

A. Charakteristika digitaler Märkte

1. Digitale Märkte

- radikaler Anstieg der Zahl möglicher Transaktionspartner und -gelegenheiten und dadurch gleichzeitig der Breite an Informationen und Angeboten (Nutzer können jederzeit und mit Jedem Transaktionen schließen → enormes Wachstum der Auswahlmöglichkeiten und der Transaktionsgelegenheiten)
 - o ≠ offline Märkte: Zahl der Transaktionspartner durch räumliche und zeitliche Grenzen natürlich beschränkt (bspw. räumlich: Wohnort oder Arbeitsplatz; zeitlich: Ladenschlusszeiten)
- hohe Dynamik: Möglichkeit, schnell ein breites Publikum zu erreichen und einfacher neue Produkte auf den Markt zu bringen
- grundsätzlich niedrigere Markteintrittsschranken für Unternehmen: insb. aufgrund Senkung ökonomischer Kosten von Unternehmen für Gestaltung und Präsentation des eigenen Angebots, Kosten für Informationsbeschaffung über eigene Abnehmer
- da, wo es höhere Marktzutrittsschranken gibt (durch höhere Vorab- und Fixkosten): extreme Größenvorteile (engl. Economies of scale) (Bsp.: fixe Kosten der Entwicklung einer Software, Kosten der Zurverfügungstellung dieser Software für Entwickler und Nutzer relativ gering; bei Internetplattformen verursachen weitere Nutzer einer Seite grundsätzlich keine zusätzlichen Kosten)
- Ausweitung der Informationsmöglichkeiten und dadurch Senkung der Informationskosten → Preise und Preisunterschiede werden verringert → Preissignale reichen für den Nutzer nicht aus, um eine Entscheidung zu treffen
 - o ≠ Offline Märkte: Informationszugriff beschränkt → für Informationsbeschaffung fallen zusätzliche Kosten an. (Sog. Informationskosten = alle Kosten, die ein Marktteilnehmer aufbringen muss, um die für eine Entscheidung relevanten Informationen beschaffen zu können)
- „Zuviel“ an Informationen und Optionen auf Nutzerseite: aufgrund der Fülle an Information für Nutzer nicht möglich, diese vollständig auszuwerten

2. Informationsintermediäre

= Plattformen, die für den Nutzer das Sammeln, Ordnen und Ranking von Informationen vornehmen, insb. Suchmaschinen, große Handelsplattformen, Preisvergleichsplattformen und Buchungsportale

- erleichtern Internetnutzern die Auswertung der Informationen
- (P 1) könne sich in Wertschöpfungs- und Vertriebsketten verschiedener Branchen einfügen und erlangen dadurch zentrale Stellung beim Absatz von Diensten und Produkten: stellen bspw. Informationen über Zuverlässigkeit von Transaktionspartnern oder Qualität des Angebots zur Verfügung → selektieren und priorisieren so bereits aufgrund von Nutzerdaten
- (P 2) Informationsasymmetrie zwischen Internetnutzer und Informationsintermediären → Gefahr der Verfälschung von Informationen im eigenen wirtschaftlichen Interesse (Bsp.: Hotel-Buchungsportal, dass Hotels, die eine höhere Provision zahlen, bevorzugt platziert)

3. Gatekeeper-Stellung

- auf der einen Seite haben diese Informationsintermediäre oder auch Plattformen: zentrale und effiziente Marktplätze
- auf der anderen Seite: Leistungsanbieter verspüren Abhängigkeit vom Zugang zu und der Sichtbarkeit auf Plattformen -> immer mehr Plattformen halten „Gatekeeper“-Stellung inne (entscheiden, wer Zugang erhält)
 - o diese haben die Macht, Regeln auf Plattformen zu bestimmen
 - o Diskriminierungspotenzial
 - o Leistungsanbieter sind immer mehr auf Vermittlungsleistungen angewiesen (vor allem je weniger Nutzer verschiedene Informationskanäle parallel nutzen, desto wichtiger ist es, dass die eigene Leistung auf der entsprechenden Plattform zugänglich ist)

