. Die sich selbst verstärkenden Netzwerkeffekte und inhärente dynamische Marktanteilsausweitung in zweiseitigen digitalen Märkten bedeutet im Rahmen der Fusionskontrolle aber auch eine wettbewerbliche Gefahr, die durch das sog. „**Tipping**“ beschrieben wird (siehe oben, Abschnitt B.VI.). Inwieweit dieses Szenario als Schadenstheorie für die Fusionskontrolle operationabel sein kann, ist offen. Denn eine Messung

---

<sup>40</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_mergers\\_and\\_acquisitions\\_by\\_Google](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Google) (abgerufen am 15.09.2015).

solcher Effekte wirft Schwierigkeiten auf. Es wäre wahrscheinlich nur mit dem Anknüpfen an eine problematische Marktanteilsschwelle erfassbar, die letztlich zugunsten der Unternehmen relativ hoch ansetzen müsste. Umgekehrt kann das Konzept aber sog. **Aufholfusionen** rechtfertigen. So kann bei Dominanz einer Plattform auf einem zweiseitigen Markt ein Zusammenschluss zwischen Unternehmen, die zum Marktführer aufschließen und den Markt dabei weiter verengen, aufgrund der Besonderheiten dieser Märkte verteidigt werden, um ein Tipping zu verhindern und Wettbewerb zwischen zwei (oder wenigen) größeren Plattformen aufrechtzuerhalten. Dies kann auch mit den vorhandenen Beurteilungsmaßstäben der Marktbeherrschung oder erheblichen Behinderung bereits berücksichtigt werden. Den Zusammenschluss von Online-Immobilienplattformen hat das Bundeskartellamt mit dieser Überlegung freigegeben.<sup>41</sup>

Wichtige Kriterien zur Bewertung des Vorhandenseins einer Tipping-Gefahr sind die Symmetrie der Plattformen und die Frage, ob die Nutzer einer Plattform eher Single-Homing oder Multi-Homing praktizieren.<sup>42</sup> Die Symmetrie von Plattformen kann sich auf die Kostensituation, die Größe bzw. die Reichweite der Plattformen, aber auch auf die strategische Ausrichtung hinsichtlich der Nutzervorstellungen beziehen. Je asymmetrischer Plattformen sind, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass es zum Tipping zugunsten der Plattform mit der besseren Kostenstruktur, der größeren Reichweite oder der besseren Erfüllung der Nutzervorstellungen kommen kann. Die Wahrscheinlichkeit erscheint zudem bei Single-Homing größer als bei Multi-Homing.

Die bei einer Verengung des Marktes grundsätzlich bestehende höhere Gefahr **koordinierter Effekte** wird auf zweiseitigen Märkten häufig als geringer eingeschätzt. Eine implizite Koordinierung und Überwachung eines möglichen Abweichens müsste dort auf mehreren Seiten erfolgen. Zudem steigen tendenziell die Anreize zur Erzielung von Abweichungsgewinnen auf zweiseitigen Märkten aufgrund der Wirkungsweise indirekter Netzwerkeffekte. Erforderlich ist in der Praxis dennoch eine Einzelfallprüfung. Das Bundeskartellamt hat im Fall der Immobilienplattformen koordinierte Effekte verneint und auch im Fall der Online-Vergleichsplattformen trotz eines Marktanteils der zwei führenden Anbieter Verivox und Check24 von insgesamt über 95% keine Grundlage für koordinierte Effekte gesehen, da die

---

<sup>41</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B6-39/15 vom 20.4.2015 – *Online-Immobilienplattformen*.

