

Die Frage der Marktmacht digitaler Plattformen und eine mögliche Abhängigkeit von großen IT-Unternehmen ist von politischer Seite in den letzten Monaten intensiv thematisiert worden. So forderte Bundeswirtschaftsminister Gabriel eine Bändigung des »ungezähmten Datenkapitalismus«. Der folgende Text betrachtet Plattformen aus Sicht des Wettbewerbsrechts. Die Stärkung der deutschen Wirtschaft gegenüber den ausländischen Mitwettbewerbern ist allerdings kein legitimes Ziel wettbewerbsrechtlicher Maßnahmen.

Marktstrukturen: Auf dem Weg zu Monopolen?

Karl Lichtblau | Roman Bertenrath | IW Consult

Einleitung: Plattformmärkte, Dominanz und Monopolisierung

Die Frage der Marktmacht digitaler Plattformen und eine mögliche Abhängigkeit von großen IT-Unternehmen ist von politischer Seite in den letzten Monaten intensiv thematisiert worden. So forderte Bundeswirtschaftsminister Gabriel im Kontext der Google-Debatte und des entsprechenden EuGH-Urteils vom 13.5.2014 (Az.: C – 131/12) eine Bändigung des »ungezähmten Datenkapitalismus«. ¹ Konstitutive Elemente der sozialen Marktwirtschaft – wie etwa die Vertragsfreiheit und der freie Wettbewerb – seien dort gefährdet, »wo in neufeudaler Selbstherrlichkeit auftretende Monopolisten sich rechtsstaatlichen Regeln entziehen und notwendige Informationen verweigern; der klassische Eigentumsbegriff und ganze, auf bezahlten Gütern fußende Märkte würden zunehmend durch Gratisangebote ausgehöhlt oder gar zerstört; die unautorisierte Kopie und Verfügbarmachung von Inhalten würde den Urheber enteignen.« ² In der drastischen Wortwahl zeigt sich das Schreckensszenario einer dominanten Plattform, dem die Politik entschlossen entgegen treten müsse, um Konsumenten und die in Abhängigkeit geratenden Unternehmen schützen müsse.

Der folgende Text betrachtet Plattformen aus Sicht des Wettbewerbsrechts. Wir betonen dies, weil wir den politischen Kontext der Diskussion durchaus wahrnehmen und hier eine gewissen »Überformung« – oder besser: sachfremde Inanspruchnahme – der wettbewerbsrechtlichen Regelungen wahrnehmen. **Wettbewerbsrecht ist von seinem Sinn und Zweck her kein industriepolitisches Instrument.** Das Wettbewerbsrecht befasst sich allein mit der Frage, ob marktbeherrschende Stellungen existieren und ob diese missbräuchlich ausgeübt werden. Die Stärkung der deutschen Wirtschaft gegenüber den ausländischen Mitwettbewerbern ist kein legitimes Ziel wettbewerbsrechtlicher Maßnahmen. Insofern können wir »industriepolitische Argumente« in diesem Kontext aus fachlicher Sicht nicht unterstützen – sie sollten aus unserer Sicht keinen Einfluss auf jene wettbewerbsrechtliche Bewertung haben. ³

Theoretische Annäherung

In der öffentlichen Debatte über Plattformmärkte herrscht nicht unbedingt Einigkeit über einzelne Begrifflichkeiten. Dies führt zu unnötigen zusätzlichen Verwirrungen. Dem kann durch eine Annäherung an den Diskussionsgegenstand durch einige grundsätzliche Beobachtungen begegnet werden.

Erstens: Aus der Theorie der Plattformmärkte lassen sich sowohl problematische als auch aus Wettbewerbssicht sehr vorteilhafte Tendenzen ableiten. Problematisch sind die zu beobachtenden Mechanismen der Akkumulierung von Marktmacht:

- Hohe Fixkosten, etwa für die Erstellung und Bereitstellung der Plattformsoftware gehen mit geringen Zusatzkosten für die Erstellung einzelner Leistungen einher.
- Dies kann temporär zu starken Marktstellungen einzelner Plattformbetreiber in einzelnen Märkten führen; bei sozialen Netzwerken spielen auch Pfadabhängigkeiten (Lock-in-Effekte) auf Nutzerebene eine wichtige Rolle.
- Besonders ausgeprägte, steigende Skalenerträge können auf monopolistischen Plattformmärkten die Tendenz zu Monopolen verstärken.
- Positive Verbundeffekte (als Folge der Differenzierung) bei Such-, E-Mail-, Video- oder Shopping-Angeboten, Browsern, (mobilen) Bezahlplattformen, Messenger-Diensten etc. ermöglichen auch eine Übertragung der Marktposition auf andere Märkte.
- Auch durch die Nutzung personenbezogener Daten können sich Internetplattformen Wettbewerbsvorteile zu anderen Anbietern verschaffen.

