

## **Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?**

[Torsten Körber, Göttingen](#)

Digitalisierung, Konvergenz in einer "All-IP-Welt" und zunehmende Migration von Dienstleistungen und Vertrieb in das Internet haben zu einem tiefgreifenden, andauernden Strukturwandel geführt. Die Bundesregierung hat daraus in ihrer Digitalen Agenda 2014 - 2017 abgeleitet, dass es erforderlich sei, "eine kompatible Medienordnung zu schaffen und z. B. an den Schnittstellen Medienaufsicht, Telekommunikationsrecht und Wettbewerbsrecht an Digitalisierung und Konvergenz der Medien besser anzupassen". Spektakuläre Kartellverfahren gegen Google und große Zusammenschlüsse wie derjenige von Facebook und WhatsApp haben ebenfalls die Frage aufgeworfen, ob das geltende "analoge" Kartellrecht noch den Anforderungen der digitalen Ökonomie gerecht zu werden vermag. Dieser Frage spürt der nachfolgende Beitrag nach.

### **Gliederung**

- [I. Digitalisierung als Herausforderung an Rechtsordnung und Rechtsanwendung](#)
- [II. Besonderheiten der Märkte der digitalen Ökonomie](#)
  - [1. Zweiseitige Märkte als Grundlage der "Kostenlos-Kultur" des Internet](#)
  - [2. "Monopolisierungstendenz" von Märkten der digitalen Ökonomie](#)
  - [3. Innovation als Triebfeder dynamischen Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie](#)
- [III. Konsequenzen für die Fortentwicklung des Kartellrechts](#)
  - [1. Marktabgrenzung](#)
  - [2. Marktbeherrschung](#)
  - [3. Exkurs: Aufgreifkriterien in der Fusionskontrolle](#)
  - [4. Machtmissbrauch](#)
  - [5. Abhilfemaßnahmen](#)

### **I. Digitalisierung als Herausforderung an Rechtsordnung und Rechtsanwendung**

Für zahlreiche andere Rechtsgebiete ist ein Anpassungsbedarf an neue Herausforderungen durch die digitale Ökonomie evident: So ist offensichtlich, dass das Datenschutzrecht nicht mehr ausreicht, um den Herausforderungen durch "Big Data" gerecht zu werden.<sup>1)</sup> Das Urheberrecht bedarf, wie gerade auf dem 70. Deutschen Juristentag deutlich geworden ist, nicht minder der Reform.<sup>2)</sup> Auch das Patentrecht, das in weiten Teilen noch von der Idee "eine Erfindung, ein Patent, ein Produkt" auszugehen scheint, passt nicht auf komplexe technische Geräte wie Smartphones, in denen tausende von Patenten verkörpert sind.<sup>3)</sup>

Wie aber sieht es mit dem Kartellrecht aus? Das deutsche GWB ist ebenso wie die zentralen Kartellrechtsnormen der EU (Art. 101 und 102 AEUV) seit dem 1.1.1958 in Kraft. Der erste IBM-PC kam dagegen erst 1981 auf den Markt, das Internet startete 1991, Google 1998 und Facebook sogar erst 2004. Zwar wurde das GWB zwischenzeitlich achtmal novelliert, zuletzt

im Juni 2013. Spezifische Anpassungen an Fragen der "digitalen Ökonomie" erfolgten aber nicht. Die Digitalisierung kam im Rahmen der 8. Novelle nur am Rande - im Zusammenhang mit der Erleichterung von Pressefusionen - zur Sprache.<sup>4)</sup>

Trotz sehr hoher Marktanteile und mutmaßlich großer Macht von Google, Facebook und Co. gibt es zudem bisher kaum kartellbehördliche Untersagungen oder Bußgeldbescheide. Kartellbehördliche Ermittlungen wurden und werden regelmäßig durch Verpflichtungszusagen beendet, und der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp wäre [WuW 2015 S. 121]um Haaresbreite sogar ganz der kartellrechtlichen Kontrolle entgangen. In Presse und Politik glauben nicht wenige, daraus auf ein Versagen des geltenden Kartellrechtssystems in Bezug auf die Internetökonomie schließen zu können. Der Ruf nach "Zerschlagung" oder jedenfalls "schärferer Regulierung" der großen, regelmäßig US-amerikanischen Internetunternehmen wird lauter. Dabei wird der Wettbewerbsschutz allerdings oft mit anderen Aspekten wie Datenschutz oder Industriepolitik vermenget.<sup>5)</sup>

Brauchen wir also ein "Kartellrecht 2.0"? Muss das allgemeine Kartellrecht angepasst werden? Brauchen wir ein Sonderkartellrecht für die Märkte der digitalen Ökonomie? Oder sollten diese Märkte vielleicht sogar - ähnlich wie die Sektoren Rundfunk, Telekommunikation und Energie - einer sondergesetzlichen Ex-ante-Regulierung außerhalb des Kartellrechts unterworfen werden?

Diese grundlegenden Fragen harren im Detail noch umfassender und gründlicher Erforschung. Einige grundsätzliche Erkenntnisse lassen sich allerdings schon jetzt festhalten. Diese werden nachfolgend auf der Basis der drei wichtigsten aktuellen Verfahren der EU-Kommission auf diesem Gebiet entfaltet: Anhand des seit 2010 laufenden Suchmaschinenverfahrens gegen Google,<sup>6)</sup> anhand des am 3.10.2014 ohne Auflagen freigegebenen Zusammenschlusses von Facebook und WhatsApp<sup>7)</sup> sowie anhand des möglicherweise "nächsten großen Verfahrens" gegen Google; die Kommission überlegt zurzeit, ob sie ein Missbrauchsverfahren in Bezug auf das mobile Betriebssystem Android eröffnen soll.<sup>8)</sup> Die drei Fälle sind typisch für die hier untersuchte Problematik. Einerseits verfügen die betreffenden Unternehmen über mutmaßlich sehr hohe Marktanteile von über zwei Dritteln, im Falle von Google Search in Deutschland sogar von rund 95 %.<sup>9)</sup> Andererseits verschenken Google und Facebook scheinbar ihre Leistungen und verdienen trotzdem sehr viel Geld. So mancher argwöhnt, dass weder das eine (die hohen Marktanteile) noch das andere (hohe Gewinne trotz verschenkter Produkte) mit rechten Dingen zugehen könne. Dahinter stehe vermutlich ein "Machtmissbrauch", gegen welchen die Kartellbehörden, auch mit Blick auf die "Datenmacht" der betreffenden Unternehmen und aufgrund ihrer Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung sowie nicht zuletzt zum Schutz deutscher und europäischer Unternehmen einschreiten müssten.<sup>10)</sup> Aber ist das wirklich so?

## **II. Besonderheiten der Märkte der digitalen Ökonomie**

### **1. Zweiseitige Märkte als Grundlage der "Kostenlos-Kultur" des Internet**

Zunächst einmal: Wie kann es sein, dass Google und Facebook ihre Produkte "verschenken" und trotzdem Geld verdienen? Dieser scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man das "zweiseitige" Geschäftsmodell dieser Unternehmen genauer betrachtet.

Auf einem traditionellen Markt stehen sich in aller Regel eine Anbietergruppe (z. B. Autoverkäufer) und eine Nachfragergruppe (Autokäufer) gegenüber. Der Käufer erwirbt ein Auto und zahlt dafür an den Verkäufer einen Kaufpreis. Solche direkten Marktbeziehungen

sind auch in der digitalen Wirtschaft anzutreffen, etwa bei der kostenpflichtigen [WuW 2015 S. 122]Lizenzierung von PC-Software, mit der Microsoft immer noch mehr Geld verdient als Google und Facebook zusammen.<sup>11)</sup>

Die Internetökonomie basiert allerdings zunehmend auf sog. "zweiseitigen Märkten",<sup>12)</sup> bei denen ein Vermittler (wie die Suchmaschine Google Search) mindestens zwei Nutzergruppen (z. B. Sucher und Werber) gegenübersteht, deren Verhalten sich gegenseitig beeinflusst. Die Suchmaschine liefert die gewünschte Information an die Sucher. Die Sucher "zahlen" gegenüber der Suchmaschine nicht mit Geld, sondern ihrerseits mit Daten (und Aufmerksamkeit). Die Suchmaschine vermittelt mithilfe dieser Sucherdaten (d. h. in erster Linie anhand der konkreten Suchanfrage) passgenaue Werbung, die dem Sucher über und neben der Antwort auf seine Suchanfrage in gesonderten Bildschirmbereichen präsentiert wird. Die Werber zahlen ein monetäres Entgelt an die Suchmaschine, wenn die Sucher eine solche Werbung "anklicken".<sup>13)</sup> Die Dienste der Suchmaschine werden also nicht wirklich "verschenkt". Sie werden lediglich weniger direkt finanziert als Waren und Dienste in der traditionellen Ökonomie. Google erzielt rund 95 % seiner Einnahmen durch Online-Werbung. Entsprechendes gilt für Facebook.