<sup>42</sup> Vgl. Hossain, T., Minor, D., Morgan, J. (2009). Do All Markets Ultimately Tip? Experimental Evidence. Econ 221-Industrial Organization Seminar; Kim, D. (2012). Equilibrium Analysis of a Two-Sided Market with Multiple Platforms of Monopoly Provider. International Telecommunications Policy Review, 19(3), 1-22; Gold, A., Hogendorn, C. (2015). Tipping in Two-Sided Markets with Asymmetric Platforms. Wesleyan Economic Working Papers, 1-15.

bestehenden Asymmetrien und Tätigkeitsschwerpunkte sowie fehlende Sanktionsmöglichkeiten gegen eine implizite Kollusion sprachen.<sup>43</sup>

Aufgrund der Wichtigkeit des Wirtschaftsfaktors Daten für viele Bereiche und Geschäftsmodelle der digitalen Ökonomie, kann das strategische Interesse an einem Zusammenschluss auch in einem **verbesserten Zugang zu Daten** liegen. Der Zusammenschluss etablierter Plattformen mit innovativen Newcomern kann diesen neue Datenzugänge eröffnen und die Datenkonzentration im Markt erhöhen. Gleichzeitig können solche Zusammenschlüsse zu einer Reduzierung des Innovationspotenzials bestimmter Bereiche und damit der Angreifbarkeit bestehender Marktstellungen führen. Der Zugang zu Daten hat dann zumindest mittelbare Auswirkung auf die wettbewerbliche Beurteilung. In gewisser Weise lassen sich neue Formen von Fusionen in der digitalen Ökonomie feststellen: Nachfrageseitig konglomerate Fusionen können durch anbieterseitige Synergieeffekte, insbesondere durch die Sammlung und Verknüpfung von Daten verschiedener Quellen, gekennzeichnet sein. Die Verknüpfung von Daten aus zuvor getrennten Quellen kann dabei aber auch Produktverbesserungen ermöglichen und Effizienzen generieren.

Gerade im Zusammenhang mit solchen datengetriebenen Zusammenschlüssen wird die Frage des Verhältnisses des Kartellrechts zum **Datenschutz** aufgeworfen. Relative Einigkeit besteht, dass das Kartellrecht nicht originär zum Datenschutz verwendet werden kann oder soll. Die Konzentration und Verknüpfung von Daten ist nicht zwingend ein Wettbewerbsproblem und die Verfolgung allein datenschutzspezifischer Bedenken ist nicht den Kartellbehörden zugewiesen.<sup>44</sup> Datenschutz kann auf der anderen Seite aber als ein Parameter des nichtpreislichen Wettbewerbs gesehen werden. Der Verlust „datensparsamer“ Alternativen durch einen Zusammenschluss kann möglicherweise eine fusionskontrollrechtlich relevante Verschlechterung darstellen. Solche Formen der Qualitätsverschlechterung sind allerdings schwierig zu messen bzw. zu bewerten. So mag das Weniger an Datenschutz zugleich Produktverbesserungen ermöglichen, die von vielen Verbrauchern geschätzt werden. Die für die zu treffende Wertungsentscheidung heranzuziehenden Maßstäbe bedürfen noch der weiteren Diskussion.

Anzumerken ist, dass Wettbewerbs- und Datenschutz Hand in Hand gehen können, dies aber auch nicht immer der Fall sein muss. So hätte die im Rahmen der europäischen Datenschutz-Grundverordnung angestrebte vereinfachte Möglichkeit der **Datenportabilität** zwischen verschiedenen Plattformen direkte positive Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen die-

---

<sup>43</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B8-67/15 vom 24.7.2015 – *Online-Vergleichsplattform Verivox*.

<sup>44</sup> Europäische Kommission, Fall M.7217 - *Facebook/WhatsApp*, Entscheidung vom 3.10.2014

sen. Insbesondere würde möglichen Lock-in-Effekten von Nutzern direkt entgegengewirkt und eine Begrenzung von Marktmacht bewirkt.<sup>45</sup> Auf der anderen Seite können bestimmte Lösungen wettbewerblicher Probleme datenschutzrechtlich durchaus problematisch sein – wie bspw. der Zugang zu bzw. das Teilen von Nutzerdaten. Die Eröffnung des Zugangs zu bzw. das Teilen einer essentiellen Ressource als typische wettbewerbsrechtliche Auflage beseitigt nicht eventuelle Datenschutzprobleme, sondern kann sie sogar verschärfen.