Plattformen haben laut einem Klassiker der Mikroökonomie aber auch **große Vorteile und positive Folgen:** 1937 verfasste der britische Ökonom und spätere Nobelpreisträger Ronald Coase seinen berühmten Artikel »The Nature of the Firm«, in dem er das Entstehen von Unternehmen durch eine Betrachtung der Transaktionskosten begründete. ⁴ Würde man Güter wie Autos oder Kühlschränke jedes Mal ad hoc neu erfinden, bauen und verkaufen,

würden die Transaktionskosten hierfür sehr hoch ausfallen. Hingegen könne ein Unternehmen mit seinen Ingenieuren, seinen Produktionsanlagen und seiner Vertriebsstruktur unter einem Dach die Kosten enorm reduzieren – was die Existenz von Firmen erkläre. Internet, Cloud Computing und soziale Netzwerke verringern die Transaktionskosten dramatisch. Fallende Durchschnittskosten (Netzwerk-Externalitäten) können durchaus effizient sein, auch wenn nur wenige Anbieter im Markt aktiv sind. Das ist dann gegeben, wenn ein offener Zugang gewährleistet ist und die Plattformbetreiber die marktmächtige Stellung nicht auf Sekundärmärkte übertragen.

Darüber hinaus bieten Plattformen als »Two-Sided Markets« die besondere Situation, dass sie in der Peripherie eine womöglich viel höhere Wettbewerbsintensität bieten als klassische Marktstrukturen: Im App-Store finden sich für jede erdenkliche Anwendung nicht nur ein, sondern zahlreiche Angebote, die so im intensiven Wettbewerb stehen. Aus Sicht des Konsumenten ist dies eine geradezu ideale Voraussetzung.

Zweitens: Für die Bewertung von Plattformen ist die Frage der Bestreitbarkeit wichtig: Können Plattformen also im Wettbewerb – etwa durch innovativere Angebote – abgelöst werden? Dies scheint der Fall zu sein: Plattformen sind wesentlich weniger stabil als dies zunächst offensichtlich scheint. Auf Netzwerkeffekte zurückführbare Monopole im Internet scheinen nicht resistent zu sein.⁵ Eine temporäre Marktmacht dürfte dabei im Wesentlichen auf Innovationen und nicht auf Marktzutrittsschranken basieren.⁶ Auch zeigt sich, dass die Konkurrenz zwischen Plattformen und die Marktkonzentration besonders durch die Stärke der Netzwerkeffekte, das Ausmaß steigender Größenvorteile, Überlastungsgefahren, die Differenzierung von Plattformen und die Möglichkeit für die Nutzer zur Mehrfachanbindung (Multihoming) determiniert wird. Gerade bei Multihoming zeigen empirische Beobachtungen, dass oftmals eine Handvoll Plattformen im gleichen Markt existieren (Kreditkarten, Gaming, Mobiltelefon-Betriebssysteme etc).

Dass die Stabilität von Plattformen – und damit meist auch die wettbewerbsrechtliche Bedrohung – von der Politik tendenziell überschätzt und die Innovationsdynamik unterschätzt werden, ist ein interessantes Phänomen. Mahnendes Beispiel ist der »Browser-Krieg«, der rückblickend ein wenig pathetisch wirkt:

Hier wurden ähnliche Schreckensszenarien bezüglich der Marktmacht eines Unternehmens (Microsoft) gezeichnet – nur wenige Jahre später erinnern sich an diesen Fall nur noch Fachexperten. Zu schnell hat sich die Technologie weiter entwickelt. Der Internet-Browser ist aus heutiger Sicht kein strategischer »Kontrollpunkt« für die Internet-Ökonomie.

Drittens: Plattform ist nicht gleich Plattform. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist vor allem die in Kapitel 1.4 eingeführte Differenzierung zwischen geschlossenen, halboffenen und offenen Plattformen relevant. Diese Differenzierung bezieht sich auf das »Binnenverhältnis« zwischen Plattform-Betreiber (Kern) und der Peripherie. In einer offenen Plattform übt der Plattform-Betreiber keine Kontrolle über die Peripherie aus, bei einer geschlossenen jedoch sehr wohl. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist deswegen vor allem die geschlossene Plattform interessant: »Knebelt« die Plattform die Peripherie-Anbieter und verhindert so die Entstehung konkurrierender Plattformen?

