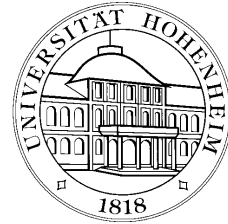


**Deutscher Bundestag**  
**18. Wahlperiode**  
**Ausschuss für Wirtschaft und Energie**

**Ausschussdrucksache 18(9)1095**  
**19. Januar 2017**

**UNIVERSITÄT HOHENHEIM**  
**INSTITUT FÜR VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE**  
Lehrstuhl für Mikroökonomik, insbesondere Industrieökonomik  
Professor Dr. Ulrich Schwalbe



Postanschrift: Universität Hohenheim (520), D-70 593 Stuttgart

An den  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie  
des deutschen Bundestages

D-70 593 Stuttgart (Hohenheim)  
Fruwirthstraße/Schloß 1  
Tel:++49/ (0)711/ 459-22991/92  
Fax:++49/ (0)711/ 459-22993  
ulrich.schwalbe@uni-hohenheim.de

## **Stellungnahme zur Anhörung zu den Themen Digitalisierung, Presse- und Medienkooperationen in der 9. GWB-Novelle**

Ulrich Schwalbe, Universität Hohenheim

Für die Einladung zur Teilnahme an der Anhörung zur 9. GWB Novelle als Sachverständiger für die Themen „Digitalisierung, Medien und Pressekooperationen“ danke ich. In meiner Stellungnahme beschränke ich mich auf Ausführungen zu den genannten Themen.

Aufgrund der zunehmenden Digitalisierung vieler Lebensbereiche und wachsenden Bedeutung von Unternehmen, deren Geschäftsmodelle auf der Digitalisierung basieren, ist es aus ökonomischer Sicht sinnvoll, das Wettbewerbsrecht an diese Entwicklungen anzupassen. Der vorliegende Referentenentwurf der Neufassung des GWB (9. Novelle) enthält eine Reihe von Änderungen und Ergänzungen, die einige der unmittelbaren und mittelbaren Folgen der Digitalisierung betreffen und zu denen ich im Folgenden Stellung nehmen möchte.

### **1. Einleitung - Effektives Wettbewerbsrecht für die digitale Wirtschaft**

Ein wesentlicher Aspekt der digitalen Ökonomie ist darin zu sehen, dass es sich bei vielen der in diesem Bereich tätigen Unternehmen um so genannte zwei- oder mehrseitige Plattformen (bzw. Märkte oder Marktplätze) handelt. Diese Plattformen ermöglichen Transaktionen zwischen Akteuren unterschiedlicher Gruppen, die ohne diese Plattformen nicht zustande kommen würden. Dabei bestehen zwischen den Akteuren bzw. den Gruppen direkte und indirekte Netzwerkeffekte. Direkte Netzwerkeffekte liegen dann vor, wenn der Nutzen eines Produktes oder einer Dienstleistung für den Nutzer zunimmt, wenn die Zahl der Nutzer dieses Produktes oder dieser Dienstleistung steigt, wie das z.B. bei sozialen Netzwerken der Fall ist. Indirekte Netzwerkeffekte bestehen dann, wenn es zwei oder mehrere Gruppen von Akteuren gibt und der Nutzen für die Mitglieder der einen Gruppe mit der Zahl der Nutzer in der anderen Gruppe steigt, wie z.B. im Falle einer Auktionsplattform oder bei Suchmaschinen. Aufgrund dieser Feedback-Effekte ist in solchen Märkten häufig eine hohe Konzentration zu beobachten, denn

es besteht eine Tendenz, dass die Produkte bzw. Dienstleistungen nur von einem großen Unternehmen angeboten werden, da dann die Netzwerkeffekte am größten sind.

Es ist daher damit zu rechnen, dass bei Vorliegen von Netzwerkeffekten ein Unternehmen eine marktbeherrschende Position erreicht. Das ist per se nicht problematisch und kann sich sogar als effizient erweisen, wenn z.B. durch eine große Plattform alle denkbaren Netzwerkeffekte im Markt internalisiert werden. Allerdings unterliegen marktbeherrschende Unternehmen oder solche mit einer gegenüber ihren Wettbewerbern überragenden Marktstellung besonderen Regeln, d.h., sie dürfen ihre marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich einsetzen. Bestimmte Verhaltensweisen und Geschäftspraktiken sind solchen Unternehmen untersagt.