4. Mehrseitige Plattformen und Netzwerkeffekte

- Offline Welt: traditioneller Austauschmarkt -> Ware oder Dienstleistung gegen Geld
- digitale Märkte sind oft von mehrseitigen Plattformen geprägt = Intermediär, der verschiedene Nutzergruppen zusammenbringt, sodass diese wirtschaftlich oder sozial interagieren können
 - o Analoge Märkte: im Bereich des Mobilfunks, Kreditkartensysteme (Händler und Karteninhaber) – eher die Ausnahme
 - o Digitale Märkte: Handels- und Vermittlungsplattformen wie eBay oder Amazon Marketplace, soziale Netzwerke, Suchmaschinen – eher die Regel
- direkte und indirekte Netzwerkeffekte bestimmen die Wettbewerbsintensität auf mehrseitigen Märkten
 - o direkte Netzwerkeffekte = liegen vor, wenn der Nutzen eines Kunden aus der Bereitstellung eines Dienstes direkt mit der Anzahl der Kunden des Dienstes steigt; Dienste sind attraktiver, je größer die Anzahl der Nutzer ist, d.h. je mehr Nutzer bereits einen Zugang zu diesem Dienst haben
 - Digitale Märkte: vor allem für soziale Netzwerke oder Kommunikationsplattformen wie Facebook, Skype oder WhatsApp von erheblicher Bedeutung
 - Analoge Märkte: klassische Telefonie (Festnetztelefonie)
 - o Indirekte Netzwerkeffekte = wenn eine steigende Anzahl Nutzer einer Marktseite die Nutzung der Plattform für eine andere Marktseite attraktiver macht
 - Digitale Märkte: eBay, Amazon
- für neu gegründete Plattformen ist oft das sog. „Henne und Ei“-Problem zu überwinden
- deshalb greifen diese oft zu aggressiven Wachstumsstrategien („Scaling“)
- insb. Finanzierungsmöglichkeiten: eine Seite trägt oft keine Kosten („free services“), diese werden durch Seite der Werbetreibenden getragen (primäre oder sogar ausschließliche Finanzierung über Werbung), z.B. E-Mail-Dienste, Suchdienste, Kommunikationsdienste
- andere Bezahlmodelle: Mischfinanzierungen aus Werbeerlösen und Nutzerentgelten (z.B. Lieferando, Dating-Plattformen) oder „Freemium“-Geschäftsmodelle (Basisprodukt wird unentgeltlich angeboten, während das Vollprodukt und Erweiterungen kostenpflichtig sind)