Ansätze wettbewerbsrechtlicher Ex-Post-Regulierung von Plattformen

Das Wettbewerbsrecht kann nach der heute gültigen Rechtsauffassung **ausschließlich ex post** im Rahmen der Missbrauchsaufsicht eingreifen und Unternehmen nur dann zu mehr Interoperabilität zwingen, wenn sie ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt haben. Dies sind hohe Anforderungen. Selbst marktbeherrschende Unternehmen können nicht bedingungslos zur Interoperabilität verpflichtet werden. Sie haben aber eine besondere Strukturverantwortung für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs. Diese Interessensabwägung ist tief in der europäischen, aber auch der deutschen Wettbewerbsordnung verankert. Es besteht die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen Eigeninteresse und Strukturverantwortung marktbeherrschender Unternehmen.⁷

EU-Recht: Ausgangspunkt »Essential Facility«

In der wettbewerbsrechtlichen Diskussion über die Macht von Plattformen spielt vor allem die Frage eine Rolle, ob im konkreten Fall die Plattform eine monopolistische »Bottleneck«-Einrichtung (»essential facility«) ist.⁸ Verlangt wird, dass Inhaber von Netzmonopolen Dritten diskriminierungsfreien Zugangs gewähren müssen.

Beim dem zweiten Szenario werden Plattformen als nicht wettbewerbseinschränkend interpretiert, weil sie über interoperable Schnittstellen den diskriminierungsfreien Zugang Dritter erlauben. Hier stellt sich ein zentrales Bewertungsproblem: Wann ist eine Schnittstelle hinreichend offen?

Der zentrale Anknüpfungspunkt von kartell- und regulierungsrechtlichen Pflichten und Verboten ist der Begriff der Marktmacht. Dabei kann zwischen Marktbeherrschung (etwa Art. 102 AEUV, §§ 18, 19 GWB, §§ 10, 19, 25, 28 PostG), beträchtlicher Marktmacht (vgl. §§ 9 ff., 19 ff., 27 ff. TKG) sowie relativer oder überlegener Marktmacht i.S.d. § 20 GWB unterschieden werden. In der Praxis wird die Marktmacht indirekt über die Feststellung von Marktanteilen vorgenommen. Ansatzpunkt bildet hier die Abgrenzung des relevanten Marktes. Im Hinblick auf die Plattformmärkte bedeutet dies, dass dort für jeden einzelnen Kundenkreis eigenständige Teilmärkte identifiziert werden müssen. Denkbar sind Differenzierungen in

- Märkte für die Internetsuche, für die Listung in Suchmaschinen oder für platzierte Werbung
- Horizontale (Google) oder vertikale (Amazon, HRS) Suchmaschinen

Wichtig sind vor allem die Zusammenhänge zwischen unterschiedlichen Marktseiten der zu untersuchenden Plattformen, die kartellrechtlich nur schwer greifbar sind. Unentgeltliche Angebote – zum Beispiel eine Suche – sind nur deswegen möglich, weil Nutzer ihre Daten zur Verfügung stellen.

Im Kern dieser Überlegungen stehen »wesentliche Einrichtungen«, die für ein Unternehmen die Voraussetzung darstellen, um einen Markt bearbeiten zu können. Eine wesentliche Einrichtung stellt einen Inputfaktor dar, zu dem es keine Alternative gibt, ohne den ein Angebot nachfolgender Produkte nicht erfolgen kann und der mit angemessenen Mitteln auch nicht zu beschaffen ist. Unternehmen, die eine solche wesentliche Einrichtung kontrollieren, haben zumindest diesbezüglich eine Monopolstellung. Insoweit wird auch von monopolistischen Bottleneck-Einrichtungen⁹ gesprochen. Damit sind normalerweise vor allem Infrastruktureinrichtungen wie Leitungs- und Schienennetze, Häfen oder Landerechte auf Flughäfen gemeint¹⁰. Aber auch geistiges Eigentum wie Schnittstellen zwischen IKT-Systemen können »wesentliche Einrichtungen« sein.¹¹

Unternehmen mit solchen wesentlichen Einrichtungen können anderen Unternehmen durch die Verweigerung des Zugangs die Teilnahme am Wettbewerb auf Folgemärkten verwehren. Das ist eine Form des Behinderungsmissbrauchs.¹² Dabei handelt es sich wie bei einer Kopplungsbindung um den Versuch eines Unternehmens, seine Monopolmacht über die wesentliche Einrichtung auf vor- oder nachgelagerte Märkte zu übertragen.

Das Konzept der wesentlichen Einrichtungen bezieht sich auf Unternehmen, die marktbeherrschend sind, weil sie eine wesentliche Einrichtung kontrollieren, das heißt ein Eingangsprodukt (Input), das für einen Marktzutritt auf einem vor- oder nachgelagerten Markt unerlässlich ist. Ein solches Unternehmen darf seine Position nicht ausnutzen, indem es einen möglichen Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf vorgelagerter Ebene verweigert und dadurch wirksamen Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene ausschließt.¹³

In der Praxis: Der Microsoft-Fall

2004 erließ die EU-Kommission eine Missbrauchsverfügung auf Grundlage Art. 82 EG gegen Microsoft, in welcher ein Rekordbußgeld in Höhe von rund 497 Mio. Euro verhängt wurde. Die europäische Kommission stellte bei Microsoft den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG fest, da Microsoft die Kompatibilität seiner Software mit der Software konkurrierender Unternehmen durch Geheimhaltung der Schnittstelleninformationen bewusst eingeschränkt habe. Microsoft solle durch Preisgabe der erforderlichen Schnittstelleninformationen Datenaustausch und Zusammenwirken von Microsoft-Betriebssystemen und -Serverprogrammen anderer Hersteller ermöglichen (Interoperabilitätsverfügung).