Geschäftsmodelle von Unternehmen in digitalen Märkten basieren häufig darauf, dass große Mengen an Daten (Big Data) gesammelt, analysiert und ausgewertet werden, eine notwendige Voraussetzung, um dem Nutzer die entsprechenden Leistungen, wie z.B. relevante Suchergebnisse oder passende Produktvorschläge, anbieten zu können. In diesem Kontext stellt sich z.B. die Frage, ob aufgrund eines exklusiven Zugangs zu Daten marktbeherrschende Unternehmen zusätzliche/neuartige Möglichkeiten erhalten, sich gegenüber ihren Kunden, aber auch gegenüber aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern, missbräuchlich zu verhalten. Dies könnte z.B. ein strategischer Lock-in sein, d.h. eine Behinderung des Kundenwechsels durch mangelnde Datenportabilität oder eine strategische Zurückhaltung von Werbefläche, um die Preise zu erhöhen. Aber auch eine Übertragung von Marktmacht durch die bevorzugte Präsentation eigener Angebote könnte durch einen exklusiven Zugang zu Daten ermöglicht werden. Es gibt daher bei Unternehmen in der digitalen Wirtschaft eine Reihe von Besonderheiten, die ein wirksames Kartellrecht berücksichtigen muss. Diese Besonderheiten, wie sie zumeist, aber nicht ausschließlich, auf digitalen Märkten vorliegen, betreffen vor allem die Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes, eine effektive Missbrauchsaufsicht sowie eine wirksame Fusionskontrolle.

## **2. Märkte für unentgeltliche Leistungen**

Eine Reihe von Geschäftsmodellen zwei- oder mehrseitiger Plattformen basiert darauf, dass nur eine Nutzergruppe einen positiven Preis zahlt, z.B. die auf der Plattform werbenden Unternehmen, und durch diese Zahlungen kostenlose Leistungen für die andere Nutzergruppe, wie z.B. die Beantwortung von Suchanfragen oder die Möglichkeit sozialer Interaktion, finanziert.

Es wäre in aller Regel falsch, bei Geschäftsmodellen, bei denen nur eine Nutzergruppe einen positiven Preis bezahlt, die andere Nutzergruppe, die eine Leistung unentgeltlich erhält, von einer kartellrechtlichen Betrachtung auszuschließen, indem bei einem Preis von Null unterstellt wird, es bestünde kein Markt. Die Leistung wird ja nur deswegen unentgeltlich angeboten, um dadurch Nutzer zu gewinnen, die es ermöglichen, von den Mitgliedern der Nutzergruppe auf der anderen Marktseite einen positiven Preis zu verlangen und dadurch Gewinne zu erzielen. Würde man davon ausgehen, dass unentgeltliche Leistungen prinzipiell keinen Markt bilden, dann wären diese Leistungen dem Kartellrecht quasi entzogen - trotz der Tatsache, dass sie den Wettbewerb und die Wohlfahrt negativ beeinflussen können.

Es ist daher aus ökonomischer Sicht sinnvoll, wenn auch nicht zwingend notwendig, hier eine entsprechende Klarstellung in das Gesetz aufzunehmen. Eine artifizielle Trennung der beiden Seiten, in der eine Seite kein monetäres Entgelt entrichtet, geht an den ökonomischen Realitäten vorbei - dies explizit zu machen, ist hilfreich. Zwar hat die Entscheidungspraxis sowohl des BKartA als auch der Europäischen Kommission in mehreren Fällen dies bereits entsprechend

berücksichtigt, aber in der Rechtsprechung könnte diese Klarstellung dazu beitragen, dass die ökonomisch problematische Aussage „kein Preis, kein Markt“ künftig nicht mehr getroffen wird und dadurch fehlerhafte Analysen vermieden werden. Durch diese Klarstellung wird die Möglichkeit geschaffen, auch diese Marktseite hinsichtlich missbräuchlichen Verhaltens zu untersuchen. Die Aufnahme dieser Klarstellung in das GWB ist daher prinzipiell zu begrüßen.

Möglicherweise ist die Formulierung „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird“ jedoch insofern problematisch, weil sie insinuiert, dass diese eine Seite eines an sich größeren Marktes bereits einen eigenständigen relevanten Markt darstellen würde. Bei Suchmaschinen z.B. kann jedoch die Marktseite der Internetsuche, die unentgeltlich angeboten wird, nicht unabhängig von der anderen Marktseite, den Werbung treibenden Unternehmen, betrachtet werden, denn zwischen beiden bestehen Wechselwirkungen, die bei einer Marktanalyse zu berücksichtigen sind. Aufgrund dieser Wechselwirkungen sollten beide Marktseiten nicht isoliert von einander betrachtet, sondern gemeinsam analysiert werden. Ohne die jeweils andere Marktseite wäre eine solche Plattform wirtschaftlich nicht funktionsfähig. Die vorgeschlagene Formulierung könnte daher zu einem Fehlschluss verleiten, z.B. bei der Suche im Internet handele es sich um einen eigenständigen Markt, der unabhängig von der anderen Marktseite untersucht werden könnte. Eine alternative Formulierung wäre z.B. „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung auf einer oder mehreren Marktseiten unentgeltlich erbracht wird“.

### **3. Missbrauchsaufsicht bei Unternehmen in der digitalen Wirtschaft**

Aufgrund einer Reihe von Besonderheiten, die Unternehmen in der digitalen Wirtschaft gegenüber traditionellen Unternehmen aufweisen, ist es sinnvoll, entsprechende Kriterien in das Wettbewerbsrecht einzuführen, die es erlauben, die spezifischen Besonderheiten, die bei einer Marktbeherrschung in der digitalen Ökonomie zu beachten sind, explizit zu berücksichtigen.