Wie am Zusammenschluss Facebook/WhatsApp aber auch bereits bei vergleichbaren Übernahmen in der Vergangenheit (z.B. im Fall Google/DoubleClick) ersichtlich, erscheint es sinnvoll zu diskutieren, inwieweit es sich um **Absicherungsfusionen** handelt, mit denen etablierte Anbieter, die über erhebliche finanzielle Reserven („deep pockets“) verfügen, durch Aufkaufen innovativer Newcomer potentiellen Wettbewerb in absehbarer Zukunft unterbinden und ihre Marktposition festigen. In der Folge könnte der dynamische Wettbewerb geschädigt werden, da die Erwerber weniger Anreize haben, in Innovationen zu investieren, die ihr bisheriges Produkt kannibalisieren. Die Ablösungstendenzen könnten dadurch gestoppt oder erheblich verzögert werden.

Schließlich kann ein formales Problem das Aufgreifen von Zusammenschlüssen verhindern, bei denen Newcomer involviert sind, die zwar ein erhebliches Wettbewerbspotential aber geringe aktuelle Umsätze aufweisen und die umsatzbezogenen Schwellenwerte der Fusionskontrolle nicht erreichen. Hier kann eine **Anpassung der Aufgreifkriterien** angezeigt sein, weil der Wert solcher Unternehmen nicht durch Umsätze, sondern durch innovative Geschäftsideen, Datenzugangsmöglichkeiten und geistige Eigentumsrechte abgebildet wird.<sup>46</sup>

## II. Vertragliche Beschränkungen und Kooperationen

### 1. Preisparitäts- und Meistbegünstigungsklauseln

Preisparitäts- und Meistbegünstigungsklauseln sind vertragliche Vereinbarungen, die den Wettbewerb zwischen Plattformen beschränken können. Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen können sich durch eine **Erschwerung des Marktzutritts** neuer Plattformen ergeben, da keine Möglichkeit für diese besteht, sich durch niedrigere Verkaufsprovisionen und damit einhergehende niedrigere Endkundenpreise von anderen Plattformen abzugrenzen; darüber hinaus kann eine geringere Wettbewerbsintensität zu höheren Provisionen und Endkunden-

---

<sup>45</sup> Weitergehende Ansätze erwägen die Nutzung privater Daten an ein Entgelt zu knüpfen oder Plattformanbietern eine „Daten-Steuer“ aufzuerlegen; Newman, N. (2014). Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data. *Yale Journal on Regulation*, 31(2), 401-454.

<sup>46</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, S. 152 ff., BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015.

preisen führen. Übliche Rechtfertigungen setzen dabei v.a. an einem möglichen Trittbrettfahrerproblem an, wodurch vertragsspezifische Investitionen und zur Verfügung gestellte Informationen ausgenutzt werden. Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen wurden bspw. bei Hotelplattformen durch das Bundeskartellamt festgestellt und durch Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf bestätigt.<sup>47</sup> Im Hinblick auf die Besonderheiten von Plattformen und zweiseitigen Märkten könnte diskutiert werden, ob es sich bei der Vereinbarung von Preisparitätsklauseln zwischen Plattform und einer Plattformseite tatsächlich um ein vertikales Verhältnis handelt, das nach der Vertikal-GVO wie ein Händlerverhältnis behandelt werden sollte.

Zu beobachten ist vielfach ein Wettbewerb zwischen Plattformen um Nutzer, der etwa durch hohe Investitionen in (Such-)Werbung charakterisiert ist, die durch steigende Provisionen gegenüber den auf der Plattform tätigen Anbietern finanziert werden. Letztere können wegen der Netzwerkeffekte kaum bis gar nicht ausweichen. Ein zusätzliches Problem kann sich ergeben, wenn der Plattformbetreiber selber als Anbieter auf seiner Plattform in direktem Wettbewerb zu anderen Anbietern steht, die seine Plattform nutzen. Preisparitätsklauseln erhalten dann den Charakter einer horizontalen Preisabsprache. Zu diesem Ergebnis ist das Bundeskartellamt im Fall von Amazon gekommen.<sup>48</sup> Hier war die eigene Händlertätigkeit von Amazon neben dem Betrieb des Marketplace zu berücksichtigen.