Microsoft wurde darüber 2007 zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen verpflichtet. Da Wettbewerber lediglich die Beschreibung der Schnittstellen, jedoch nicht deren Anwendung zugänglich gemacht bekämen, ließ der EuG den Einwand des urheberrechtlichen Schutzes nicht zu. Microsoft habe außerdem nicht darlegen können, warum die Offenlegung der Schnittstelleninformationen – wie behauptet – den Grad der Motivation zur Innovation von Microsoft einschränke.¹⁴ Auch sah das Gericht keine Verletzung der geltend gemachten Rechte des »Geistigen Eigentums« aufgrund der Veröffentlichung dieser Informationen.

In der Entscheidung wird allerdings betont, dass es marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich freisteht, ihr geistiges Eigentum alleine zu nutzen und sich ihre Vertragspartner selbst auszusuchen. Nur beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände kann eine Verweigerung des Zugangs als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung untersagt werden. Das ist dann der Fall, wenn

- die Lizenzierung unerlässlich für den Zugang zu einem benachbarten Markt ist,
- eine Verweigerung des Zugangs jeden wirksamen Wettbewerb ausschließt und
- dadurch das Erscheinen von neuen Produkten verhindert wird.¹⁵

Liegen kumulativ diese drei außergewöhnlichen Umstände vor, ist die Lizenzverweigerung missbräuchlich, wenn sie nicht ausnahmsweise objektiv gerechtfertigt ist. Bei dieser objektiven Rechtfertigung müssen die angeführten Argumente der Verletzung von geistigen Eigentumsrechten und der Förderung des Wettbewerbs gegeneinander abgewogen werden. Selbst die Weigerung eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung, Dritten eine Lizenz für die Nutzung eines durch ein Recht des geistigen Eigentums geschützten Erzeugnisses zu erteilen, kann als solches keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG darstellen.

Deutsches Wettbewerbsrecht

Im deutschen Wettbewerbsrecht wurde im Rahmen der sechsten GWB-Novelle im Jahr 1999 unter anderem der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als echter Verbotstatbestand in § 19 GWB aufgenommen. Insbesondere wurde Verweigerung des Zugangs zu eigenen Einrichtungen – namentlich zu eigenen Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen – in den Missbrauchskatalog des § 19 Abs. 4 GWB neu aufgenommen.¹⁶ Der deutsche Gesetzgeber wollte damit in Anknüpfung an die gemeinschaftsrechtliche Praxis zu Art. 82 EGV zur sog. Essential Facilities Doctrine (EDF) eine einheitliche Regelung einfügen.¹⁷ § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB spricht ausdrücklich von »eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen«.

Der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB umfasst damit physische wie auch nicht-physische Einrichtungen und somit auch so genannte virtuelle Infrastruktureinrichtungen.

Dazu können technische Standards oder Programmplattformen (zum Beispiel die d-box) gehören, ebenso Daten oder Informationen.¹⁸ Die Verengung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf Netze und andere Infrastruktureinrichtung schränkt den Anwendungsbereich der »wesentlichen Einrichtungen« insoweit ein, als »Ansprüche auf Nutzung fremder gewerblicher Schutzrechte nicht [auf Grundlage der Essential Facility Doctrine] begründet werden sollen«.¹⁹

Die historische und die teleologische Auslegung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ergibt, dass zumindest Infrastruktureinrichtungen als wesentliche Einrichtungen i. S. d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zu verstehen sind; in Konsequenz bedeutet dies aber, dass auch digitale Plattformen bis zu einem gewissen Grad dem Tatbestandsmerkmal der »wesentlichen Einrichtung« unterfallen können, bei welchem eine Zugangsverweigerung missbräuchlich sein kann.

Ex Ante-Regulierung zur Öffnung marktbeherrschender Plattformen?

Wenn digitale Plattformen eine wesentliche Einrichtung sind und marktbeherrschende Unternehmen den Wettbewerb in den Anwendungsmärkten durch faktische Zugangsbeschränkungen zu ihren Plattformen be- und sogar verhindern können, ist zu prüfen, ob ein solcher Zugang unabhängig vom Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch eine ex ante-Regelung durchgesetzt werden kann. Dahinter steht die Idee, dass die Wettbewerbspolitik zwar marktbeherrschende Stellungen auf der Plattformebene akzeptiert, solange sie nicht missbräuchlich ausgenutzt werden, aber auf der Anwendungsebene aktiv den Wettbewerb fördert.