Im Referentenentwurf sind die folgenden Kriterien aufgeführt, die bei einer Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigt werden sollen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Hierbei handelt es sich um Faktoren, die tendenziell eine hohe Konzentration begünstigen (1.,3.,4.) und solche, die eine Konzentration beschränken (2.,5.), wobei Punkt (4.) im Grunde unabhängig von der Größe des Unternehmens und vor allem relevant bezüglich eventueller Marktzutrittsschranken ist.

Positiv hinsichtlich der vorgeschlagenen Ergänzungen ist anzumerken, dass Faktoren wie Netzwerkeffekte, Single- und Multi-homing oder der exklusive Zugang zu Daten, die insbesondere für zwei- und mehrseitige Plattformen von wesentlicher Bedeutung sind, in das Gesetz aufgenommen werden sollen und daher künftig bei der Beurteilung der Marktstellung eines marktbeherrschenden Unternehmens auch von Gerichten bei ihren Entscheidungen explizit zu berücksichtigen sind. Einige dieser Kriterien könnten zwar auch durch die in § 18 Abs. 3 GWB

genannten Kriterien erfasst werden, jedoch scheint eine Klarstellung insbesondere hinsichtlich der spezifischen Bedingungen auf zwei- und mehrseitigen Märkten sinnvoll.

Allerdings ist auch festzustellen, dass einige wesentliche Aspekte nicht aufgenommen wurden oder nur in der Begründung genannt werden, dass die Reihenfolge der Kriterien keiner klaren Systematik folgt und einige Kriterien etwas unglücklich formuliert sind.

So werden Bedingungen nicht genannt, die tendenziell dazu führen, die Konzentration auf einem Markt zu erhöhen, wie z.B. Verbundvorteile. Wenn Daten aus mehreren unabhängigen Quellen genutzt und kombiniert werden können, dann kann dies für ein Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten einen erheblichen Wettbewerbsvorteil bedeuten und unter Umständen eine Marktzutrittschranke bilden. Andere wichtige Aspekte, die tendenziell konzentrationsbeschränkend wirken, werden lediglich in der Begründung genannt, wie z.B. Kapazitätsbeschränkungen der Plattform, die Heterogenität der Nutzer sowie die Differenzierung der Plattformen. Unterscheiden sich die Nutzer z.B. hinsichtlich ihrer Präferenzen, dann können in einem zweiseitigen Markt auch mehrere unterschiedliche Plattformen koexistieren, wie das z.B. bei Partnervermittlungen, Immobilien- oder Auktionsplattformen der Fall ist. Hier ist nicht nur die reine Anzahl der Nutzer von Bedeutung, sondern auch deren Eigenschaften. Die Aspekte „Nutzerheterogenität“ und „Differenzierung von Plattformen“ sollten daher ebenfalls in den Kriterienkatalog aufgenommen werden. Die Formulierung „sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ ist wenig aussagekräftig – einen solchen Zugang haben im Grunde alle Unternehmen, denn Daten sind nichtrivalisierend, d.h., sie können von mehreren Unternehmen genutzt werden, sind häufig nichtausschließbar und in vielen Fällen leicht und kostengünstig zu beschaffen, z.B. bei Datenaggregatoren und -händlern, wie z.B. Acxiom oder Datalogix. Klarer wäre die Aussage „exklusiver Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“, wie sie sich auch in der Begründung findet. Die Formulierung „innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck“ ist sprachlich unglücklich – nicht der Druck ist innovationsgetrieben, sondern der Wettbewerb.

Eine alternative Listung wesentlicher Kriterien zur Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens könnte z.B. wie folgt aussehen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. seine Größen- und Verbundvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
3. sein exklusiver Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
4. Heterogenität der Nutzer, Kapazitätsbeschränkungen und Differenzierungsgrad der Unternehmen,
5. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
6. innovationsgetriebener Wettbewerb.

Allerdings stellt sich, bevor man diese Kriterien überhaupt anwenden kann, das Problem, den relevanten Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen und die Marktanteile der Unternehmen zu ermitteln. Denn nur dann, wenn die Marktanteile eine entsprechende Größenordnung erreichen bzw. überschreiten (40%), ist zu vermuten, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Nach §18 Abs. 3. Nr. 1 ist insbesondere auch der Marktanteil des Unternehmens zu berücksichtigen. Eine Abgrenzung des relevanten Marktes ist daher auch bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erforderlich.