5. Erhebung und Verwertung von Daten

- Tagtäglich werden 1,8 Zettabyte Daten erzeugt
 - o 1,8 Zettabyte = 1,8 Billionen Gigabyte
 - o 57,5 Milliarden iPads mit 32 Gigabyte Speicher, aneinandergelagert würden die iPads eine Fläche so groß wie München und Berlin zusammen ergeben
- Daten werden schon oft als neue Währung des digitalen Zeitalters/Internets angesehen
- Neutralere Betrachtung: sie sind wichtiger Inputfaktor für Erbringung vieler Onlinedienste, können immer wieder verwendet werden, ohne abzunutzen, können von mehreren Unternehmen gleichzeitig verwendet werden -> eher „Sonnenlicht“ als „Öl“
- aber oft im exklusiven Besitz einzelner Unternehmen und deren Besitz sowie Auswertung somit ggf. entscheidender Wettbewerbsvorteil -> Sören
- Umfangreiche Erhebung, Speicherung und Verknüpfung von Daten („Big Data“), oft wird auf sogenannten 3V – Volume, Variety und Velocity – verwiesen: algorithmische Analyse besonders großer Datenmengen (Volume) aus unterschiedlichen Quellen und Formaten (Variety) in möglichst hoher Geschwindigkeit (Velocity)
- Klassische Datenanalyse: mittels möglichst standardisierter und präziser Daten konkrete Fragestellungen beantworten
- Jetzt: unterschiedliche, nicht standardisierte Daten werden mittels Vorhersagemodellen und Algorithmen analysiert, bspw. werden Text, Audio- oder Videodaten miteinander kombiniert, um mögliche Muster, Trends oder Verhaltensweisen zu untersuchen und zu erkennen
- Vorteile: Optimierung von Geschäftsprozessen, Steigerung der Profitabilität durch die Senkung von Kosten, erhöhte Kundenorientierung (sog. „Matching“), Entdeckung möglicher Trends bzw. Marktpotenziale, Forschungszwecke, Wohlfahrtssteigerung
 - o Beispiel Logistik: Analyse der Lagerumschlagshäufigkeit (Wie häufig wird ein Lagermaterial verbraucht und durch Neueinlagerungen ersetzt? Niedrig = Lagerdauer zu lang, hoch = zu geringer Bestand verfügbar), der durchschnittlichen Lagerdauer und der Lagerreichweite; Optimierung von Lagerbeständen und Reduzierung von Betriebskosten
 - o Beispiel Marketing: Kunden können aufbauend auf Verhaltensmuster (Warengruppen, Kaufhäufigkeit, Preise und Kaufsummen) durch individuelle Angebote angesprochen werden
 - o Beispiel Versicherung: Krankenversicherungstarife, deren Beiträge von der elektronischen Kontrolle von Fitness- und Ernährungsdaten abhängen (Gutscheine und Prämiennachlässe für gesündere Lebensweise, Tarif „Vitality“ der Generali-Versicherung)
- Nachteile: Umgang mit personenbezogenen Daten, „gläserner Nutzer“, Gefahr von Fehlschlüssen durch fehlerhafte Zuordnung gewisser Eigenschaften oder Verhaltensweisen zu einer bestimmten Person
 - o Beispiel Fehlzuzuordnung: ganz reale Auswirkung: Verweigerung eines Kredits (bei fehlerhaften SCHUFA Einträgen)

6. Multi-Homing

= Möglichkeit, mehrere Dienste parallel zu nutzen.

- bietet sich an, wenn auf einem Markt sich unterscheidende Dienste und Produkte zur Verfügung stehen und die Nutzung mehrerer Dienste keine nennenswerte Investition erfordert
- damit sich eine neue Plattform etablieren kann, muss sie Nutzer anziehen → damit Nutzer umsteigen, müssen sie die Möglichkeit haben, Multi-Homing zu betreiben, damit sie angeregt werden, die neue Plattform auszuprobieren
 - o dies gilt insbesondere auf Plattformen bei denen Single-Homing betrieben wird, d.h. es wird nur eine Plattform genutzt, sei es, weil die Leistungen gleich/ähnlich sind oder die Nutzung mehrerer Plattformen zeitaufwendig/teuer ist → Nutzer müssen wechseln wollen und können
- Multi-Homing auf digitalen Märkten grundsätzlich einfacher als auf offline Märkten mit Netzwerkeffekten → dort oft kostspielig, findet daher selten statt
 - o Bsp. offline Märkte: Telekommunikationsmarkt → die meisten Nutzer haben nur einen Telekommunikationsanschluss, da die Kosten für parallele Anschlüsse zu hoch wären.
 - o Bsp. digitale Märkte: auf Handelsplattform können sowohl Verkäufer als auch Käufer Multi-Homing betreiben → Unternehmer verkauft Produkt auf mehreren im Wettbewerb stehenden Plattformen gleichzeitig; Verbraucher hat mehrere Apps für ähnliche Dienste auf dem Smartphone.

7. Tipping

= ein Markt mit mehreren Anbietern „kippt“ zu einem mit nur einem oder wenigen Anbietern → Umkippen des Marktes ins Monopol

- begünstigt durch positive Netzwerkeffekte, wenn Nutzen mehrerer Plattformen für den Nutzer schwierig ist: aufgrund der Netzwerkeffekte und der steigenden Nutzerzahlen erhöht sich auch der Nutzen der Plattform, was wiederum dazu führt, dass mehr Nutzer angezogen werden
- Entgegensteuernd kann Multi-Homing wirken: dadurch, dass Nutzer gleichzeitig verschiedene Plattformen nutzen, kann Tipping auf nur einer Plattform verhindert werden, die verschiedenen Plattformen stünden dann vielmehr in Wettbewerb zueinander