Solche zweiseitigen Märkte existieren nicht nur in der digitalen Ökonomie des Internets. Sie sind auch in der "alten Ökonomie" etwa bei Kreditkartenunternehmen, Anzeigenblättern und Privatfernsehsendern anzutreffen.<sup>14)</sup> Doch sind zwei- oder mehrseitige Märkte für das durch eine "Kostenlos-Kultur" geprägte Internet - anders als in der alten Ökonomie - nicht die Ausnahme, sondern die Regel.

## **2. "Monopolisierungstendenz" von Märkten der digitalen Ökonomie**

Wie kommt es zu den teils extrem hohen Marktanteilen in der Internetökonomie? Und sind solche Marktanteile wettbewerblich bedenklich oder möglicherweise sogar kartellrechtlich verboten? Betrachtet man die teils etwas reißerischen Äußerungen in Presse und Politik, so könnte man den Eindruck gewinnen, hohe Marktanteile seien stets Ausdruck von Marktversagen oder Resultat von Machtmissbräuchen. Das Gegenteil ist der Fall. Die hohen Marktanteile sind zunächst einmal Ausdruck wettbewerblichen Erfolgs. Google, Facebook und andere Internetgiganten sind so groß geworden, weil sie gute Produkte angeboten und sich damit im Wettbewerb gegenüber ihren Konkurrenten durchgesetzt haben.

Hinzu kommen allerdings weitere Faktoren, welche die Entstehung und Erhaltung hoher Marktanteile auch und insbesondere in der digitalen Ökonomie begünstigen. Interoperabilität und Kompatibilität, d. h. das notwendige Zusammenspiel verschiedener Hard- und Softwarekomponenten, spielen hier oftmals eine besondere Rolle. Dies wiederum erzeugt eine Tendenz zur Standardisierung, und wer den Standard - z. B. durch geistige Eigentumsrechte - kontrolliert, kontrolliert oft auch den Zugang zum Markt. Dies hat z. B. der *Microsoft*-Fall von 2004 deutlich gemacht, in dem es u. a. um die Herstellung von Interoperabilität zwischen Windows und Softwareprodukten konkurrierender Anbieter ging.<sup>15)</sup> Ein weiterer Beleg sind die aktuellen "Patentkriege" zwischen den Smartphone-Herstellern.<sup>16)</sup> [WuW 2015 S. 123]

In der digitalen Ökonomie sind häufig besonders starke Skaleneffekte zu verzeichnen.<sup>17)</sup> Aufbau und Marktdurchsetzung einer Suchmaschine, eines sozialen Netzwerks oder eines Betriebssystems erfordern erhebliche Anfangsinvestitionen und laufende Mittel (Fixkosten). Die Grenzkosten - d. h. die Kosten für eine weitere Antwort auf eine Suchanfrage oder eine weitere Softwarekopie - sind dagegen bei digitalen Produkten praktisch gleich Null. Während es etablierten Anbietern daher sehr leicht fällt, zusätzliche Nutzer zu bedienen, müssen neue

Anbieter erst einmal eine "Durststrecke" überstehen, bis sie hinreichend viele Nutzer - die sog. "kritische Masse" - erreicht haben.

Schließlich existieren oft sog. Netzwerkeffekte oder Netzeffekte.<sup>18)</sup> Solche Effekte sind typisch für zweiseitige Märkte. Während z. B. bei einem Auto die Attraktivität eher sinkt, wenn "jeder" das gleiche Modell fährt, wird ein Betriebssystem oder ein soziales Netzwerk umso attraktiver, je mehr Nachfrager es nutzen ("direkte Netzwerkeffekte"). Zugleich steigt die Attraktivität für Werbekunden und Anbieter komplementärer Güter (etwa Apps) mit steigender Nutzerzahl ("indirekte Netzwerkeffekte"). Wer z. B. ein neues soziales Netzwerk etablieren möchte, muss nicht nur eine hinreichende Anzahl von Nutzern für sich gewinnen (was an sich schon schwierig genug ist, wenn alle Freunde der potentiellen Nutzer bereits in einem anderen sozialen Netzwerk aktiv sind). Der neue Anbieter muss zusätzlich auch eine hinreichende Zahl von Werbekunden auf der anderen Marktseite für sich gewinnen, also gleichsam einen "doppelten Marktzutritt" schaffen. Bei Suchmaschinen fehlen demgegenüber direkte Netzwerkeffekte und auch indirekte Netzwerkeffekte sind deutlich schwächer ausgeprägt.<sup>19)</sup>

In ihrer Summe führen diese Effekte, teils für sich, teils kombiniert miteinander, teils zusammen mit weiteren Faktoren (z. B. auf bestimmten Märkten auftretenden Lock-In-Effekten durch hohe Systemwechselkosten)<sup>20)</sup> häufig dazu, dass sich ein einziger Anbieter als "Quasi-Standard" etabliert. Man spricht auch von "Winner-takes-it-all"-Märkten. Sehr hohe Marktanteile sind auf solchen Märkten nicht Ausdruck von Marktversagen, sondern vielmehr eines - durch die beschriebenen Phänomene mitbestimmten - funktionierenden Wettbewerbs *um den Markt*.

### **3. Innovation als Triebfeder dynamischen Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie**

Hohe Marktanteile sind in der digitalen Ökonomie auch deshalb von begrenzter Aussagekraft, weil diese Märkte ausgesprochen dynamisch sind. Das wiederum folgt daraus, dass auf ihnen nicht der Preis, sondern die Innovation der wichtigste Wettbewerbsfaktor ist. Die Innovationszyklen sind regelmäßig sehr kurz.<sup>21)</sup> Google passt seinen Suchalgorithmus 500 bis 1000 Mal im Jahr an. Bei den Wettbewerbern Yahoo! und Bing wird das nicht anders sein. Auf dem Markt für mobile Betriebssysteme kommt einmal im Jahr eine neue Version heraus (und über das Jahr erscheinen mehrere Updates).

Hinzu kommt, dass Innovation auf diesen Märkten nicht nur als "Evolution", sondern oft auch als "Produkt-Revolution" erfolgt. Es entstehen ständig neue Produkte, die möglicherweise die bisherigen "Platzhirsche" obsolet machen. Wer heute noch als Monopolist erscheint, ist morgen vielleicht schon wieder in der Bedeutungslosigkeit versunken. Da[WuW 2015 S. 124]für gibt es in der vergleichsweise kurzen Geschichte der Internetökonomie bereits zahlreiche Beispiele. So dominierte bis 2008 das soziale Netzwerk MySpace. In Deutschland waren auch die VZ-Netzwerke sehr stark. Beide sind heute irrelevant. Obwohl Skalen- und Netzeffekte zugunsten der etablierten Unternehmen wirkten und VZ versuchte, mit besserem Datenschutz zu punkten, hat Facebook den Wettbewerb um den Markt (einstweilen) für sich entschieden. Google ist es trotz seiner starken Stellung auf den Märkten für Suche und mobile Betriebssysteme nicht gelungen, seinem sozialen Netzwerk Google+ eine vergleichbar starke Stellung zu verschaffen. Bei der Suche dominierte zunächst die Suchmaschine AltaVista, dann Yahoo! und (in der westlichen Welt) seit 2003 Google. Obwohl die Skaleneffekte für Yahoo! sprachen, ist es Google durch ein besseres Produkt gelungen, die Marktführerschaft zu erobern. Bei den mobilen

Betriebssystemen hat die Marktführerschaft in den letzten zehn Jahren - starken Netzeffekten zum Trotz - mehrfach zwischen Windows Mobile, Symbian, iOS und Android gewechselt.<sup>22)</sup> Aus der Dynamik dieser Märkte folgt - schon in der Zeit vor einem möglichen "Drehen des Marktes" - ein Wettbewerbs- und Innovationsdruck auch auf Unternehmen mit sehr hohen Marktanteilen. Wer sich auf seinen Lorbeeren ausruht, läuft Gefahr, nicht nur Marktanteile zu verlieren, sondern komplett verdrängt zu werden. Entscheidend hierfür ist, dass das Internet es ermöglicht, neue Produkte und Dienste in nie gekanntem Ausmaße kostengünstig oder kostenfrei weltweit bekannt zu machen und zu vertreiben.