Es stellt sich daher die Frage, auf welche Weise eine solche Marktabgrenzung bei zweiseitigen Plattformen vorgenommen werden sollte, denn in diesem Kontext gibt es eine Reihe von Problemen, die in der Praxis kaum gelöst werden können. Üblicherweise wird bei der Abgrenzung

des relevanten Marktes der hypothetische Monopolistentest (HMT) angewandt. Nach diesem Test umfasst der sachlich und räumlich relevante Markt all die Produkte und Dienstleistungen, für die ein hypothetischer, profitmaximierender Monopolist eine kleine, aber signifikante und nicht nur vorübergehende Preiserhöhung durchführen würde. Wird der relevante Markt in dieser Form abgegrenzt, dann können die entsprechenden Marktanteile einen Indikator für die Marktmacht eines Unternehmens darstellen. Dabei wird Marktmacht von ökonomischer Seite zumeist als die Fähigkeit eines Unternehmens definiert, den Preis eines Produktes dauerhaft über den Preis anzuheben, der bei wirksamem Wettbewerb herrschen würde. Dieser Test wird häufig auch als SSNIP-Test (Small but Significant Non-transitory Increase in Price) bezeichnet. Dabei wird in der Praxis gemeinhin von einer Preiserhöhung von 5%-10% für die Dauer von mindestens einem Jahr ausgegangen.

So ist bei Plattformen auch in Fällen, in denen von den Nutzern auf beiden Marktseiten ein positiver Preis verlangt wird (in der Regel handelt es sich hier um so genannte Märkte mit beobachtbaren Transaktionen, wie z.B. Zeitungen, Zeitschriften oder Kreditkarten-Zahlungssysteme), nicht klar, wie eine solche Preiserhöhung im Einzelnen vorgenommen werden sollte. Ist die Summe der Preise entsprechend zu erhöhen oder sollen beide Preise jeweils um 10% angehoben werden? Soll diese Preiserhöhung ohne oder mit Anpassung des Preisverhältnisses geschehen? Die Literatur ist hier noch zu keinem allgemein akzeptierten Ergebnis gelangt.

Noch problematischer ist eine Marktabgrenzung in Situationen, in denen die Nutzer auf einer Marktseite die Leistungen unentgeltlich, d.h. zu einem Preis von Null, erhalten. Hier ist nicht klar, wie der HMT sinnvoll angewandt werden kann – 5% bis 10% von Null sind ebenfalls Null. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass eine Marktabgrenzung mittels HMT preisbasiert ist – dadurch werden andere Dimensionen des Wettbewerbs, wie z.B. Qualität, Breite des Angebots oder Innovationstätigkeit, unberücksichtigt gelassen. Auch alternative Vorschläge zur Marktabgrenzung in zweiseitigen Märkten mit unentgeltlichen Leistungen sind keine überzeugenden Lösungen. Hierzu gehört der SSNIC-Test (Small but Significant Non-transitory Increase in Cost), bei dem nicht der Preis erhöht wird, sondern andere Kosten für den Nutzer, wie z.B. eine größere Werbefläche oder eine längere Darstellung der Werbung. Alternativ wurde der SSNDQ-Test (Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality) vorgeschlagen, bei dem die Qualität des Angebots reduziert wird. Beide Ansätze werfen in der Anwendung erhebliche Probleme auf, da die relevanten Größen nur schwer quantifiziert werden können. Zudem stellt sich bei allen genannten Tests das Problem der Datenverfügbarkeit, denn die für eine fundierte und sachlich richtige Marktabgrenzung notwendigen Daten sind zumeist nicht vorhanden.

Ein weiteres Problem bei der Marktabgrenzung in Fällen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist die so genannte Cellophane Fallacy. Aufgrund seiner Marktmacht verlangt ein marktbeherrschendes Unternehmen für sein Produkt bereits einen überhöhten Preis. Dadurch kommen für die Abnehmer andere Produkte als Substitute in Frage, die bei einem wettbewerblichen Preis niemals als Alternative in Frage gekommen wären. Dies hat zur Folge, dass der relevante Markt zu weit abgegrenzt und die Marktmacht eines Unternehmens unterschätzt wird. Analoge Probleme könnten auch bei der Abgrenzung zweiseitiger Märkte auftreten.

Selbst wenn man den relevanten Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt hätte, so könnten die Marktanteile auf der unentgeltlichen Seite nicht anhand der Umsatzerlöse ermittelt werden, sondern z.B. anhand der Nutzeranteile. Ob diese jedoch einen Rückschluss auf die

Marktmacht des Unternehmens erlauben, ist nicht klar – hierzu müssen auch die anderen Marktseiten in die Analyse mit einbezogen werden. Insbesondere in Märkten, die durch häufige und zum Teil disruptive Innovationen – auch bezüglich der Geschäftsmodelle wie z.B. bei Airbnb – gekennzeichnet sind, sind Marktanteile kein brauchbarer Indikator für Marktmacht. Unternehmen in der digitalen Ökonomie müssen, um wettbewerbsfähig zu bleiben, beständig neue Technologien, neue Produkte und Dienstleistungen entwickeln. Dies führt dazu, dass sich die Grenzen der Märkte verschieben, neue Märkte entstehen, getrennte Märkte zusammenwachsen und andere obsolet werden.