In der einschlägigen Literatur²⁰, aber auch in der geltenden Rechtsprechung insbesondere des Europäischen Gerichtshofs²¹ wird klar hervorgehoben, dass die Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung nicht per se als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist; es gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Nur unter außergewöhnlichen Umständen²² kann die Ausübung des ausschließlichen Rechts am geistigen Eigentum missbräuchlich sein, aufgrund dessen es im öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt zulässig ist, in den Schutzbereich des Rechts auf geistiges Eigentums einzugreifen.²³ Aber selbst das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände reicht noch nicht aus, um einen

Eingriff zu legitimieren: Die Weigerung des Inhabers einer beherrschenden Stellung, eine Lizenz zu erteilen, verstößt nur dann gegen Art. 82 EG, wenn eben diese Weigerung nicht doch objektiv gerechtfertigt ist.²⁴ Erst an diesem Punkt ist eine Abwägung der Interessen der potentiellen Wettbewerber und des Eigentümers der wesentlichen Einrichtung vorzunehmen:

- In der wettbewerbspolitischen Literatur und der Rechtsprechung besteht Einigkeit darin, dass strenge Voraussetzungen bei der Definition einer wesentlichen Einrichtung zu erfüllen sind. Es muss für die Wettbewerber physisch unmöglich und volkswirtschaftlich unwirtschaftlich sein, diesen Engpassfaktor selbst bereitzustellen.²⁵ Gemeinhin existieren zwei Bedingungen für monopolistische Bottleneck-Einrichtungen: Die Einrichtung muss unabdingbar sein, um Kunden zu erreichen (es dürfen keine tatsächlichen Substitute bestehen).²⁶ Außerdem darf die Einrichtung mit angemessenen Mitteln nicht duplizierbar sein (es darf kein potenzielles Substitut geben). Da es sich bei digitalen Plattformen nicht um physische Netze (wie zum Beispiel das Schienennetz der Deutschen Bahn) handelt, ist jedoch zumindest von einer potenziellen Substituierbarkeit grundsätzlich auszugehen.
- Im Zuge dessen wird darauf verwiesen, dass eine Durchsetzung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung – das heißt in dem hier vorliegenden Kontext eine Offenlegungspflicht von Schnittstellen – ein schwerer Eingriff in die Eigentumsrechte bedeutet oder bedeuten kann, der nur zu rechtfertigen ist, wenn in einer Einzelabwägung die positiven Effekte eines erhöhten Wettbewerbs überwiegen.²⁷ Besonders kritisch wird die Anordnung eines Zwangszugangs dann, wenn geistiges Eigentum bei der Offenlegung zwischen Betriebssystemen und Anwendungssoftware betroffen ist, das heißt die entsprechenden Rechte verletzt werden. Gerade in Hochtechnologiemärkten muss dann mit verringerten Investitions- und Innovationstätigkeiten mit entsprechend negativen Konsequenzen für die dynamische Effizienz der Volkswirtschaft gerechnet werden.²⁸

Relativ unproblematisch wäre eine ex ante-Regelung, wenn sie zum Beispiel für marktbeherrschende Unternehmen mit der Pflicht zur Offenlegung auf Schnittstellen beschränkt werden könnte, die kein wesentliches Prozesswissen offenbaren und damit das geistige Eigentum im Kern geschützt bleibt.

Dadurch würde die Herstellung von Interoperabilität in der IKT-Branche deutlich erleichtert und ein wichtiger Beitrag zu Erreichung der volkswirtschaftlich erwünschten Diffusionsziele geleistet.

Voraussetzung für diese Argumentation ist jedoch, dass eine potenzielle Substituierbarkeit ausgeschlossen werden kann, denn nur in diesem Fall stellt die Schnittstelle einer Plattform eine wesentliche Einrichtung dar, deren Offenlegung vom Gesetzgeber erzwungen werden kann. Inwieweit tatsächlich und vor allem in hinreichend kurzer Zeit eine substitutive marktfähige Lösung erstellt werden kann, ist strittig, aber zugleich auch entscheidend für die Bewertung der Option einer Offenlegungspflicht. Nur wenn eine potenzielle Substituierbarkeit bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung pauschal verneint werden kann, lässt sich eine generelle Pflicht zur Offenlegung vertreten.

Hier ist die vor allem die Microsoft-Entscheidung in der Weise von Bedeutung, dass durch die Entscheidung die Ausdehnung der Marktmacht über ganze Wertschöpfungsketten verhindert worden ist. Bereits die kurzen Hinweise zur Microsoft-Entscheidung verdeutlichen, dass in jedem Einzelfall eine schwierige Tatsachenbewertung und Interessensabwägung vorzunehmen ist. Deshalb ist auch hier eine **ex post** ansetzende Missbrauchsaufsicht die richtige wettbewerbspolitische Strategie.