### **III. Konsequenzen für die Fortentwicklung des Kartellrechts**

Welche Konsequenzen ergeben sich aus diesem Befund für die Anwendung und künftige Ausgestaltung des Kartellrechts?

#### **1. Marktabgrenzung**

Eine wettbewerbliche Analyse setzt voraus, dass zunächst der oder die betroffenen Märkte abgegrenzt werden. Ausgangspunkt ist gemeinhin das sog. Bedarfsmarktkonzept. Danach gehören zwei Produkte demselben Markt an, wenn die Nachfrager sie für funktional austauschbar erachten. Wie schwierig diese Abgrenzung gerade auf digitalen Märkten sein kann, zeigt das Beispiel der Suchmaschinenmärkte. So können z. B. Informationen zu Büchern nicht nur bei Google, Bing oder Yahoo!, sondern auch und oft besser bei Amazon oder anderen Buchhändlern gefunden werden. Für die Hotelsuche findet man Angebote ggf. leichter bei Expedia, HRS oder anderen Reiseportalen. Nachrichten werden ggf. eher über ARD.de, ntv.de oder Bild.de gesucht und gefunden. Mit andere Worten: Die Grenzen zwischen horizontaler (allgemeiner) und vertikaler (spezialisierter) Suche verschwimmen, und dass Google in Deutschland bei der horizontalen Suche einen Anteil von 95 % erreicht, sagt möglicherweise wenig über die realen Wettbewerbsverhältnisse aus. "Die wettbewerblichen Beziehungen hängen somit sehr stark vom verwendeten Suchbegriff und der Absicht des Suchers ab. Eine allgemeine Aussage über die Marktanteile dieser Marktseite berücksichtigt nicht die Vielschichtigkeit der Suche; im Zweifel wird diese Marktseite dadurch zu eng oder zu weit abgegrenzt".<sup>23)</sup>

Hinzu kommt, dass die sachlichen, räumlichen und zeitlichen Marktgrenzen nicht statisch sind. Sie müssen ständig den sich wandelnden ökonomischen Verhältnissen angepasst werden. Dies gilt auch - und angesichts der hohen Marktdynamik sogar in besonderem Maße - für Märkte der digitalen Ökonomie. Eine in einem Fall vorgenommene Marktabgrenzung kann schon kurze Zeit später überholt sein.

Transportkosten spielen bei digitalen Gütern praktisch keine Rolle mehr. Die räumliche Dimension dieser Märkte ist daher oft global. Vor allem aber hat die Digitalisierung dazu [WuW 2015 S. 125]geführt, dass viele in analogen Zeiten durch technische Grenzen getrennte Märkte zu einem sachlichen Markt zusammengewachsen sind. Man spricht z. B. von Konvergenz zu einer "All-IP-Welt", in der man über das Internet auch telefonieren, fernsehen und viele andere Dinge tun kann. Das dadurch bewirkte Zusammenwachsen von Telekommunikations- und Medienmärkten hat zu einer immensen Ausweitung des Angebots und zu einer deutlichen Intensivierung des Wettbewerbs geführt. Die Konsequenz daraus muss (selbstverständlich) ein Abbau bestehender, aus analogen Zeiten stammender

Regulierungen im TK- und Medienbereich sein und nicht etwa eine Übertragung "alter Zöpfe" wie der ohnehin anachronistischen deutschen Rundfunkregulierung auf das Internet.<sup>24)</sup>

Das Konzept der "zweiseitigen Märkte" stellt die kartellrechtliche Marktabgrenzung vor weitere Herausforderungen. Die beschriebenen Besonderheiten könnten Zweifel daran wecken, dass Innovationsmärkte der digitalen Ökonomie bzw. zweiseitige Märkte sich überhaupt mit tradierten Methoden wie dem Bedarfsmarktkonzept erfassen lassen. Doch existieren bislang keine tragfähigen Alternativen.<sup>25)</sup> Letztlich spricht nichts dagegen, zunächst einmal weiterhin getrennt nach den Nachfragerseiten abzugrenzen und dabei die traditionellen Methoden, insbesondere das Bedarfsmarktkonzept, anzuwenden. Konkret kann man z. B. einen Suchmarkt (Suchmaschine - Sucher), einen "Indexierungsmarkt" (Suchmaschine - Webseitenanbieter)<sup>26)</sup> und einen Werbemarkt (Suchmaschine - Werber) abgrenzen. Die Wechselbeziehungen zwischen diesen Märkten oder Marktseiten können und müssen dann auf der Ebene der Marktbeherrschung bzw. des Machtmissbrauchs berücksichtigt werden. Ähnlich geht zu Recht auch das Bundeskartellamt vor.<sup>27)</sup>

Allerdings sind bei dieser Marktabgrenzung einige Besonderheiten zu beachten. Einerseits ist die traditionelle Auffassung, von einem "Markt im kartellrechtlichen Sinne" könne nur die Rede sein, wenn Produkte gegen eine monetäre Gegenleistung angeboten würden,<sup>28)</sup> überholt.<sup>29)</sup> Die Erkenntnis, dass von Märkten auch dann gesprochen werden kann, wenn ein Geldpreis fehlt, ist in der Ökonomie ein Allgemeinplatz und wird auch von der EU-Kommission und EuG schon lange als selbstverständlich angesehen,<sup>30)</sup> ganz abgesehen davon, dass z. B. die Internetsuche nicht wirklich unentgeltlich, sondern eher ein Tauschgeschäft (Daten gegen Daten/Aufmerksamkeit) wäre, selbst wenn man den Suchmarkt isoliert betrachten könnte.<sup>31)</sup> Andererseits sind Anpassungen des das Bedarfsmarktkonzept flankierenden ökonomischen Instrumentariums erforderlich. Namentlich passen preisbezogene Tests wie der Preisheraufsetzungstest (SSNIP-Test) offensichtlich nicht für Märkte, auf denen der Preis "Null" ist und bleibt, und Preiserhöhungen gar nicht in Betracht kommen.<sup>32)</sup> [WuW 2015 S. 126]

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass eine Anpassung der Praxis der Marktabgrenzung erforderlich ist. Auch ist es sicher ratsam, die bereits aus dem Jahre 1997 datierende "Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft"<sup>33)</sup> (also gleichsam das "EU-Soft Law") zu modernisieren. Änderungen der Gesetzestexte sind aber nicht erforderlich, denn weder das deutsche GWB noch das EU-Kartellrecht regeln verbindlich, wie Märkte abzugrenzen sind.

## 2. Marktbeherrschung

Ähnliches gilt für die Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend und damit überhaupt Adressat der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote ist. Die Kommission hat eine marktbeherrschende Stellung in ihrer Prioritätenmitteilung im Einklang mit der ganz h. M. definiert "als die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztendlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten".<sup>34)</sup> Kurz: Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, wenn es nicht mehr hinreichend durch den Wettbewerb "in Schach gehalten" wird.

In der traditionellen Ökonomie kann ein Marktanteil von 40 % oder mehr das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung indizieren. Europäisches und deutsches Recht setzen dabei

unterschiedliche Akzente. Die Kommission betont in Tz. 14 ihrer Prioritätenmitteilung, dass eine Marktbeherrschung erfahrungsgemäß bei einem Marktanteil von unter 40 % unwahrscheinlich sei. [§ 18 Abs. 4 GWB](#) normiert dagegen bei einem Marktanteil von 40 % oder mehr bereits eine gesetzliche Marktbeherrschungsvermutung.