## 2. Gemeinsame Plattformen von Inhalteanbietern

Teil der Plattformdiskussion sind üblicherweise auch die Kooperationen im Bereich der Video on Demand-Dienste (VoD). VoD-Anbieter versuchen mit diesen Kooperationen auf die Geschäftsmodelle US-amerikanischer Anbieter wie Netflix zu reagieren. Solche Kooperationen sind in Form von reinen technischen Plattformen regelmäßig unproblematisch und auch aus wettbewerblicher Sicht vorteilhaft. Wettbewerbsbedenken ergeben sich lediglich aus der konkreten Ausgestaltung der Plattform, wenn diese Absprachen wichtiger Wettbewerbsparameter wie z.B. Preisabsprachen und Exklusivitätsvereinbarungen vorsieht. Bei dieser Diskussion geht es allerdings eher nicht um Plattformen in dem hier betroffenen Sinn zweiseitiger Märkte. VoD-Anbieter sind eher Händler oder Anbieter von Eigenproduktionen, wie es z.B. bei der beabsichtigten Kooperation „Germany’s Gold“ der Fall war. Auch Dienste wie iTunes oder Netflix dürften keine Plattformqualität im Sinne von zweiseitigen Märkten ha-

---

<sup>47</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B9-66/10 vom 20.12.2013 – *Bestpreisklausel HRS*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2015, Az. VI - Kart. 1/14 – *HRS*.

<sup>48</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht B6-46/12 vom 9.12.2013 – *Amazon Preisparitätsklausel*.

ben. Plattformeigenschaften sind jedoch für die Videos selbst denkbar und wenn VoD-Dienste wie Marktplätze organisiert sind.

### III. Marktmachtmissbrauch

#### 1. Marktmachtübertragung und Diskriminierung

Auch auf digitalen Märkten kann es in der Missbrauchsprüfung um Fallkonstellationen gehen, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht zur Behinderung eines anderen Unternehmens auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auszunutzen. Durch die **Übertragung von Marktmacht** – sog. „Leveraging“ – von einem beherrschten auf einen benachbarten Markt wird versucht, einem möglichen Verlust der beherrschenden Stellung durch Behinderung von Innovationswettbewerbern entgegenzuwirken.<sup>49</sup> Dies kann zum einen relevant werden, wenn ein benachbarter Markt das Potenzial hat, die Technologie auf dem beherrschten Markt zu substituieren. Zum anderen kann der Eintritt in einen benachbarten Markt die Marktdurchsetzung des Produktes oder Dienstes des marktbeherrschenden Unternehmens forcieren. Letzteres ist gerade hinsichtlich von Synergieeffekten bei technologischen Entwicklungen aber auch beim Zugang zu verschiedenen, sich ergänzenden Datenquellen von Bedeutung. Die Feststellung und Bewertung solcher Strategien ist in dynamischen Märkten allerdings nicht einfach, da die Verdrängung von Wettbewerbern auch Folge einer echten Produktfortentwicklung sein kann, die als Innovation schützenswert und für Verbraucher vorteilhaft ist.

Die Mittel, derer sich Internetplattformen bedienen, gehen über klassische Strategien der Kopplung und Bündelung hinaus und betreffen insbesondere die **„Lenkung“ von Nutzern** durch entsprechende optische Aufmachungen, Voreinstellungen etc. Bei dieser „Manipulation“ des Nutzerverhaltens ergeben sich Schnittstellen zum **Verbraucherschutz**. Im Blickpunkt des Kartellrechts stehen dabei die Auswirkungen auf die Beziehung zu Wettbewerbern. Aus Verbraucherschutzsicht steht hingegen eine mangelnde Transparenz und eventuelle Irreführung von Nutzern im Vordergrund, etwa weil als Anzeige vergebene Plätze auf Websites von nach objektiven Kriterien geordneten Angeboten nicht auf den ersten Blick unterschieden werden können.