8. Leveraging

= ein Unternehmen mit einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung, weitet diese auch auf Nachbarmärkte aus

- offensiv → zur Erzielung größerer Gewinne, oder defensiv → um den Markteintritt anderer zu verhindern
- (P 1) marktstarke Unternehmen integrieren sich vertikal → dadurch Gefahr der Entstehung übergreifende Systeme, die durch einen Konzern kontrolliert werden in denen der Nutzer „locked-in“, also zu einem gewissen Grad gefangen ist
 - o Wettbewerb dann nicht mehr zwischen einzelnen Diensten, sondern nur noch in Bezug auf die vorgelagerte Entscheidung für ein bestimmtes System

- (P 2) Informationsintermediäre nutzen ihre Stellung als Informationsmittler und die Informationsasymmetrie im Vergleich zum Nutzer aus
 - o Bsp.: Selbstbevorzugung als Fall des Leveraging; Nutzung von auf „Kernmarkt“ generierten Nutzerdaten für Wettbewerbsvorteil auf Drittmärkten

B. Wettbewerbsrechtliche Auswirkungen

1. Marktabgrenzung und Marktmacht

Mehrseitige Märkte

- Anders als bei Offline Märkten, agieren digitale Märkte oft auf mehrseitigen Märkten
 - o wichtig, um zu verstehen, wie digitale Märkte funktionieren
 - o wichtig für die kartellrechtliche Bewertung von Geschäftshandlungen
 - o In einem mehrseitigen Markt ist oft eine Dreiecksbeziehung wiederzufinden
 - o Produkt (die „Plattform“)
 - o Zwei oder mehrere Nutzergruppen („Marktseiten“)
 - o Dabei bedient das Produkt die Nutzergruppen mit unterschiedlichen Bedürfnissen
- Wettbewerbsbehörden grenzen üblicherweise eigenständige Teilmärkte für jeweiligen Marktseiten ab
 - o sog. marktseitenspezifische Marktabgrenzung
 - o Auf jedem dieser Teilmärkte kann Marktbeherrschung bestehen bzw. Missbrauch einzeln stattfinden
 - o Ein einheitlicher Markt für die Vermittlung (von Diensten oder Produkten) kann zu Konflikten führen
 - o Verhaltensweise könnte sich z.B. auf einer Seite positiv und auf der anderen negativ auswirken
 - In der Gesamtschau dann als neutral zu bewerten?
- Eine einheitliche Marktabgrenzung ist jedoch möglich, wenn ein einheitlicher Bedarf nach einer Vermittlung besteht

Feststellung von Marktmacht

Wie ist Marktmacht bei Plattformmärkten zu ermitteln?

- SSNIP-Test?
 - P: Preissetzung beeinflusst Attraktivität mehrerer Marktseiten
- indirekte Netzwerkeffekte
- P: viele Plattformen verlangen von einer Nutzerseite kein monetäres Entgelt
 - Preiserhöhung von 5-10% von Null ist immer noch Null
 - Die Ermittlung eines Marktanteils setzt Bezugsgrößen voraus
 - Beispiel facebook: schwer zu ermitteln
 - Zeit, Aufmerksamkeit, übermittelte Daten, Nutzeranteile?

SSNDQ Test? („Decrease in Quality“)

- Keine hypothetische Preissteigerung, sondern Qualitätsabsenkung
- P: 10% tieferer Eingriff in die Privatsphäre, 20% mehr Datenabfrage?