In der digitalen Ökonomie haben allerdings selbst deutlich höhere Marktanteile nur eine sehr begrenzte Aussagekraft. Hohe Marktanteile sind auf diesen Märkten aufgrund ihrer großen Dynamik einerseits oft nur von kurzer Dauer. Andererseits besteht trotz hoher Marktanteile ein erheblicher Innovationsdruck, der den Wettbewerb auf dem Markt und oft auch "um den Markt" antreibt.<sup>35)</sup> Ob ein Unternehmen, das über sehr hohe Marktanteile verfügt, marktbeherrschend ist oder nicht, muss daher von Fall zu Fall neu entschieden werden. Beispielsweise nahm die EU-Kommission in ihren *Microsoft*-Entscheidungen von 2004 und 2009 bei einem Marktanteil von über 90 % in Bezug auf das Betriebssystem Windows eine marktbeherrschende Stellung an, weil dieser Marktanteil seit mehr als zehn Jahren stabil war und weil der betreffende Markt durch hohe Wechselkosten gekennzeichnet war, welche die Nutzer de facto an Windows banden.<sup>36)</sup> In der *Microsoft/Skype*-Entscheidung aus dem Jahre 2011 hielt die Kommission demgegenüber einen Marktanteil von 90 % bei Konsumentenkommunikationsdiensten (also Text- und Videobotschaften) für unbedenklich, weil dieser Markt sehr dynamisch war, weil die Skype-Dienste kostenlos angeboten wurden und weil es für die Nutzer ein Leichtes war, zu einem anderen Dienst zu wechseln.<sup>37)</sup> Zu Recht, denn heute hat die mobile Internetnutzung die stationäre Nutzung am PC überholt, und mobile Nutzer kommunizieren (jedenfalls in Deutschland) nicht in erster Linie über Skype, sondern über WhatsApp, das 2011 [WuW 2015 S. 127] in Europa noch völlig irrelevant war und dementsprechend in der *Microsoft/Skype*-Entscheidung keine Erwähnung fand.

Während Marktanteile nur von geringer Bedeutung sind, kommt anderen Faktoren für Märkte der digitalen Ökonomie eine im Vergleich zu traditionellen Märkten gesteigerte Bedeutung zu. Die oftmals hohe Bedeutung geistiger Eigentumsrechte für die Märkte der digitalen Ökonomie wurde in den *Microsoft*-Fällen ebenso deutlich wie in den aktuellen "Patentkriegen" zwischen den Smartphone-Herstellern.

Baut das Geschäftsmodell wie das von Google und Facebook auf Werbung auf, gewinnen zudem die Nutzerdaten erheblich an Bedeutung. Diese Unternehmen sammeln Daten, um den Nutzern möglichst passgenaue Werbung anbieten zu können. Das hat Sorgen in Bezug auf den Datenschutz ausgelöst. Kartellrechtlich betrachtet sind Daten aber zunächst einmal nur eine Ressource unter mehreren.<sup>38)</sup> "Datenmacht" ist, wie auch die Kommission jüngst in ihrer Freigabeentscheidung *Facebook/WhatsApp* betont hat, kartellrechtlich nur relevant, *wenn und soweit* sie geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>39)</sup>

Handelt es sich schließlich um zweiseitige Märkte, so darf die Analyse der Marktmacht nicht bei einer Marktseite stehen bleiben. Hier hängen beide Seiten voneinander ab. Wettbewerbsdruck auf der einen Seite begrenzt auch den Spielraum auf der anderen. Würde Google z. B. die Internetsuche kostenpflichtig machen, so würde nicht nur die Zahl der Suchabfragen sinken, sondern es würden Werbekunden auf der anderen Marktseite verloren gehen. Am Ende wäre das höchstwahrscheinlich ein Verlustgeschäft. Regelmäßig muss bei zweiseitigen Märkten daher eine Dominanz auf beiden Marktseiten festgestellt werden, um eine marktbeherrschende Stellung i. S. des Kartellrechts zu begründen.

In Bezug auf die drei eingangs erwähnten Beispiele fällt insoweit auf, dass Google Search in der westlichen Welt einerseits (ähnlich wie Microsoft bei Windows) seit über zehn Jahren Marktführer ist. Doch sind andererseits (anders als im *Microsoft*-Fall) Wechselkosten

praktisch nicht vorhanden. Andere Suchmaschinen wie Yahoo! oder Bing sind nur einen Mausklick entfernt, während der Wechsel zu einem anderen sozialen Netzwerk oder Betriebssystem deutlich schwieriger ist.<sup>40)</sup> Facebook erfreut sich ebenfalls seit geraumer Zeit stabil hoher Marktanteile. Doch kamen mehrere Studien in jüngerer Zeit zu dem Ergebnis, dass Facebook bei Internet-Nutzern zwischen 13 und 19 Jahren schon wieder "out" sei.<sup>41)</sup> Bei den mobilen Betriebssystemen ist Android erst seit kurzem Marktführer, und es besteht - anders als im *Microsoft*-Fall - reger Wettbewerb und ständiger Marktzutritt neuer Betriebssysteme.<sup>42)</sup> Die hohen Marktanteile von Google und Facebook sagen daher für sich genommen wenig aus. Erforderlich ist eine umfassende Betrachtung, die der besonderen Dynamik der betroffenen Märkte gerecht wird.

Eine über die Anpassung der Praxis hinausreichende Änderung des Gesetzesrechts erscheint wiederum nicht dringlich. Auf EU-Ebene ist die Bestimmung von Marktmacht ohnehin der Behördenpraxis überlassen. Im deutschen Recht zählt [§ 18 Abs. 3 GWB](#) beispielhaft Faktoren für die Bewertung der Marktstellung auf. Hier könnte man den "Zugang zu Daten" aufnehmen. Zwingend ist das aber nicht, denn der Katalog des [§ 18 Abs. 3 GWB](#) ist nicht abschließend. Die Marktbeherrschungsvermutung des § 18 Abs. 4 [WuW 2015 S. 128]GWB ist für die digitale Ökonomie, wie wir gesehen haben, besonders unpassend. Die Vermutung entbindet die Kartellbehörden allerdings ohnehin nicht von einer umfassenden Ermittlung aller relevanten Faktoren. Sie müssen nach dem Amtsermittlungsgrundsatz zunächst versuchen, das Vorliegen einer Marktbeherrschung nachzuweisen.<sup>43)</sup> Erst wenn nach Ausschöpfung der kartellbehördlichen Möglichkeiten Zweifel bleiben (non liquet), trifft die Unternehmen aufgrund der Vermutungsregelung die materielle Beweislast, d. h. sie müssen die Vermutung (nur) in diesem Fall widerlegen.<sup>44)</sup>

### **3. Exkurs: Aufgreifkriterien in der Fusionskontrolle**

Ist bei Anwendung der Missbrauchsverbote die Feststellung der Marktbeherrschung ausschlaggebend für die Adressateneigenschaft, so bestimmt sich die Anwendbarkeit der deutschen bzw. europäischen Fusionskontrolle (abgesehen vom Vorliegen eines Zusammenschlusses) anhand des Umsatzes der beteiligten Unternehmen. Dies hat sich beim Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp als mögliches Problem erwiesen. WhatsApp wird im ersten Jahr der Nutzung kostenfrei angeboten und kostet auch danach nur etwa einen Euro pro Jahr. Dies hat dazu geführt, dass der Zusammenschluss zwischen Facebook und WhatsApp, obwohl WhatsApp nach eigenen Angaben rund 600 Mio. Nutzer hat und das Transaktionsvolumen 19 Mrd. US\$ betrug,<sup>45)</sup> angesichts der (noch) geringen Umsätze von WhatsApp weder die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO 139/2004 noch des [§ 35 GWB](#) erfüllte. Der Zusammenschluss war daher weder nach europäischem noch nach deutschem Recht anmeldepflichtig. Dass die Kommission den Zusammenschluss letztlich gleichwohl prüfen konnte, hatte seinen Grund darin, dass er nach dem Recht des Vereinigten Königreichs, Spaniens und Zyperns geprüft werden konnte<sup>46)</sup> und dass Facebook deshalb, um eine Mehrfachprüfung zu vermeiden, einen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 5 FKVO an die Kommission gestellt hatte.

Dass der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp in Deutschland trotz sehr hoher Marktanteile beider Unternehmen nicht geprüft werden konnte, hat der Vorsitzende der Monopolkommission *Daniel Zimmer* kritisiert und insoweit einen Nachbesserungsbedarf postuliert.<sup>47)</sup> Die Monopolkommission hat in ihrem XX. Hauptgutachten ebenfalls zusätzliche Aufgreifkriterien wie Marktanteil oder Transaktionsvolumen ins Spiel gebracht. Sie kam allerdings angesichts der Marktdynamik zu dem Schluss, dass eine Änderung - jedenfalls derzeit - nicht erforderlich sei, da die wesentlichen Probleme nicht im Bereich der

Marktstruktur, sondern eher beim (außerhalb des Kartellrechts liegenden) Datenschutz zu verorten seien.<sup>48)</sup>

#### 4. Machtmissbrauch

Kehren wir zum Missbrauchsverbot zurück. Wie sieht es - gesetzt den Fall, eine marktbeherrschende Stellung ließe sich nachweisen - mit der Bewertung von Verhaltensweisen als Missbrauch aus?