Aufgrund dieser erheblichen und in der Praxis kaum zu lösenden Probleme bezüglich der Marktabgrenzung stellt sich die Frage, ob gesetzlich die Möglichkeit eröffnet werden sollte, bei Fragen missbräuchlichen Verhaltens auf zwei- und mehrseitigen Märkten, aber auch bei missbräuchlichem Verhalten auf herkömmlichen Märkten, einen wirkungsbasierten Ansatz zu verfolgen. Marktabgrenzung und die Ermittlung von Marktanteilen sind kein Selbstzweck, sondern sollen dazu dienen, Marktmacht zu erfassen, wobei der Marktanteil als Indikator für Marktmacht dienen soll. Wenn jedoch eine solche Marktabgrenzung schwierig oder gar unmöglich ist und auch die Marktanteile keine oder nur geringe Aussagekraft haben, wäre zu erwägen, die Möglichkeit zu eröffnen, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch einen wirkungsbasierten Ansatz zu erfassen. Der Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens durch die Wettbewerbsbehörde würde durch den Nachweis eines konkreten Schadens und anhand einer konkreten Schadenstheorie (Theory of harm) erfolgen. Das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines bestimmten Verhaltens wäre dann der Nachweis für die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, d.h. eine fehlende wettbewerbsliche Kontrolle. Ein solches Vorgehen hätte den Vorteil, dass der Zwang zu einer problematischen Marktabgrenzung entfallen würde und entspricht sowohl der US-amerikanischen Praxis als auch einem Vorschlag der Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) der Europäischen Kommission.<sup>1</sup>

Auch in den US-amerikanischen Merger Guidelines hat die Rolle der Marktabgrenzung an Bedeutung verloren und es wird festgestellt, dass eine Untersuchung nicht mehr mit einer Marktabgrenzung beginnen muss. Dies ist z.B. bei traditionellen Märkten mit differenzierten Gütern und Preiswettbewerb der Fall, bei denen Marktanteile nur eine geringe Aussagekraft haben und wo mithilfe von Indikatoren des Preissteigerungsdrucks wie UPP (Upward Pricing Pressure) und GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index) direkt auf die Auswirkungen eines Zusammenschlusses abgestellt wird.<sup>2</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass beide vorgeschlagene Modifikationen dazu geeignet sind, eine ökonomisch besser fundierte und effektivere Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten. Allerdings sollte der Kriterienkatalog ergänzt und modifiziert werden und es wäre wünschenswert, aufgrund der großen Probleme bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, die Möglichkeit zu einem wirkungsbasierten Ansatz in der Missbrauchsaufsicht zu eröffnen. Ebenfalls sinnvoll ist die Überprüfung der Auswirkungen der gesetzlichen Änderungen nach drei Jahren. Dadurch besteht die Möglichkeit, gegebenenfalls Änderungen, z.B. aufgrund neuer wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse, vorzunehmen. Es wäre ebenfalls zu begrüßen, dass das BKartA, basierend auf den vorliegenden Untersuchungen, Leitlinien veröffentlicht, in denen der Umgang

---

<sup>1</sup> EAGCP (2005, 4), An Economic Approach to Art. 82, S. 4 („In terms of procedure, the economic approach implies that there is no need to establish a preliminary and separate assessment of dominance. Rather, the emphasis is on the establishment of a verifiable and consistent account of significant competitive harm, since such an anti-competitive effect is what really matters and is already proof of dominance.“).

<sup>2</sup> Zu diesen Konzepten vgl. z.B. Schwalbe/Maier-Rigaud (2012).

mit den neuen Kriterien dargelegt wird, um den Unternehmen eine größere Rechtssicherheit zu gewährleisten.

#### 4. Fusionskontrolle

Der Regierungsentwurf sieht in §35 die Einfügung eines Absatzes 1a vor, durch den der Wert einer M&A-Transaktion als zusätzliches Kriterium bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb aufgenommen wird.<sup>3</sup> Dies entspricht einem Vorschlag der Monopolkommission und wird unter der Bezeichnung „Value of transaction“ Test z.B. auch von US-amerikanischen und anderen Wettbewerbsbehörden angewandt. Dieses zusätzliche Kriterium ermöglicht es den Wettbewerbsbehörden auch solche Zusammenschlüsse einer Kontrolle zu unterziehen, bei denen eines der beteiligten Unternehmen nur einen geringen Umsatz erwirtschaftet, aber für das ein Kaufpreis gezahlt wird, der deutlich über den Umsätzen liegt und tendenziell das Geschäftspotential des Unternehmens abbildet.