Im Bereich der Internetdienstleister ist in den letzten Jahren weltweit eine Vielzahl von kartellbehördlichen Verfahren zu beobachten, in welchen der Zugriff auf die Daten der Internetnutzer bisher nur mittelbar relevant war. Allerdings war in den letzten Jahren weltweit eine starke Zunahme der kartellbehördlichen Missbrauchsverfahren gegen Internetdienstleister zu verzeichnen, wo es auch um Fragen der Suchneutralität und der Abschottung zum Schutz eigener Dienste ging. Insbesondere Google musste sich in den USA und in Europa dem Vorwurf der Beeinflussung der Suchneutralität durch Bevorzugung eigener Dienste und der Nutzung fremder Inhalte zur Steigerung der Attraktivität des eigenen Suchdienstes stellen.

Der Vorwurf gegen Google stützte sich im Wesentlichen darauf, dass dessen Such- und Auflistungsalgorithmus zu intransparent sei. Allerdings handelt es sich hierbei um Googles wesentliches Betriebsgeheimnis.²⁹

Des Weiteren ist fraglich, ob eine diskriminierende Darstellung von Suchergebnissen für Google überhaupt langfristig profitabel wäre. Denn das wesentliche Geschäft des Unternehmens besteht im Verkauf von Werbeplätzen, die bestmöglich auf Präferenzen der Nutzer ausgerichtet sind, die sich in Klicks zeigen und für die Werbekunden eine Vergütungspflicht auslösen.

Die Europäische Kommission, die unter anderem als Marktmachtmissbrauch geprüft hat, ob Wettbewerbsdienste benachteiligt und eigene Dienste bevorzugt wurden (Diskriminierung zwischen bezahlten und unbezahlten Diensten über den sogenannten Quality Score), konnte bisher keinen Verstoß feststellen.

Das kartellrechtliche Verfahren vor der amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) gegen Google endete 2013. Eine einseitig verzerrte Suche (search bias) konnte nicht nachgewiesen werden und mögliche Verzerrungen zumindest damit gerechtfertigt werden, dass sie erst das Angebot innovativer Dienste ermöglichten.³⁰ Innerhalb der EU kündigte die EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager im Dezember 2014 an, das Kartellverfahren gegen Google neu aufzurollen und neue Informationen einzuholen, um den »Fall Google« nach aktuellem Stand zu bearbeiten. Die kartellrechtliche Untersuchung begann 2010 aufgrund der Beschwerden von sich benachteiligt fühlenden Google-Konkurrenten Microsoft, TripAdvisor, Yelp sowie dem deutschen Kartendienst »Hot Maps«, die Google vorwarfen, seine dominierende Stellung im Suchmarkt auszunutzen, um eigene vertikale Suchdienste etwa für Reisen und Shopping besser als rivalisierende Angebote zu platzieren. Zusätzlichen Druck machte das EU-Parlament, als es im November 2014 mehrheitlich für einen Entschließungsantrag stimmte, der unter anderem die »Entflechtung von Suchmaschinen von anderen kommerziellen Diensten« als mögliche Lösung angesichts der Marktdominanz Googles vorschlägt.³¹

Fazit und Empfehlungen

Die automatisierte Erhebung, Verfügbarkeit und Nutzung von Daten erlangt aus wirtschaftlicher Sicht eine immer größere Bedeutung und stellt Staat, Bürger und Gesellschaft vor neue Herausforderungen³². Daraus können sicherlich auch Machtpositionen erwachsen, die in einem derart dynamischen Wettbewerbsumfeld kaum von existierenden Regularien erfasst werden.

Auf der anderen Seite gilt aber auch im Zeitalter der Plattformmärkte immer noch die zentrale Erkenntnis von Ronald Coase, dass dort, wo Transaktionskosten wegfallen, auch klassische Geschäftsmodelle verschwinden. Diese Tatsache ist auch eines der wünschenswerten Ergebnisse des Wettbewerbs, die nicht durch industriepolitische Instrumente konterkariert werden sollten. Plattformmärkten wohnen erhebliche Netzwerkeffekte mit den dafür typischen subadditiven Kostenfunktionen inne. Das begründet ein volkswirtschaftliches Interesse an möglichst großen Netzwerken. Die unmittelbare Folge davon ist, dass Plattformen als Basis dieser Netzwerke, von wenigen großen Unternehmen bereitgestellt werden. Diese Unternehmen können marktbeherrschende Stellungen erreichen und Interoperabilität be- oder sogar verhindern.