Insoweit ist zunächst zu unterstreichen, dass Marktbeherrschung für sich genommen keinen Missbrauch begründet. Selbst Monopole sind nicht verboten. Das Kartellrecht [WuW 2015 S. 129] kommt erst ins Spiel, wenn ein Unternehmen seine Macht missbraucht, um Wettbewerber zu behindern oder Marktpartner auszubeuten. Das folgt aus dem Gesetz, ist aber in Öffentlichkeit und Politik weitgehend unbekannt.

Fragt man weiter, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Missbrauch anzunehmen ist, so ist wichtig, dass der Wettbewerb auf den hier untersuchten Märkten primär durch Produktinnovation angetrieben wird. Die Kartellbehörden müssen daher dem Schutz des Innovationswettbewerbs besondere Beachtung schenken.<sup>49)</sup> Sie müssen insbesondere im Auge behalten, dass eine Verdrängung von Unternehmen durch innovativere Wettbewerber grundsätzlich kein Ausdruck eines Machtmissbrauchs oder Marktversagens, sondern typische Folge funktionierenden Innovationswettbewerbs ist. Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb, nicht einzelne Wettbewerber.

Dieser Aspekt spielt insbesondere in Bezug auf den Vorwurf der Behinderung von Wettbewerbern durch kartellrechtswidrige Koppelung eine Rolle. Im *Microsoft*-Fall von 2004 sah die Kommission in der Integration des Windows Media Players in Windows einen Machtmissbrauch, obwohl es sich dabei letztlich nur um eine zeitgemäße Weiterentwicklung des Betriebssystems i. S. von Multimedialität handelte.<sup>50)</sup> In den USA sind die Behörden und Gerichte gegenüber der Annahme eines solchen "Innovationsmissbrauchs" deutlich zurückhaltender und damit letztlich innovationsfreundlicher. Als IBM Ende der 1970er Jahre anfang, Festplatten in Computer einzubauen, wurde es prompt von Herstellern externer Festplatten wegen kartellrechtswidriger Koppelung verklagt. Das zuständige US-Gericht erkannte jedoch, dass es sich dabei um eine der Konsumentenwohlfahrt dienliche Produktinnovation handelte, auch wenn die Hersteller der (damals noch sehr teuren) externen Festplatten dadurch weitgehend vom Markt verdrängt wurden.<sup>51)</sup> Entsprechend entschied die US-Justiz 2001 und 2002 im *Microsoft*-Fall in Bezug auf die Verbindung von Windows und Internet Explorer.<sup>52)</sup> Gerade der letztgenannte Fall macht freilich deutlich, wie schwierig die Abgrenzung im Einzelfall sein kann, denn auf dem Browsermarkt kam es nach der Verdrängung von Netscape zunächst zu einem jahrelangen Stillstand. Hier erscheint die Verpflichtungszusagenentscheidung der Kommission von 2009, durch welche sich Microsoft verpflichtete, bei der Installation von Windows einen Auswahlbildschirm mit verschiedenen Browsern anzubieten, als bessere Lösung.<sup>53)</sup> Perfekt war sie freilich auch nicht: Als Microsoft 2011 im Rahmen eines Updates (wohl versehentlich) den Auswahlbildschirm entfernte, fiel dies über ein Jahr lang niemandem auf (und kostete Microsoft dann letztlich nach Entdeckung ein Bußgeld von 561 Mio. Euro).<sup>54)</sup>

Das Internet ermöglicht aber nicht nur Produktinnovationen, sondern auch innovative Geschäftsmodelle. Dazu gehören insbesondere die beschriebenen zweiseitigen Geschäftsmodelle, die das Rückgrat der "Kostenlos-Kultur" des Internets bilden. In der traditionellen Ökonomie werden Einnahmen regelmäßig durch einen unmittelbaren

Leistungsaustausch erzielt. Auch ein marktbeherrschender Hersteller kann auf einem solchen Markt Produkte nicht dauerhaft unter Einstandspreis oder gar kostenlos anbieten. Tut er dies doch, so liegt der Verdacht einer Kampfpreisunterbietungs-Strategie nahe, mit deren Hilfe er danach strebt, zunächst die Wettbewerber zu eliminieren, um danach Monopolpreise zu kassieren.<sup>55)</sup>[WuW 2015 S. 130]

Auf zweiseitigen Märkten ist das anders. Hier steht ein Anbieter mindestens zwei Nachfragergruppen gegenüber. Dabei ist typisch, dass Leistungen für die eine Gruppe vergünstigt oder sogar kostenlos angeboten werden, während die andere Gruppe einen Preis zahlt, der deutlich über dem auf ihre Marktseite bezogenen Kosten des Anbieters liegt. Die eine Seite (z. B. Werbekunden) "subventioniert" gleichsam die andere Seite (z. B. Sucher). Weder der Nullpreis auf der einen Marktseite noch der scheinbar überhöhte Preis auf der anderen Marktseite sind zu beanstanden. Daraus folgt einerseits, dass auf solchen Märkten Preismissbrauchsvorwürfe nur sachgerecht bewertet werden, wenn man alle Marktseiten in Zusammenschau betrachtet. Andererseits kann es bei der Einführung eines solchen Geschäftsmodells zu einer Verdrängung etablierter Anbieter kommen, welche die betreffende Leistung bisher kostenpflichtig angeboten haben. Das war z. B. bei Kartendiensten im Internet der Fall<sup>56)</sup> und findet derzeit im Bereich der mobilen Betriebssysteme statt.<sup>57)</sup> Die insoweit erfolgende Verdrängung ist nicht Ausdruck eines Preismissbrauchs, sondern eines Wettbewerbs der Geschäftsmodelle.

In der Summe bleibt festzuhalten, dass bei der Feststellung von Machtmissbräuchen auf Märkten der digitalen Ökonomie besondere Vorsicht geboten ist. Aus der traditionellen Praxis bekannte und bewährte Fallgruppen dürfen nicht unreflektiert auf diese Märkte übertragen werden. Bei der kartellrechtlichen Analyse ist insbesondere das Ziel im Auge zu behalten, Innovationswettbewerb zu ermöglichen und zu schützen. Die Verdrängung etablierter Unternehmen durch innovative Produkte oder Geschäftsmodelle, ist nicht notwendig Ausdruck von Machtmissbräuchen, sondern oftmals das Resultat funktionierenden Innovationswettbewerbs. Sie ist letztlich Folge eines durch Digitalisierung und Globalisierung ausgelösten Strukturwandels.

Änderungen der Gesetzestexte sind auch in Bezug auf die Missbrauchstatbestände nicht erforderlich. Auf den ersten Blick könnte man erwägen, den Kartellbehörden durch eine partielle Beweislastumkehr nach dem Muster des [§ 29 GWB](#) den Nachweis von Machtmissbräuchen zu erleichtern. Bei genauerem Zusehen erweist sich dieser Weg allerdings als nicht gangbar. Die auf Preismissbräuche im Energiesektor bezogene Sonderregel des [§ 29 GWB](#) ist schon in ihrem genuinen Anwendungsbereich äußerst umstritten.<sup>58)</sup> Sie ist zudem nur als Übergangsregelung konzipiert, die Wettbewerbsdefizite ausgleichen soll, die aus der früheren, lange staatlich geschützten Monopolstruktur der Energiemärkte resultieren. Schließlich konnte der Gesetzgeber auf jahrzehntelange Erfahrungen mit Preismissbräuchen zurückblicken. Starke Marktstellungen auf dem Gebiet der digitalen Ökonomie basieren dagegen nicht auf staatlich geschützten Monopolen oder nicht duplizierbaren Netzen, sondern wurden im Wettbewerb errungen. Sie sind zudem oft instabil, weil reger Wettbewerb herrscht. Die Frage des Innovationsmissbrauchs ist ungleich komplexer als die des Preismissbrauchs, Erfahrungswerte fehlen. Die in Presse und Politik gleichwohl verbreiteten Vorurteile dahin, Größe an sich indiziere einen Missbrauch, sind schließlich, wie oben gezeigt wurde, sachlich nicht fundiert. Sie dürfen daher nicht zur Grundlage eines gesetzgeberischen Aktionismus gemacht werden.