Unter dem Gesichtspunkt der Marktmachtübertragung und Diskriminierung lässt sich auch die im Fokus der aktuellen Diskussion stehende Frage sehen, ob Internetunternehmen Wettbewerbern und anderen Unternehmen **Zugang zu internetspezifischen Leistungen** ge-

---

<sup>49</sup> Zimmerlich, A., Aufderheide, D. (2004). Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie. Working Paper Internetökonomie und Hybridität Nr. 4.

währen müssen. Damit ist nicht der Zugang zu technischen Infrastruktureinrichtungen wie bspw. Leitungsnetzen gemeint, sondern der Zugang zu gewerblichen Schutzrechten (z.B. Software-Patente), sonstigen unternehmerischen Leistungen (z.B. Schnittstellen, Suchalgorithmen) oder Geschäftsgeheimnissen (z.B. Nutzerdaten). Dabei geht es auch um die Frage, wann Internetplattformen eine „Flaschenhals“- oder „Gatekeeper“-Funktion haben, andere Unternehmen also auf die Mitbenutzung einer Einrichtung oder Leistung angewiesen sind, um auf einem (vor- oder nachgelagerten) Markt tätig zu werden. Fraglich ist, wie eine eventuelle **Bevorzugung eigener Dienste** durch solche marktbeherrschenden Internetplattformen einzuschätzen ist, wodurch eine Marktmachtübertragung auf benachbarte – vornehmlich nachgelagerte – Märkte möglich scheint.<sup>50</sup> Eine Übertragung von Grundsätzen der „Essential Facility“ aus dem Bereich von Netzindustrien mit natürlichen Monopolen auf die digitale Ökonomie ist grundsätzlich nicht ohne weiteres möglich, da die Charakteristika von (physischen) Netzindustrien (sunk costs und Dichtevorteile) und Internetplattformen (positive externe Effekte) verschieden sind. Damit bedarf auch die vielfach geforderte entsprechende Anwendung des Gebots der Nichtdiskriminierung im Verhältnis zu eigenen Diensten einer anderen Rechtfertigung.

Bezogen auf die allgemeine Suchmaschine von Google wird die Möglichkeit einer **Überprüfung des Suchalgorithmus** unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots und des diskriminierungsfreien Zugangs diskutiert. Unabhängig von der Frage der Praktikabilität einer solchen Prüfung und der Qualität des Verhältnisses zwischen Suchmaschine und Webseite wird man jedoch der Suchmaschine einen weiten Ermessensspielraum bei den an Nutzerpräferenzen orientierten Relevanzkriterien für die Suchergebnisse einräumen müssen. Aus Sicht des Bundeskartellamts in der Entscheidung Google/VG Media bedeutet dies jedoch nicht, dass ein Missbrauch bei der Darstellung der Suchergebnisse nicht gegeben sein kann. Einer sachlichen Rechtfertigung nach dem Diskriminierungsverbot bedarf es insbesondere für eine Auslistung von Ergebnissen, die nicht auf einer Relevanzentscheidung beruht. Eine Verkürzung von Inhalten zur Vermeidung von Rechtsverstößen und Schadensersatzpflichten beruht z.B. zwar nicht auf einer Relevanzentscheidung, wäre aber mit hoher Wahrscheinlichkeit sachlich gerechtfertigt. Eine über das insoweit Erforderliche hinausgehende Auslistung von Inhalten Anbietern hingegen könnte einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot darstellen.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Diese kartellrechtlichen Fragestellungen sind u.a. Gegenstand des seit 2010 laufenden Verfahrens der Europäischen Kommission gegen Google (AT.39740), welches im April 2015 durch Zustellung der Beschwerdepunkte (Statement of Objections) verschärft wurde.

<sup>51</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 9.9.2015, B6-126/14 (Entscheidung nach § 32c GWB).

Im selben Zusammenhang wird die **Verpflichtung** von Plattformen **zur Abnahme von Inhalten** diskutiert, insbesondere wenn ein großer Teil von Nutzern über diese Plattformen auf die Websites der Inhaltenanbieter geführt wird. Auch hierbei geht es um den Zugang dieser Inhaltenanbieter zur Plattform, insbesondere zur Suchmaschine von Google, diesmal unter Zugrundelegung eines Beschaffungsvorgangs seitens Google bei der Einbeziehung von Webseiten in die Suchergebnisse. Vor dem Hintergrund einer speziellen gesetzlichen Regelung in Deutschland (Leistungsschutzrecht) wird zudem diskutiert, ob darüber hinaus ein Zwang zur entgeltlichen Abnahme von Rechten für bestimmte Inhalte bestehen kann. Aus Sicht des Bundeskartellamts ist mit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht ein Kontrahierungszwang für den Einkauf von Rechten grundsätzlich nicht begründbar.