Aus ökonomischer Sicht ist eine solche zusätzliche Aufgreifmöglichkeit sinnvoll, denn gerade in der digitalen Ökonomie, allerdings nicht nur dort, sind häufig Geschäftsmodelle zu beobachten, bei denen, z.B. aufgrund eines „Penetration pricing“, durch niedrige Einführungspreise oder das unentgeltliche Angebot in einem ersten Schritt eine Marktdurchdringung erreicht werden soll. Dementsprechend erzielen diese Unternehmen nur geringe Umsätze und Zusammenschlüsse können durch die bisher geltenden Umsatzschwellen nicht erfasst werden. Diese Unternehmen zeichnen sich zum Teil durch technische Innovation oder neue, disruptive Geschäftsmodelle aus, die mittelfristig die Marktposition etablierter Unternehmen gefährden könnten. Diese Unternehmen könnten daher einen Anreiz haben, potentielle Konkurrenten im Zuge eines Präventivzusammenschlusses als potentiellen Wettbewerber vom Markt zu nehmen, bevor diese eine Größe erreichen, die für das etablierte Unternehmen gefährlich werden könnte. Dadurch könnten solche Zusammenschlüsse vor allem den innovationsgetriebenen Wettbewerb, der insbesondere für die digitale Wirtschaft von wesentlicher Bedeutung ist, beschränken. Ein weiteres Motiv für den Zusammenschluss stellt der Erwerb wertvoller Datenbestände dar, die ein Unternehmen gesammelt hat, das aber noch keine bedeutenden Umsätze erzielt. Hier könnten durch eine Datenfusion mit den eigenen Beständen z.B. detaillierte Nutzprofile generiert werden, die es dem fusionierten Unternehmen erlauben, gezieltere Werbemaßnahmen zu ergreifen, was einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten bedeutet. Eine prinzipielle Möglichkeit, derartige Zusammenschlüsse einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung zu unterziehen, ist daher eine sinnvolle Ergänzung des bestehenden Wettbewerbsrechts und aus ökonomischer Sicht zu begrüßen.

Die vorgesehene Aufgreifschwelle von 400 Mio. Euro liegt zwar unterhalb der von der Monopolkommission vorgeschlagenen Schwelle von 500 Mio., aber noch deutlich über dem im Jahr 2016 in den USA geltenden Wert von ca. 73,2 Mio. Euro. Dies macht deutlich, dass nur Zusammenschlussvorhaben mit einem erheblichen Wert erfasst werden sollen.

Kritisch wurde gegenüber diesem Vorschlag geäußert, dass dadurch ein „Anti-Exit-Gesetz“ geschaffen würde, das dazu führen könnte, dass Start-up Unternehmen unverkäuflich würden und Investoren daher nicht mehr bereit wären, entsprechendes Kapital zur Verfügung zu stellen. Diese Argumentation ist jedoch aus mehreren Gründen nicht überzeugend. So handelt es sich

---

<sup>3</sup> Hinzu kommen einige Änderungen, die sich unmittelbar aus der genannten Ergänzung ergeben.

bei der geplanten Gesetzesänderung lediglich um die Schaffung der Möglichkeit, solche Zusammenschlüsse einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung zugänglich zu machen. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass solche Zusammenschlüsse automatisch untersagt würden. In der Praxis wird nur eine sehr geringe Anzahl von Zusammenschlussvorhaben untersagt – dies wäre nur dann der Fall, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder eine bestehende verstärkt würde. Dies zu verhindern sollte im Grunde im Interesse von Start-up Unternehmen sein, deren Chancen, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen zu konkurrieren, deutlich geringer wären. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die erheblich niedrigeren Aufgreifschwelle, wie sie in den USA gelten, nicht verhindern konnten, dass sich dort Start-ups, wie z.B. Airbnb oder Uber, sehr erfolgreich entwickelt haben.

Insgesamt gesehen sind die vorgeschlagenen Änderung aus ökonomischer Sicht sinnvoll und begrüßenswert. Auch die Höhe des Transaktionswertes von 400 Mio. Euro liegt in einem Bereich, der aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht vertretbar ist.

## **5. Pressekooperationen und Medien**

Im Zusammenhang mit der Digitalisierung sind auch die Änderungen der wettbewerbsrechtlichen Sonderregelungen bezüglich der Presse zu sehen. So ist das Anzeigenvolumen bei Zeitungen und Zeitschriften rückläufig, da, anders als bei digitalen Medien, eine zielgerichtete Werbung, wie z.B. mittels individualisierter suchgebundener Werbung, nicht möglich ist. Auch die Auflagen von Zeitungen und Zeitschriften gehen zurück, da Zeitungen ein „Bündel“ darstellen, viele Leser jedoch nicht an allen Bestandteilen des Bündels interessiert sind. Bei digitalen Medien hingegen besteht die Möglichkeit der Entbündelung, so dass sich viele Nutzer eher über das Internet informieren als mittels Zeitungen. Durch den eingefügten Absatz 2b werden nun Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit vom Kartellverbot des §1 GWB ausgenommen. Eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich soll jedoch weiterhin ausgeschlossen bleiben. Neben dem Ziel einer Stärkung der wirtschaftlichen Basis sei die Ausnahme vom Kartellverbot „... mit Blick auf die schützenswerte Pressevielfalt wettbewerbspolitisch gerechtfertigt“ (Begründung zu § 30 Absatz 2b Satz 1).