## 5. Abhilfemaßnahmen

Wird ein Missbrauch nachgewiesen, so steht den Kartellbehörden - abgesehen davon, dass sie sehr hohe Bußgelder verhängen können - ein breites Instrumentarium zur Verfügung. Sie können nach Art. 7 der VO 1/2003 bzw. [§ 32 GWB](#) Verhaltensweisen untersa[WuW 2015 S. 131]gen, aber - soweit dies zum Schutz des Wettbewerbs erforderlich ist - auch positiv bestimmte Verhaltensweisen anordnen. Lässt sich ein Missbrauch nicht anders abstellen, so kommen auch strukturelle Maßnahmen bis hin zur Entflechtung in Betracht, allerdings nur als ultima ratio. Eine Entflechtung ohne Nachweis eines Missbrauchs kennt das geltende Recht nicht. Man kann Unternehmen also nicht einfach deshalb "zerschlagen", weil sie besonders groß sind. Überlegungen, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen eine Entflechtung auch ohne Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens zuzulassen, wurden im Rahmen der Diskussionen über die 8. GWB-Novelle verworfen. Zu Recht, denn eine Entflechtung wegen "Größe an sich" würde letztlich darauf hinauslaufen, Erfolg im Wettbewerb zu bestrafen und dadurch vom Wettbewerb abzuschrecken. Das wäre das Gegenteil von dem, was das Kartellrecht anstrebt.

Eine ex ante Regulierung i. S. eines präventiven "Internet-Aufsichtsrechts" - etwa nach dem Muster des Rundfunkrechts - ist ebenfalls abzulehnen. Eine solche - zumal nationale - Regulierung wäre nicht nur praktisch kaum realisierbar, sie würde auch Gefahr laufen, den Innovationswettbewerb zu hemmen und letztlich den Charakter des Internets als globales Medium in Frage stellen. So existiert z. B. in der Politik die Vorstellung, man könne über eine Kontrolle des Suchalgorithmus ein "richtiges Suchergebnis" sicherstellen. Das ist ein Irrtum, denn *erstens* gibt es gar kein "richtiges" Suchergebnis. Internetsuche ist das Resultat von Wertungen. Sie muss werten, damit sie ihren Zweck erfüllt.<sup>59)</sup> Die Qualität dieser Wertungen bestimmt den Erfolg der Suchmaschine und dass diese Wertungen (und damit auch die Suchergebnisse) unterschiedlich sind, ist Ausdruck und Antrieb des Wettbewerbs der Suchmaschinen. "Suchneutralität" ist daher ein paradoxer Begriff. *Zweitens* ist der Suchalgorithmus kein simples BASIC-Programm nach dem Muster "IF Maps THEN Google Maps". Es sind zahlreiche komplex vernetzte Algorithmen, die in ihrer Gänze vermutlich noch nicht einmal einzelne Ingenieure der Suchmaschinenbetreiber selbst erfassen können. Man kann sich das Ganze eher als komplexe Maschine mit hunderten "Stellschrauben" vorstellen, bei denen sich oft nicht vorhersehen lässt (sondern durch "Feldversuche" ermittelt werden muss), welchen Effekt es hat, eine dieser "Stellschrauben" ein wenig nach rechts oder links zu drehen. Die Erwartung, ein externer Experte könnte dieses komplexe Geflecht durchschauen, ist nach Auffassung von Informatikern fernliegend. *Drittens* und vor allem, wird der Algorithmus 500 bis 1000 Mal im Jahr geändert. Würde man diese Änderungen unter eine staatliche ex ante-Aufsicht stellen, so wäre das offensichtlich - selbst wenn dafür weltweit nur eine einzige Behörde zuständig wäre - das Ende einer effizienten Internetsuche. In Betracht kommt daher allenfalls eine ex post greifende Willkürkontrolle.

Für ein Sonderkartellrecht ist ebenfalls kein Raum. Kartellrechtliche Ausnahmereiche mit Spezialregelungen für einzelne Sektoren wurden in den vergangenen Jahren zu Recht konsequent abgebaut. Ausgerechnet für die besonders dynamische digitale Ökonomie ein statisches Sonderkartellrecht zu schaffen, wäre auch vor diesem Hintergrund offensichtlich nicht der richtige Weg. Es ist gerade der hohe Abstraktionsgrad des deutschen wie europäischen Kartellrechts, der es den Kartellbehörden immer wieder ermöglicht hat, ihre Praxis flexibel an sich verändernde Marktverhältnisse und ökonomischen Erkenntnisse anzupassen. Das erfordert auch der "more economic approach".

Von solchen radikalen Ansätzen abgesehen ist bei der Auswahl der geeigneten kartellrechtlichen Abhilfemaßnahmen im Detail sorgfältig darauf zu achten, dass diese nicht ihrerseits den Innovationswettbewerb behindern. Die EU-Kommission neigt insoweit - anders als US-Kartellbehörden und US-Gerichte - bisweilen dazu, sich in das Produktdesign einzumischen. Das ist nicht unproblematisch, denn die Kartellbehörden sollen dem Wettbewerb Raum schaffen und ihn nicht durch behördliche Entscheidungen steuern [WuW 2015 S. 132] oder gar ersetzen. Beispielsweise hat die Kommission mit ihrer *Microsoft*-Entscheidung von 2004 angeordnet, ein "Windows N" ohne Media Player als Alternative zum vollständigen Windows anzubieten.<sup>60)</sup> Ohne Erfolg, denn das von der Kommission "redesignte" Windows N wollten weder Computerhersteller noch Privatnutzer kaufen. Ähnlich zweifelhaft sind die mit Google ausgehandelten Verpflichtungszusagen (von denen die Kommission im letzten Moment aufgrund politischen Drucks wieder Abstand genommen hat), soweit diese darauf zielten, die Wettbewerber durch ein zusätzliches, für die Konsumenten eher störendes Werbefenster (sog. "Almunia-Box") zu fördern.<sup>61)</sup>

Besonders intensiv diskutiert wird derzeit der Umgang mit der mutmaßlichen "Datenmacht" von Google und Facebook. In diesem Zusammenhang sind Vorschläge laut geworden, Google und Facebook zu zwingen, ihre Daten mit Wettbewerbern zu teilen, z. B. die Nutzerdaten portabel zu machen, Dritten Zugang zum Suchindex zu gewähren oder sogar den Suchalgorithmus offen zu legen.<sup>62)</sup> Solche Lösungsansätze sind allerdings erheblichen praktischen wie rechtlichen Bedenken ausgesetzt. Abgesehen davon, dass Geschäftsgeheimnisse und geistige Eigentumsrechte und damit Grundrechte der Unternehmen aus Art. 2, 12 und 14 GG betroffen wären, hätte eine Veröffentlichung des Suchalgorithmus zur Folge, dass es Webseitenbetreibern leicht fiele, ihre Seiten so zu manipulieren, dass sie trotz minderwertiger Inhalte weit oben auf der Suchliste landen. Der Ehrliche wäre am Ende der Dumme und die Suchmaschine entwertet. Aber selbst eine Offenlegung gegenüber Experten würde, wie oben beschrieben, vermutlich weit weniger effektiv sein, als mancher Politiker vermutet. Hinzu kommt, dass nicht nur Google und Facebook über viele Daten verfügen. Andere, z. B. Internet Service Provider oder Banken und Kreditkartenunternehmen, verfügen oftmals sogar über deutlich mehr und deutlich sensiblere Informationen. Sinnvoller erscheint es insoweit, ganz allgemein schon bei der Gewinnung der Daten Transparenz und Konsumentensouveränität zu stärken.<sup>63)</sup> Das Problem der "Datenmacht" löst sich dann möglicherweise ganz von selbst, weil Nutzerdaten mit steigendem Alter exponentiell an Wert verlieren.

Es ist kein Ausdruck der Schwäche, sondern eher der Stärke des Kartellrechts, dass in erster Linie konsensuale Lösungen im Gestalt von Verpflichtungszusagen gemäß Art. 9 VO 1/2003 bzw. [§ 32b GWB](#) gesucht und gefunden werden. Ein konsensuales Verfahren erscheint nicht nur angesichts der großen Schwierigkeit der wettbewerblichen Analyse auf weitgehend unerforschtem Terrain sinnvoll. Sie ist regelmäßig auch besser geeignet, eine zeitnahe Lösung von Wettbewerbsproblemen herbeizuführen. Das ist angesichts der Dynamik der Märkte der digitalen Ökonomie - soweit man hier überhaupt ein kartellbehördliches Eingreifen für erforderlich hält - allemal besser als ein sich einschließend gerichtlicher Überprüfung möglicherweise über fünf bis zehn Jahre hinziehendes Streitiges Verfahren, bei dessen Abschluss die darin adressierten Bedenken vermutlich längst durch andere Probleme abgelöst worden sind.