## 2. Preisbezogene Missbräuche

Charakteristisch für zweiseitige Märkte ist eine simultane und interdependente Preissetzung für die verschiedenen Seiten einer Plattform, die in der Regel u.a. die Nachfrageelastizitäten und Grenzkosten beider Seiten sowie die jeweilige Stärke der Netzwerkeffekte berücksichtigt. Da eine Betrachtung der Preissetzung auf nur einer Seite das strategische Verhalten der Plattform nicht korrekt abbilden würde, kann bei der Beurteilung des Preises einer Seite im Allgemeinen auch nicht auf die Abweichung zu den Grenzkosten auf dieser Seite oder eines anders definierten Wettbewerbspreises für diese einzelne Seite Bezug genommen werden. Für eine Plattform kann es selbst im Wettbewerb optimal sein, den Preis auf einer Seite oberhalb und auf der anderen Seite unterhalb der Grenzkosten zu setzen. Bei manchen Plattformen wird eine Seite sogar **kostenlos** (zumindest hinsichtlich eines monetären Preises) bedient, damit ein bestimmtes Geschäftsmodell überhaupt angenommen wird. Der höhere Preis auf einer Seite ist Ausdruck starker indirekter Netzwerkeffekte auf der anderen Seite und stellt quasi eine Subventionierung dieser anderen Seite dar. Die Beurteilung einer missbräuchlichen Preissetzung müsste daher vielmehr an der Preisstruktur und dem Preisniveau unter Einschluss beider Seiten erfolgen.<sup>52</sup> Die vorhandenen Maßstäbe des Vergleichsmarktkonzepts und der Kostenkontrolle erscheinen hier wenig geeignete Instrumentarien zu sein.

Unter Umständen kann eine solche Preissetzung soweit führen, dass andere Anbieter vom Markt verdrängt werden. Einerseits kann dies erfolgreichen Innovationswettbewerb ausdrü-

---

<sup>52</sup> Behringer, S., Filistrucchi, L. (2015). Areeda-Turner in two-sided markets. *Review of Industrial Organization*, 46(3), 287-306.

cken;<sup>53</sup> gerade für entwickelte Märkte mit etablierten Anbietern kann dies andererseits jedoch mit einer Verringerung der Wohlfahrt aufgrund einer Verdrängung effizienter Anbieter verbunden sein.<sup>54</sup>

Hergebrachte Konzepte der Missbrauchsaufsicht werden auch durch einen Trend zu einer nicht nur im Zeitablauf dynamischen, sondern auch **individualisierten Preissetzung** herausgefordert. Anbieter im elektronischen Handel können Nutzerdaten und Nutzerverhalten anhand von im Internet beobachteten Charakteristika und Gewohnheiten gezielt zur Preisdifferenzierung nutzen. Insbesondere ermöglicht dies Anbietern eine spezifischere Berechnung von Zahlungsbereitschaften oder Ausfallrisiken. Dies kann bei marktmächtigen Anbietern zu einer Vergrößerung des Angebots aber auch zur Abschöpfung von Konsumentenrente führen. Hier wäre zu untersuchen, welche wettbewerblichen Wirkungen solche Strategien haben und welche Grenzen die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften, etwa § 19 GWB, setzen. Unter Verbraucherschutzgesichtspunkten wirft diese wenig transparente Bepreisung weitere Fragen auf. Im Versicherungsbereich kann die datenbasierte Differenzierung zu einer Individualisierung von Versicherungstarifen führen, was den Grundgedanken von Versicherungen beeinträchtigen könnte, so dass man die Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt unter diesem Gesichtspunkt hinterfragen müsste.<sup>55</sup>

### 3. Konditionenmissbrauch durch übermäßigen Zugriff auf Nutzerdaten?

Die Sammlung und Verwertung von Nutzerdaten durch Internetplattformen wird auch vor dem Hintergrund eines „Datenmissbrauchs“ durch exzessives Sammeln und kommerzielle Nutzung diskutiert. Zusätzlich zur Frage eines Verstoßes gegen Datenschutzbestimmungen könnte auch eine kartellrechtliche Überprüfung angebracht sein.