Diese Ausnahme vom Kartellverbot für Zeitungs- und Zeitschriftenverlage ist aus ökonomischer Sicht aus mehreren Gründen kritisch zu beurteilen. Zunächst ist nicht näher spezifiziert, was unter einer verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit zu verstehen ist. Bei Zeitungen und Zeitschriften handelt es sich um zweiseitige Märkte, wo die an den Inhalten interessierten Leser den mittels Anzeigen werbenden Unternehmen gegenüberstehen. Eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit könnte sich vor allem auf Kooperationen beziehen, die zur Kostensenkung beitragen, wie Rationalisierungen und Synergieeffekte bei der Herstellung, dem Vertrieb und der Zustellung. Darüber hinaus wird auch eine Zusammenarbeit im Anzeigen- und Werbegeschäft angesprochen. Weder dem Gesetzestext noch der Begründung ist zu entnehmen, ob eine Kooperation auch hinsichtlich des Verkaufs, z.B. in Form einer gemeinsamen Festlegung von Verkaufspreisen, möglich sein könnte.

Die vorgeschlagene Änderung des Wettbewerbsrechts erinnert an Maßnahmen, wie sie in den USA unter der Bezeichnung „Joint Operating Agreements“ (JOA) im Zuge des „Newspaper



preservation act“ aus dem Jahr 1970 getroffen wurden und die das Ziel hatten, das Zeitungsterben zu verhindern und dadurch die publizistische Vielfalt sicherzustellen.<sup>4</sup>

Im Folgenden soll anhand der entsprechenden wirtschaftswissenschaftlichen Literatur auf die Konsequenzen für die Marktentwicklung eingegangen werden, die sich ergeben, wenn entweder eine Kooperation auf beiden Marktseiten oder lediglich eine Kooperation auf der „Kosten-  
seite“, nicht jedoch bei den Verkaufspreisen stattfindet. Die Wirtschaftstheorie hat hierzu eine Reihe von Modellen entwickelt, die jedoch, abhängig von den spezifischen Annahmen, zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Das Modell von Antonielli und Filistrucchi (2012) kommt zu dem Ergebnis, dass eine Kooperation sowohl bezüglich der Verkaufs- als auch der Anzeigenpreise dazu führt, dass die publizistische Vielfalt geringer wird. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass in diesem Modell angenommen wird, dass jeder Leser nur eine Zeitung/Zeitschrift liest, d.h. ein Single-homing betreibt. Unter dieser nicht unrealistischen Annahme führt die Ausnahme vom Kartellverbot also genau zum Gegenteil des intendierten Effektes, d.h. die publizistische Vielfalt nimmt ab. Das unterliegende Argument ist einfach: Wenn sich die Zeitungen hinsichtlich der Preise abstimmen, dann werden sie beide die politischen Positionen einnehmen, die die Leserzahl maximiert, d.h., sie werden letztlich die gleiche politische Position wählen. Dies entspricht dem bekannten Beispiel von zwei Eisverkäufern am Strand, die sich beide genau in der Mitte des Strandes ansiedeln. Gentzkow et al. (2014) hingegen gelangen in ihrer Analyse zu dem Resultat, dass bei einem Multi-homing der Leser eine Kooperation bezüglich Verkaufs- und Anzeigenpreise die Wohlfahrt als auch die publizistische Vielfalt erhöht. Dies wird auch mittels eines ökonometrischen Modells anhand von Daten über den US-amerikanischen Zeitungsmarkt aus dem Jahr 1924 überprüft.

Auch eine Kooperation nur bezüglich der Anzeigenpreise wird in einer Reihe von Modellen analysiert, wobei allerdings weniger die publizistische Vielfalt, sondern in erster Linie die Anzeigenpreise und die Auswirkungen auf die Verkaufspreise untersucht werden. In den Modellen von Romeo et al. (2003) wird deutlich gemacht, dass die Anzeigenpreise zwar etwas ansteigen, aber deutlich unter den entsprechenden Monopolpreisen liegen. Dewenter et al. (2011) kommen zu dem Ergebnis, dass unter bestimmten Bedingungen die zusätzlichen Gewinne aufgrund der Kooperation bezüglich der Anzeigenpreise auch zu einer Senkung der Verkaufspreise führen können, wenn die zusätzlichen Gewinne aus der Kooperation dazu verwendet werden, die Verkaufspreise quer zu subventionieren. Allerdings sei eine Kooperation bezüglich Anzeigenpreise allein immer einer Kooperation sowohl bei Anzeigen- als auch bei Verkaufspreisen vorzuziehen. Beide Modelle treffen jedoch keine Aussagen über die Auswirkungen auf die publizistische Vielfalt auf dem Zeitungsmarkt. Dies wird hingegen im Aufsatz von Gentzkow et al. (2014) untersucht. In diesem Modell führt eine Kooperation auf der Anzeigenseite zu einer leichten Vergrößerung der publizistischen Vielfalt.