Abschließend ist zu betonen, dass das Kartellrecht ausschließlich dem Schutz des Wettbewerbs dient. Auch dies wird in der öffentlichen Debatte über Google, Facebook und Co. häufig übersehen. Das Kartellrecht ist kein "Universalinstrument" für die Lösung der sich aus der Digitalisierung ergebenden Probleme anderer Rechtsgebiete, etwa des Datenschutzes,

auch wenn die Kommission das Unionskartellrecht - wie etwas im Energie- und Patentbereich - bisweilen als solches benutzt, ganz einfach weil sie auf dem Gebiet des Kartellrechts - anders als im Energie- oder Patentrecht - über direkte Durchsetzungsbefugnisse gegenüber den Unternehmen verfügt.[WuW 2015 S. 133]

Das Kartellrecht ist ganz bewusst "einseitig" auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichtet, denn dadurch werden die Kartellbehörden vor einer politischen, insbesondere industriepolitischen Instrumentalisierung geschützt. Das ist für das Funktionieren des Kartellrechtssystems und damit letztlich des Wettbewerbs von zentraler Bedeutung. Viele aktuelle Äußerungen seitens der Politik, in denen gefordert wird, *deutsche oder europäische Unternehmen*<sup>64)</sup> - auch mit Mitteln des Kartellrechts - *vor dem Wettbewerb* durch große US-Unternehmen wie Google oder Facebook zu schützen, machen deutlich, dass das Kartellrecht einen solchen Schutz vor industriepolitischen Begehrlichkeiten nach wie vor bitter nötig hat.

## Informationen zu den Autoren

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ist die Schrifffassung eines am 14.10.2014 auf dem Kolloquium "Perspektiven des Wirtschaftsrechts" an der Humboldt-Universität zu Berlin gehaltenen Vortrags. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

### Fußnoten:

- 1) Dazu etwa *Wiebe*, GRUR Newsletter, Sonderausgabe I-2014, [www.grur.org/uploads/media/GRUR\\_NL\\_Sonderausgabe2014\\_web.pdf](http://www.grur.org/uploads/media/GRUR_NL_Sonderausgabe2014_web.pdf), S. 3 (alle URLs zuletzt abgerufen am 26.11.2014).
- 2) Dazu *Ohly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Band I: Gutachten / Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt - Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, 2014.
- 3) Dies macht u. a. der verbreitete Missbrauch patentrechtlicher Unterlassungsklagen zu Wettbewerbsbehinderung und Erpressung überhöhter Lizenzgebühren deutlich. Dazu *Körber*, WRP 2013, 734; *ders.*, NZKart 2013, 87; *ders.*, NZKart 2013, 239; *Jakobs*, NZKart 2014, 394; jüngst Schlussanträge des GA *Wathelet* vom 20.11.2014 zu Rs. C-170/13 - *Huawei/ZTE*.
- 4) Vgl. RegBegr., BT-Drucks. 17/11053, S. 19 zu Buchstabe i Nr. 22: "Die Anforderungen an den Nachweis eines Sanierungsfalls im Pressebereich sollen nicht zu hoch angesetzt werden. Dies ist berechtigt aufgrund der Besonderheiten im Pressebereich, die aus den sich stark verändernden Verhältnissen im digitalen Medienumfeld herrühren".
- 5) Vgl. nur [www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article128094133/Gabriel-bringt-Zerschlagung-von-Google-ins-Spiel.html](http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article128094133/Gabriel-bringt-Zerschlagung-von-Google-ins-Spiel.html); [www.welt.de/wirtschaft/article134605844/EU-Parlament-will-Google-zerschlagen.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article134605844/EU-Parlament-will-Google-zerschlagen.html) oder <http://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2014/05/16/nach-google-grosse-koalition-kuendigt-regulierung-des-internet-an/>. Kritisch *Zimmer*, [WuW 2014, 923](http://www.wuwi-online.de/2014/05/16/nach-google-grosse-koalition-kuendigt-regulierung-des-internet-an/).
- 6) Vgl. die Verpflichtungszusagen vom 31.1.2014 im Fall Komm., COMP/C-3/39.740 - *Foundem and others*; dazu etwa *Zimmer*, [WuW 2014, 923](http://www.wuwi-online.de/2014/05/16/nach-google-grosse-koalition-kuendigt-regulierung-des-internet-an/); *Körber*, WRP 2012, 761; *ders.*, GRUR Newsletter (Fn. 1), S. 6; *ders.*, NZKart 2014, 293.
- 7) Komm., Pressemitteilung, IP/14/1088 vom 3.10.2014, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1088\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm?locale=en); vgl. auch *Zimmer*, [WuW 2014, 923](http://www.wuwi-online.de/2014/05/16/nach-google-grosse-koalition-kuendigt-regulierung-des-internet-an/).
- 8) Zu den diesbezüglichen Vorwürfen gegen Google s. *Körber*, NZKart 2014, 378 m. w. N.
- 9) Lt. <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167841/umfrage/marktanteile-ausgewaehlter-suchmaschinen-in-deutschland/> lag der Anteil an der horizontalen Suche im September 2013 bei 94,87 %.
- 10) Vgl. dazu etwa die Pressefundstellen in Fn. 5.
- 11) Google wird 2014 weltweit schätzungsweise etwa 11 bis 12 Mrd. US\$ Gewinn machen (vgl. [www.googlewatchblog.de/2014/10/quartalszahlen3-milliarden-dollar-umsatz-2/](http://www.googlewatchblog.de/2014/10/quartalszahlen3-milliarden-dollar-umsatz-2/)), Facebook weniger als 2 Mrd. US\$ (<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/237450/umfrage/gewinn-von-facebook-weltweit->