Konkret erfolgt die Erhebung von Nutzerdaten vielfach dadurch, dass Nutzer den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Internetplattform zustimmen. Insoweit sind parallel Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes relevant, etwa bei der Form der Einbeziehung von AGB und den Möglichkeiten, alternative Anbieter mit anderen, datensparsameren AGB zu nutzen. In den AGB ist dann zumeist eine Klausel enthalten, mit der Nutzer einer Erhebung (und ggf. Weiterverwendung) personenbezogener Daten zustimmen. Ein solches Verhalten

---

<sup>53</sup> Körber, T. (2014). Machtmissbrauch durch Android? - Zum Wettbewerb auf den Märkten für mobile Betriebssysteme und Anwendungen. NZKart 10, 378-386; Körber, T. (2015). Analoges Kartellrecht für digitale Märkte? *Wirtschaft und Wettbewerb*, 65(2), 120-132.

<sup>54</sup> Motta, M., Vasconcelos, H. (2012). Exclusionary pricing in a two-sided market. CEPR Discussion Papers No. 9164.

<sup>55</sup> Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, BT-Drucksache 17/5080 vom 01.06.2015.

könnte als Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB angesehen werden, wenn Geschäftsbedingungen gefordert werden, die von denjenigen bei wirksamem Wettbewerb abweichen. Die **Verwendung unzulässiger AGB** durch marktbeherrschende Unternehmen kann grundsätzlich einen Missbrauch im Sinne des § 19 GWB darstellen, insbesondere, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit ist.<sup>56</sup> Denkbar ist auch ein Missbrauch unter dem Gesichtspunkt des Behinderungsmissbrauchs, soweit unzulässigerweise erhobene Daten die bestehende Marktmacht verstärken.

Sehr fraglich ist schließlich, inwieweit eine exzessive Datenerhebung unter dem Aspekt eines Konditionenmissbrauchs auch außerhalb von Verstößen gegen Datenschutzrecht aufgreifbar sein kann. Ein Maßstab für die Exzessivität unter Wettbewerbsgesichtspunkten existiert nicht. Hergebrachte Konzepte des Konditionen- und Ausbeutungsmissbrauchs stellen auf das Vergleichsmarktkonzept ab und erfordern den Vergleich des gesamten Leistungs- und Konditionenbündels, der schon die bisherige Praxis in der Missbrauchsaufsicht vor erhebliche Probleme gestellt hat.

#### 4. Exklusivitätsvereinbarungen

Vor dem Hintergrund unterschiedlichen Nutzerverhaltens hinsichtlich der parallelen Verwendung mehrerer Plattformen (Multi-Homing) oder der Verwendung einer einzigen Plattform (Single-Homing) sind auch die wettbewerblichen Auswirkungen von Exklusivitätsvereinbarungen zu beurteilen. Gerade bei Single-Homing ist zu erwarten, dass Exklusivitätsvereinbarungen eingegangen werden, die einen positiven Verstärkungseffekt für eine Plattform entfalten können. Eine Plattform mit größerer Reichweite bietet gerade bei Single-Homing größere Anreize für exklusive Angebote einer Nutzerseite, was wiederum eine verstärkende Wirkung auf die andere Seite der Plattform ausübt. Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen solche Praktiken im Hinblick auf die **Errichtung einer Marktzutrittsschranke** missbräuchlich sind.

---

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 06.11.2013, Az. KZR 61/11, „VBL-Gegenwert“, Rn. 68. In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil des KG Berlin aus dem Jahr 2014 zu nennen, durch welches die AGB von Facebook als Verstoß gegen AGB-Recht und Datenschutzbestimmungen gesehen wurden (KG Berlin, Urteil vom 24.01.2014, Az. 5 U 42/12).