Die IKT-Branche muss aber über die gesamte Wertschöpfungskette betrachtet werden, die im Hinblick auf Interoperabilität meistens aus einem Primärmarkt (Plattformbetreiber) und nachgelagerten Sekundärmärkten (Anwendungen) besteht. Unternehmen mit marktbeherrschenden Positionen aus den Primärmärkten können diese Marktmacht grundsätzlich auch auf Sekundärmärkte übertragen. Die Einschränkung von Interoperabilität kann ein Instrument dafür sein. Allerdings ist bei Analyse der unterschiedlichen Geschäftsmodelle auch der umgekehrte Fall denkbar: Offene und völlig interoperable Plattformen können ein Mittel sein, um starke Marktstellungen auf nachgelagerten Märkten zu erreichen.

Die Ableitung von Handlungsempfehlungen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht muss der Vielzahl dieser sich oft widersprechenden Aspekte Rechnung tragen und sie sorgfältig abwägen. Die Herstellung bzw. der Erhalt von wettbewerblichen Rahmenbedingungen auf Plattformmärkten in der IKT-Branche ist kein Selbstzweck, sondern ein Instrument, um die volkswirtschaftlich erwünschten Diffusionsziele (Ausnutzung zusätzlicher Innovations- und Wachstumspotentialen durch eine bessere Verknüpfung von IKT-Systemen) zu erreichen. Die Wettbewerbspolitik kann dazu einen Beitrag leisten, indem Rahmenbedingungen zum Beispiel für die Offenlegung von Schnittstellen geschaffen und die missbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen entlang der IKT-Wertschöpfungsketten ex post im Rahmen der Missbrauchsaufsicht verhindert wird. Folgende Punkte sind dabei wichtig:

- Eine Offenlegungspflicht von Schnittstellen für marktbeherrschende Unternehmen, die kein Prozesswissen über den proprietären Kern eines Systems in unbilliger Härte offenbaren. Bei der Beschreibung des marktüblichen Zugangs sollten dabei – wo immer vorhanden – Standards verwendet werden.
- Der Vorschlag lehnt sich eng an die »Essential Facility-Doktrin« an. Die hier vorgeschlagene Offenlegungspflicht geht nicht so weit wie manche Interessensverbände fordern, sondern ist vielmehr ein Lösungsvorschlag, der sowohl in die Wettbewerbsordnung eingepasst ist, als die berechtigten Interessen der Marktteilnehmer berücksichtigt werden, als gleichzeitig auch die Diffusion von Technologie und Know-how verbessert. Durch die Offenlegungspflicht haben die Unternehmen höhere Anreize, sich frühzeitig an offiziellen Standardisierungsprozessen zu beteiligen sowie offene Standards zu unterstützen.
- Bei der Beurteilung von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen sollte möglichst die gesamte Wertschöpfungskette in den Blick genommen werden, weil es Geschäftsmodelle gibt, in denen Einnahme- und Gewinnerzielungsabsichten erst in weit nachgelagerten Folgemärkten auftreten.
- Sehr zurückhaltend sollte die Wirtschaftspolitik mit direkten industriepolitischen Eingriffen in die IKT-Branche sein. Vor allem sollte auf den Aufbau von Gegenmacht zur Begrenzung der Marktposition von starken vor allem ausländischen Plattformanbietern, wie Microsoft, Google oder Apple, verzichtet werden. Eine Subventionierung für deutsche oder europäische Plattformbetreiber oder die Förderung von Zusammenschlüssen in diesem Bereich ist kein geeigneter Weg, um vielleicht drohende Abhängigkeitsverhältnisse von diesen großen Netzwerken vermeiden zu können. Es kann nur ein horizontaler industriepolitischer Ansatz verfolgt werden, der die Rahmenbedingungen stärkt und die Instrumente beschränkt: Erhöhung der Sensibilität, Schaffung von Transparenz, Förderung von Interoperabilität im Bereich der Grundlagenforschung und Sicherung von Wettbewerb.