- P: Erweiterung des Datenzugriffs muss für die Nutzerseite nicht die gleiche Bedeutung haben wie der Preis
- Datenzugriff bereits intransparent, Verschlechterung schwer zu erkennen
- § 18 Abs. 3a GWB: weitere Kriterien zur Bewertung der Marktstellung von Plattformunternehmen

2. Plattformunternehmen und der Wettbewerb

Plattformen als Regulatoren

- Plattformen bestimmen die Art und Weise, in der der Wettbewerb stattfindet
- Setzen Regeln für Plattform fest, entscheiden sich für ein Marktdesign

→ Bestimmen so die Spielregeln für den Wettbewerb

Beispiele:

- **Plattfordmdesign:** Rankings, Suchfilter
- **Geschäftsabwicklungen:** Zahlungssysteme, Streitbeilegungsregelungen
- **Verbot** des Verkaufs von gewissen (z.B. gefälschten) Produkten
- **Zwischen den Nutzern:** Grenzen der erlaubten Rede, Arten von Auktionsmechanismen, Vorgaben von Vertragsdimensionen, Kontrolle von Preisen

P: viele Plattformunternehmen haben eine **Doppelrolle** inne

- Stellen zum einem die Plattform zur Verfügung
- Agieren auch als Marktteilnehmer auf der eigenen Plattform

→ Sind also zugleich **Wettbewerber der eigenen Nutzer**

- o Birgt Gefahren für mögliche **Selbstbegünstigungen!**
 - Andreas Mundt (Präsident des BKartA): „Viele Händler und Hersteller sind beim Online-Vertrieb auf die Reichweite des Amazon Marktplatzes angewiesen. Amazon fungiert so als eine Art „gatekeeper“ gegenüber den Kunden. Die Doppelrolle als größter Händler und größter Marktplatz birgt das Potential für Behinderungen von anderen Händlern auf der Plattform.“

3. Wettbewerbsrechtliche Bedeutung von Datenaustausch

- Stellen zum einem die Plattform zur Verfügung
- Datenportabilität: Datenübertragbarkeit von **personenbezogenen Daten** zum Nutzer oder Dritten.
- Ein Recht auf Datenübertragbarkeit für Nutzer besteht in § 20 Abs. 1 DSGVO. Grund: Erleichterung des Wechsels zu Konkurrenten und einhergehend Stärkung des Wettbewerbs.
- Datenaustausch (auch Data Sharing genannt): Das Weiterleiten von Daten zwischen Organisationen und Unternehmen in zweckspezifisch standardisierter Form.
- Datenaustausch wird grundsätzlich als wettbewerbsfördernd angesehen:
 - o Marktbeherrschende Stellung von Unternehmen wird gefährdet, wenn Konkurrenten gleiche Daten besitzen
 - o Vermeidung von „Daten-Bottlenecks“
 - o treibt Innovation an
- Datenaustausch kann aber auch wettbewerbsrechtlich kritisch gesehen werden, speziell wenn wettbewerbsrechtlich sensible Daten geteilt werden sowie wenn eine Abhängigkeit von fremden Daten entsteht (Verstoß gegen das Selbstständigkeitspostulat).

- Problem: Könnte es einen Zugangsanspruch zu Daten eines marktbeherrschenden Unternehmens geben? Ein solcher Datenzugangsanspruch erscheint möglich in bestimmten Fällen:
 - Komplexe Ökosysteme in denen mehrere Stakeholder an der Generierung von Daten beteiligt sind
 - Anspruch auf Daten, die ein Unternehmen exklusiv kontrolliert, um selbst Leistungen anbieten zu können
 - Unternehmen benötigen Zugang zu besonders großen Datenmengen
- Anspruchsgrundlage für Datenzugangsansprüche könnte sich aus der EFD (Essential-Facilities-Doktrin) gem. Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB ergeben (Anwendung der EFD ist jedoch an hohe Anforderungen geknüpft) oder bei „Lock-in“-Konstellationen aus § 20 Abs. 1 GWB.

4. Fusionskontrolle in digitalen Märkten

- Akquisitionen in Digitalen Märkten sind davon gekennzeichnet, dass die übernommenen Unternehmen meist Start-Ups sind. Dies hat einige Besonderheiten zur Folge:
- Geringer Umsatz trotz hoher Nutzerzahlen führt dazu, dass Grenzwerte, ab denen eine Fusionskontrolle stattfinden soll, oft nicht überschritten werden.
 - Um dem entgegenzuwirken führen einige Rechtsordnungen einen Kaufpreis Grenzwert ein.
- Durch frühzeitige Übernahme auf einem neuen Markt sichert sich das Unternehmen schnell eine marktbeherrschende Position
- Auch wenn bei Akquisition keine horizontale Überschneidung der Märkte vorliegt, kann diese im Verlauf der Zeit eintreten.
- Unternehmen profitiert durch Netzwerkeffekte auch auf seinem Hauptmarkt und kann dort seine beherrschende Stellung weiter ausbauen.