- quartalszahlen/), Microsoft dagegen gut 22 Mrd. US\$ (<http://de.statista.com/themen/239/microsoft/>).
- 12) Grundlegend dazu *Rochet/Tirole*, Journal of the European Economic Association, 1 (4), 2003, 990. Sowie *Armstrong*, RAND Journal of Economics, 37 (3), 2006, 668; s. auch jüngst *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387.
  - 13) Genaugenommen handelt es sich um einen mindestens dreiseitigen Markt, weil zu Suchern und Werbern noch die Unternehmen kommen, deren Webseiten etc. (ebenfalls ohne monetäre Gegenleistung) indexiert und dann ggf. in der werbefreien generischen Suchliste angezeigt werden.
  - 14) Weitere Beispiele bei *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387.
  - 15) Dazu Komm., Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, WuW IE EU-V 931 ff. - *Microsoft*; EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, Slg. 2007, II-3601 = [WuW/E EU-R 601](#) - *Microsoft/Kommission*; *Körber*, [WuW 2007, 1209 ff.](#) m. w. N.
  - 16) S. Nachweise oben in Fn. 3.
  - 17) Hierzu insbesondere *Haucap/Heimeshoff*, Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the internet driving competition or market monopolization?, <http://hdl.handle.net/10419/68229>; s. auch *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 152 ff.; *Zimmerlich/Aufderheide*, Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, [www.econstor.eu/handle/10419/46582](http://www.econstor.eu/handle/10419/46582), S. 4.
  - 18) Hierzu insbesondere *Haucap/Heimeshoff* (Fn. 17) sowie *Haucap/Keder*, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, [www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche\\_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische\\_Perspektiven/044\\_Haucap-Kehder.pdf](http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/044_Haucap-Kehder.pdf); s. auch *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 152 ff.; *Zimmerlich/Aufderheide* (Fn. 17), S. 2.
  - 19) Zu dieser Differenzierung eingehend *Haucap/Kehder* (Fn. 18).
  - 20) Dazu etwa *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 154; *Zimmerlich/Aufderheide* (Fn. 17), S. 5.
  - 21) Vgl. *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 151; *Zimmerlich/Aufderheide* (Fn. 17), S. 7.
  - 22) Dazu *Körber*, NZKart 2014, 378, 381.
  - 23) *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387, 392.
  - 24) Vgl. hierzu bereits *Körber*, ZWeR 2008, 146 (zur TK-Regulierung); *ders.*, ZWeR 2009, 315 (zur Rundfunkregulierung). Im Lichte des Streits über den Fahrdienst "Uber" hat die Monopolkommission in die gleiche Richtung gehend eine Deregulierung des Taxigewerbes angemahnt, s. XX. Hauptgutachten 2012/2013, S. 114, Tz. 218 ff.
  - 25) Zu Innovationsmärkten s. *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 159 ff.; zu zweiseitigen Märkten s. *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387, 389 ff.
  - 26) Diese Darstellung ist - wie auch die Darstellung der beiden anderen Märkte bzw. Marktseiten - stark vereinfacht, denn es werden nicht nur Webseiten indexiert, sondern z. B. auch Twitter-Tweets, Blog-Beiträge, Facebook-Einträge, Links zu anderen Webseiten usw.
  - 27) Vgl. etwa BKartA, Beschl. v. 29.8.2008, B 6 - 22131 - Fa - 52/08, S. 21 ff. - *Intermedia*.
  - 28) So noch BKartA, Beschl. v. 19.1.2006, B6-103/05, S. 23 - *Springer/Pro7Sat1*; BKartA, Beschl. v. 29.4.2009, B6-09/09, Rdn. 63 - *Bertelsmann/Brockhaus* sowie jüngst *Kersting/Dworschak*, Ifo Schnelldienst 16/2014, 7 = <http://ssrn.com/abstract=2495300>, S. 2.
  - 29) So schon *Körber*, ZWeR 2009, 315, 338 ff.; *ders.*, WRP 2012, 761, 764 m. w. N.
  - 30) Z. B. Komm., Entsch. v. 24.3.2004 (Fn. 15) - *Microsoft*; EuG, Urt. v. 17.9.2007 (Fn. 15) - *Microsoft/Kommission*; Kommission, Entsch. v. 7.10.2011, COMP/M.6281, Tz. 10 ff. - *Microsoft/Skype*; ebenso im aktuellen Zusammenschlussfall *Facebook/WhatsApp* (Fn. 7).
  - 31) Eine solche isolierte Betrachtung wäre angesichts der Verbindung von Such-, Indexierungs- und Werbemarkt fehlerhaft.
  - 32) Zu - letztlich nicht überzeugenden - Versuchen, den SSNIP-Test vom Geldpreis zu lösen und dadurch auch für solche Märkte fruchtbar zu machen s. (zu Recht ablehnend) *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387, 389 ff.; *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 159.
  - 33) ABl. 1997 C 372/5.
  - 34) Komm., Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Abl. 2009 C 45/7, Tz. 10.
  - 35) Siehe oben II.3 mit Beispielen.
  - 36) Komm., Entsch. v. 24.3.2004 (Fn. 15), Tz. 432 - *Microsoft* (Interoperabilität und Media Player, Artikel 7-Entscheidung); Komm., Entsch. v. 16.12.2009, COMP/C-3/39.530, Tz. 24 - *Microsoft* (Internet Explorer, Artikel 9-Entscheidung).
  - 37) Komm., Entsch. v. 7. 10. 2011 (Fn. 30), Tz. 108 ff. - *Microsoft/Skype*, bestätigt durch EuG, Urt. v. 11.12.2013, T-79/12, Tz. 69 ff. - *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*.
  - 38) Vgl. auch Monopolkommission (Fn. 24), S. 58 Tz. 1 ff.
  - 39) Komm., Pressemitteilung, IP/14/1088 vom 3.10.2014, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1088\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm?locale=en).
  - 40) Diese Unterscheidung relativiert sich in dem Umfang, in dem die Suche personalisiert bzw. mit anderen

- Dienste (etwa dem Google+-Dienste) vernetzt wird.
- 41) Vgl. etwa [www.tagesspiegel.de/weltspiegel/niedergang-einer-marke-facebook-ist-out-tumblr-ist-in/7911348.html](http://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/niedergang-einer-marke-facebook-ist-out-tumblr-ist-in/7911348.html) (12.3.2013) oder [www.rtl.de/cms/ratgeber/facebook-hype-vorbei-bei-jugendlichen-ist-das-netzwerk-schon-out-361df-6e0f-15-1756669.html](http://www.rtl.de/cms/ratgeber/facebook-hype-vorbei-bei-jugendlichen-ist-das-netzwerk-schon-out-361df-6e0f-15-1756669.html) (6.1.2014).
- 42) Dazu eingehend *Körber*, NZKart 2014, 378, 380 ff.
- 43) Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.7.2003, Kart 35/02 (V), [WuW/E DE-R 1159, 1161](#) - *BASF/NEPG* (zu [§ 19 Abs. 3 S. 1 GWB](#) a. F.).
- 44) Vgl. *Bechtold*, *GWB*, 7. Aufl. 2013, § 18 Rdn. 69.
- 45) Vgl. etwa [www.techtimes.com/articles/14020/20140826/whatsapp-now-has-600-active-users-according-to-founder.htm](http://www.techtimes.com/articles/14020/20140826/whatsapp-now-has-600-active-users-according-to-founder.htm).
- 46) Vgl. [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/eu-ueberprueft-whatsapp-uebernahme-13043228.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/eu-ueberprueft-whatsapp-uebernahme-13043228.html). Die Fusionskontrollregelungen des Vereinigten Königreichs und Spaniens stellen auch auf Marktanteile als Aufgreifkriterien ab. In Zypern kann der zuständige Minister die Kontrolle jedes Zusammenschlusses anordnen. Zu den nationalen Regelungen siehe *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl. 2012, Einl FKVO Rdn. 133 ff. sowie [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu) (unter Nr. 11).
- 47) *Zimmer*, [WuW 2014, 923](#).
- 48) Monopolkommission (Fn. 24), S. 69 Tz. 52 ff.
- 49) Vgl. bereits *Körber*, [WuW 2007, 1209, 1213](#); s. auch *Dreher*, *ZWeR* 2009, 149, 169 ff.
- 50) Dazu schon kritisch *Körber* *RIW* 2004, 568.
- 51) *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM Corp.*, 448 F. Supp. 228, 233 (N.D. Cal. 1978).
- 52) Vgl. Memorandum Opinion zu *State of New York v. Microsoft, Corp.*, Civil Action No. 98-1232 (CKK), S. 127 ff. (1.11.2002) sowie *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89 ff. (D.C. Cir. 2001); dazu auch *Körber*, *RIW* 2004, 568, 569 und 575.
- 53) Komm., *Entsch. v. 16.12.2009* (Fn. 36), Tz. 60 - *Microsoft*.
- 54) Komm., *Entsch. v. 6.3.2013*, AT.39530 - *Microsoft*.
- 55) Dazu Kommission, *Prioritätenmitteilung*, Tz. 63 ff.
- 56) Der Internet-Kartenanbieter Euro-Cities versuchte erfolglos, BKartA und EU-Kommission zu einem Vorgehen gegen Google Maps zu motivieren, weil er aufgrund des kostenfreien Angebots von Google Umsatz einbüßte. Beide Behörden sahen in dieser Entwicklung aber zu Recht einen Ausdruck von Wettbewerb und nicht etwa einer Wettbewerbsbeschränkung, zu diesem Fall *Körber*, *WRP* 2012, 761, 767.
- 57) Dazu *Körber*, *NZKart* 2014, 378, 382 f.
- 58) Vgl. nur *Baron*, in: *FK*, 81. Lfrg. 2014, § 29 Rdn. 24 ff.; *Mohr*, in: *BerlKomm Energierecht*, 3. Aufl. 2014, § 29 Rdn. 54 ff.; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 5. Aufl. 2014, § 29 Rdn. 17 ff.
- 59) Dazu näher *Körber*, *WRP* 2012, 761, 767 ff.; *ders.*, *GRUR Newsletter* (Fn. 1), S. 6, 7.
- 60) Komm., *Entsch. v. 24.3.2004* (Fn. 15), Tz. 1011 ff. - *Microsoft*; dazu kritisch *Körber*, *RIW* 2004, 568 ff.
- 61) Vgl. Komm. (Fn. 6) - *Foundem and others*.
- 62) Vgl. etwa [www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/google-heiko-maas-fordert-offenlegung-von-algorithmus-a-991799.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/google-heiko-maas-fordert-offenlegung-von-algorithmus-a-991799.html).
- 63) In diese Richtung tendiert zu Recht auch die Monopolkommission (Fn. 24), S. 71 Tz. 61 ff.
- 64) Bezeichnend dafür ist z. B. die Aussage des Staatssekretärs im Bundesjustiz- und Verbraucherschutzministerium *Billen*, der zur Google-Suchliste äußerte, die Bundesregierung habe "nicht die Absicht, dass dort keine deutschen Betreiber mehr vertreten sind", s. [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/google-co-die-politik-will-suchmaschinen-zu-neutralitaet-zwingen-13146706.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/google-co-die-politik-will-suchmaschinen-zu-neutralitaet-zwingen-13146706.html).