- ¹ Vgl. Sigmar Gabriel (2014): Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte. (<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/die-digital-debatte/sigmar-gabriel-konsequenzen-der-google-debatte-12941865.html>)
- ² Vgl. Sigmar Gabriel (2014): Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte. (<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/die-digital-debatte/sigmar-gabriel-konsequenzen-der-google-debatte-12941865.html>)
- ³ Vgl. Ansgar Baums (2015): Der weiße Elefant: Industriepolitik durch die Hintertür des Datenschutzes? (<http://plattform-maerkte.de/der-weiße-elefant-industriepolitik-durch-die-hintertuer-des-datenschutzes/>)
- ⁴ Ronald Coase (1937): The Nature of the Firm. IN: *Economica New Series* 4, 16. S. 386-405.
- ⁵ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Oktober 2011, COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, Tz. 108 ff.
- ⁶ Justus Haucap | Christiane Kehder (2013): Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google. IN: Ralf Dewenter | Justus Haucap | ChrisMane Kehder (Hg.): *Wettbewerb und Regulierung in Medien, Politik und Märkten*. S. 115 -154, hier S. 145 (http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/044_Haucap-Kehder.pdf)
- ⁷ So Ernst-Joachim Mestmäcker | Heike Schweitzer (2004): *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, Art. 82 Rn. 39ff. Eine Einschränkung erfährt diese Grundsatzposition nur bei externen Unternehmenswachstum, das durch die Fusionskontrolle untersagt werden kann. Nach deutschem Recht sind Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen, wenn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Sie können ausnahmsweise erlaubt werden, wenn sich dadurch die Wettbewerbsbedingungen verbessern. In der EU gibt es ähnliche Regeln, die an dem Aufgreizriterium der Marktbeherrschung ansetzen, Günter Knieps (2008): *Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik*, S. 130f.
- ⁸ Wolfgang Kerber | Ulrich Schwalbe (2007): *Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts*. IN: Franz Jürgen Säcker | Frank Montag (Hg.): *Münchener Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht*. Bd. 1. S. 1461 ff. Vgl. a. Günter Knieps (2008): S. 103 ff.
- ⁹ Vgl. Günter Knieps (2008): S. 103.
- ¹⁰ Das Konzept der Essential Facilities-Doktrin wurde zu ersten Mal in den USA in einem Urteil des Supreme Court im Jahr 1912 angewendet. Ein Gemeinschaftsunternehmen kontrollierte den wichtigen Transitbahnhof von St. Louis und war damit in der Lage, anderen Eisenbahngesellschaften die Durchfahrt zu verweigern. Der Supreme Court ordnete aufgrund fehlender Ausweichmöglichkeiten an, Dritten Zugang zu der Essential Facility zu gewähren.
- ¹¹ Der wesentliche Punkt liegt also darin, dass es sich bei den zu untersuchenden Schnittstellen um eine alternativlose Bottleneck-Einrichtung sein muss, ohne die ein Wettbewerber keine Chance hat, am Wettbewerb teilzunehmen. Dabei ist es zunächst unerheblich, ob es um eine Plattform oder um eine andere Software (Anwendungen) geht. Vor allem Plattformen können wesentliche Einrichtungen sein, denn sie sind für die Verbindungen der Systeme verantwortlich.
- ¹² Vgl. Ingo Schmidt (2005): *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 8. Auflage, S. 175.
- ¹³ Vgl. EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft.
- ¹⁴ Anwendung des Art. 102 AEUV auf die Pflicht zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen durch Zwangslizenzen in der Microsoft Entscheidung des EuG (Rs. T-201/04). (<http://www.e-recht24.de/news/wettbewerbsrecht/631.html>)

- ¹⁵ EuG, 17.9.2007, Rs T-201/04, Rn. 331.
- ¹⁶ Nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt ein Missbrauch dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich weigert, »einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt, Zugang zu den eigenen [...] Infrastruktureinrichtungen zu gewähren und es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als WeUbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden.«.
- ¹⁷ Begr. RegE, BT-Drucks. 13 | 9720 S. 36.
- ¹⁸ Frankfurter Kommentar-Weyer, § 19 GWB, Rn. 1039.
- ¹⁹ Beschlussempfehlung des BT-Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 13 | 10633 S. 95.
- ²⁰ Kerber | Schwalbe (2007), Tz 1461ff.
- ²¹ Entscheidungen zu Magill (EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241 | 91 und C-242 | 91), IMS Health (EuGH 29.4.2004, Rs C-418/01) oder Microsoft (EuG, 17.9.2007, Rs T-201 | 04).
- ²² Vgl. dazu sogleich.
- ²³ EuG, 17.9.2007, Rs T-201 | 04, Rn. 319, 331-335.
- ²⁴ EuG, 17.9.2007, Rs T-201 | 04, Rn. 333.
- ²⁵ Knieps (2008).
- ²⁶ Knieps (2008).
- ²⁷ Kerber | Schwalbe (2008), Rn. 1463.
- ²⁸ Zimmermann (2005).
- ²⁹ Ähnlich mit Hinblick auf den datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014, VI ZR 156 | 13 – Schufa.
- ³⁰ FTC Entscheidung vom 23. Juli 2013, In the Matter of Motorola Mobility LLC, and Google Inc., File No. 1210120. Vorwürfe in Bezug auf die Suchneutralität liegen auch schon Beschwerden von Foundem bei der FCC (2010) und Klagen des Unternehmens in mehreren US-Bundesstaaten zugrunde (CA, TX, NY, Mississippi, Ohio).
- ³¹ (http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20141125IPR80501/20141125IPR80501_de.pdf)
- ³² Vgl. u.a. J. Manyika | M. Chui (2011): The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity. Washington | London. Vgl. a. R. Weber (2010): Internet of Things. Heidelberg. K. Cukier | V. Meyer-Schönberger (2013): Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think. New York. Vgl. John Podesta et al. (2014): Big Data: Seizing Opportunity, Preserving Values. Washington.