C. Umsetzung in Art. 18 Abs. 3a GWB

1. Wie soll Absatz 3a angewendet werden?

- § 18 GWB wird weiterhin auch in digitalen Märkten angewendet werden
- Zusätzliche Bewertung nach Absatz 3a als sog. „*Plusfaktor*“
- Anwendung auch in Bezug auf relative Marktmacht (§ 20 GWB) denkbar
- **Take-Home-Message:** Marktmachtanalyse ist weiterhin eine ***Gesamtbetrachtung aller Umstände ist.***

2. Der Katalog des § 18 IIIa GWB

Katalog	Nr.1: <u>(in)direkte Netzwerkeffekte</u>	Nr.2: <u>Multihoming</u>	Nr.3: <u>etwaige Größenvorteile des Unternehmens im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten</u>	Nr.4: <u>Wettbewerbl ich relevanter Datenvorspru ng</u>	Nr.5: <u>Innovationsgetrieb ener Wettbewerbsdruck</u>
Normgrund	durch die Netzwerkeffekte (NE) können sich Plattformen und Netzwerke soweit vergrößern, dass sie Mitbewerber verdrängen und den Markt „tippen“	Vorliegen von Multihoming kann den Selbstverstärkungsprozess von Netzwerkeffekten abschwächen und die Gefahr eines Tippings reduzieren	Größenvorteile können den beschriebenen Selbstverstärkungsprozess von NE noch weiter verstärken und das Risiko eines Tippings des Marktes erhöhen.	Wichtigkeit von Daten in der Wirtschaftswelt	ein immanenter Wettbewerbs- und Innovationsdruck auf digitalen Märkten
Anwendung/Probleme	schwierige Vorhersage, wann und aus welchen Gründen ein Tipping einer Plattform stattfindet, da keine etablierten Messmethoden existieren (Daumenregel: hohe Tippinggefahr bei erheblichen Größenvorsprüngen; wechselseitige indirekte NE>einseitige indirekte NE)		Bei der Beurteilung der Größenvorteile und der Prognose, ob der Vorsprung einer Plattform aufgeholt werden kann, müssen vorliegende Größenvorteile gerade im Zusammenhang mit der Existenz und der Wirkung etwaiger NE abgeglichen werden.	1. Inwieweit hat ein Unternehmen einen besonderen Zugang zu Daten und kann es diese verarbeiten und nutzen? 2. Verfügen seine Wettbewerber nicht über den gleichen Zugang? 3. Kann sich ein Wettbewerber sich deswegen nicht dem Wettbewerbsdruck entziehen?	weniger rechtliche, eher ökonomische Diskussion über potentielle Innovationsfähigkeit eines komplexen, neuen Marktes

3. Reicht § 18 IIIa GWB aus?

Jein:

(+) Marktanalyse wurde auf den neusten Stand gebracht (Kodifizierung alter Rechtsprechung)

(-) Marktanalyse muss sich trotzdem ständig weiterentwickeln

(-) ermöglicht zwar das Erkennen von Konzentrationstendenzen, Ex Post-Missbrauchskontrolle kann aber erst dann zu schützen,

1. wenn ein Unternehmen bereits eine marktbeherrschende Stellung hat und
2. nachdem ein missbräuchliches Verhalten vorgenommen und dessen negative Wirkungen auf den Wettbewerb festgestellt und
3. anschließend konsequent untersagt worden sind.

Problem: Zwischen Begehung und Untersagung können Jahre liegen. Zu diesem Zeitpunkt kann das Verhalten aber bereits ein irreparables Tipping bewirkt haben, so dass Markteintritte neuer Wettbewerber nur noch schwer möglich sind.