Aus den vorliegenden theoretischen und empirischen Untersuchungen zu Pressekooperationen können also die folgenden Schlussfolgerungen gezogen werden:

1. Eine Kooperation bezüglich Verkaufs- und Anzeigenpreisen ist sowohl hinsichtlich der Wohlfahrt als auch hinsichtlich der publizistischen Vielfalt problematisch und daher abzulehnen.
2. Im Gesetz sollte daher deutlich gemacht werden, dass sich der Begriff „verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit“ nur auf die Anzeigenseite bezieht, nicht jedoch Preiskartelle bei den Verkaufspreisen ermöglicht.

---

<sup>4</sup> Zu den Auswirkungen von JOAs vgl. Steele (1989).

Allerdings bleiben auch unter diesen Voraussetzungen eine Reihe von Problemen bestehen: So stellt sich die Frage, ob eine Trennung auf der redaktionellen Ebene sichergestellt werden kann, wenn verschiedene Zeitungen z.B. bezüglich gemeinsamer Anzeigenkampagnen kooperieren und wie gegebenenfalls überprüft werden kann, dass keine Kooperation auch auf der redaktionellen Ebene stattfindet. Weiterhin ist damit zu rechnen, dass im Anschluss einer solchen Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips durch eine Freistellung von Zeitungen und Zeitschriften vom Kartellverbot auch andere Branchen ähnliche Forderungen erheben. Dies ist inzwischen bei den öffentlich-rechtlichen Fernsehsendern und bei den Sparkassen der Fall. Ein weiterer wesentlicher Punkt betrifft die Frage, ob es aus ökonomischer Sicht nicht andere Instrumente gibt, um derartige außerwettbewerbliche Ziele wie publizistische Vielfalt oder flächendeckendes Angebot zu gewährleisten. So wurde im Modell von Gentzkow et al. (2014) auch untersucht, welche Auswirkungen Maßnahmen der Presseförderung, wie z.B. Vertriebssubventionen, haben. Hier gelangt man zu folgendem Ergebnis: „Of all the policies we consider, this one [eine Vertriebssubvention U.S.] is the most effective in increasing economic welfare and diversity...“ (Gentzkow et al. (2014), S. 3106).

Dies ist im Grunde nicht verwunderlich, denn das Ergebnis folgt aus einer grundlegenden Einsicht der Theorie der Wirtschaftspolitik, dem Tinbergschen Prinzip: Wenn man mehrere wirtschaftspolitische Ziele erreichen möchte, dann benötigt man dazu die gleiche Anzahl linear unabhängiger Instrumente.<sup>5</sup> Möchte man also zum einen Wettbewerb und zum anderen publizistische Vielfalt oder ein flächendeckendes Angebot sicherstellen, dann reicht es nicht, nur das Wettbewerbsrecht als Instrument einzusetzen – dies dient dazu, sicherzustellen, dass der Wettbewerbsprozess funktioniert. Wenn man zusätzliche Ziele verfolgt, sind hierzu andere, unabhängige wirtschaftspolitische Instrumente, wie z.B. Steuern, Subventionen etc., einzusetzen.

Daher sind auch die Forderungen der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten nach einer Freistellung vom Kartellverbot, wie er vom Bundesrat erhoben wurde, aus ökonomischer Sicht mit großer Skepsis zu beurteilen. Wenn diese Medien mit anderen Fernsehanbietern kommerziell im Wettbewerb stehen und nicht im hoheitlichen Auftrag handeln, dann sollten alle Wettbewerber den gleichen Regeln unterworfen sein. Ein ähnliches Argument gilt für die von den Sparkassen erhobene Forderung nach einer Freistellung vom Kartellverbot.

## Literatur

Antonielli, M., Filistrucchi, L., 2012. Collusion and the Political Differentiation of Newspapers. TILEC Discussion Paper No. 2012-014, Tilburg University.

Dewenter, R., Haucap, J., Wenzel, T. (2011), Semi-Collusion in Media Markets, *International Review of Law and Economics* 31, 92-98.

EAGCP (2005), An Economic Approach to Art. 82, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp.html>

Gentzkow, M., Shapiro, J.M., Sinkinson, M., 2012. Competition and Ideological Diversity: Historical Evidence from US Newspapers, in: *American Economic Review* 104(10), 3073-3114.

---

<sup>5</sup> Vgl. Tinbergen (1972, 98ff.).

Romeo, C., Pittman, R., Familant, N., 2003. Do Newspaper JOAs Charge Monopoly Advertising Rates? *Review of Industrial Organization* 22 (2), 121–138.

Schwalbe, U., Maier-Rigaud, F. (2012), Market Definition, OECD Roundtable, DAF/COMP(2012)19.

Steele, R. (1989), Joint Operating Agreements in the Newspaper Industry: A Threat to First Amendment Freedoms, *University of Pennsylvania Law Review* 138, 275-315.

Tinbergen, J. (1972), *Wirtschaftspolitik*, Freiburg, Rombach.