

Zu guter Letzt ...

... bleibt der Grat zwischen Erforderlichkeit und hoheitlicher Anmaßung von Regulierung schmal – auch gegenüber Google!

Superminister *Gabriels* Gedankenspiele über eine harte Regulierung von marktbeherrschenden Anbietern von Internetplattformen und von deren auf Hebeleffekte („leverage“) ausgerichtetem Verhalten auf den Wertschöpfungsebenen benachbarter, vor- und nachgelagerter Märkte sind politisch nachvollziehbar. Die Entwicklung vertikaler Integrationsmacht von Anbietern wie Google, etwa auf den Märkten für Smartphone-Betriebssysteme, eröffnet ordnungspolitisch durchaus schwindelerregende Vermachtungsoptionen u.a. durch Bündelproduktstrategien, die andere, nicht entsprechend vertikal integrierte Wettbewerber vom Markt verdrängen können. Verständlich ist dann auch in der Gedankenwelt des homo politicus, dass *Sigmar Gabriel* laut über Entflechtungsvorgaben nach dem Vorbild der Strom- und Gasnetze nachdenkt. Freilich erkennt er an, dass Entflechtung nur eine Ultima Ratio sein kann, und spricht nach den ersten starken Worten nunmehr von „einer kartellrechtsähnlichen Regulierung“, welche sich die Erkenntnisse aus der anstehenden Entscheidung der Europäischen Kommission in dem laufenden Verfahren gegen Google wegen möglicher EU-Kartellrechtsverstöße zu eigen machen könnte. Große Verlagshäuser wie Lagardère, Axel Springer u. a. stimmten mit der Anknüpfung weiterer Wettbewerbsbeschwerden in das Konzert ein. „Dreh- und Angelpunkt“, so *Gabriel*, ist dabei „das Gebot der Nichtdiskriminierung von alternativen Anbietern, die Platzhirsche innovativ herausfordern“ (F. A. Z. v. 16.5.2014).

In Zeiten diffuser Worte wie „innovativ herausfordern“ (Sind bzw. waren nicht gerade auch Platzhirsche wie Google innovativ und was soll ein vorstoßender Innovationswettbewerb eigentlich leisten?) ist eine Rückbesinnung auf die Axiome der Regulierung hilfreich, um auf dem schmalen Grat zwischen Erforderlichkeit und hoheitlicher Anmaßung von Regulierung nicht zu stolpern. Als Grundaxiom kann auch in Bezug auf Internetplattformen einschließlich der von ihnen ausgehenden marktbeherrschenden Hebeleffekte der im Telekommunikationssektor entwickelte sog. „Drei-Kriterien-Test“ herangezogen werden. Danach beurteilt sich die Erforderlichkeit der Regulierung kumulativ nach Maßgabe

1. anhaltend hoher struktureller (z. B. unverhältnismäßig hoher Investitionskosten, die im Falle eines Marktaustritts als versunkene Kosten [„sunk costs“] weitgehend abzuschreiben wären), regulatorischer oder rechtlicher Marktzugangshindernisse,
2. der – aufgrund von vorhandenen Marktdaten zu plausibilisierenden – Prognose, dass die Märkte in absehbaren Zeiträumen nicht von sich aus zu wirksamem Wettbewerb tendieren und
3. der Prognose, dass dem Marktversagen nicht in absehbarer Zeit mit Hilfe des Wettbewerbsrechts allein entgegengewirkt werden kann.

Aufgrund der vielfältigen Erfolgsgeschichten gerade von ursprünglich eher kapitalschwachen Neueinsteigern, die immenses Kapital für ihre Internetplattformen und sozialen Netzwerke – gerade in einem weitgehend unregulierten Milieu – innovationsgetrieben angezogen haben, kann bereits an einem marktspezifischen Vorliegen des ersten Kriteriums, nämlich hoher struktureller, regulatorischer oder rechtlicher Marktzugangshindernisse gezweifelt werden. Es waren gerade nicht die „regulierungsgeplagten“, vergleichsweise hochkapi-

talisierten Telekommunikationsunternehmen mit ihren („sunk costs“-belasteten) Netzen, die zu marktbeherrschenden Anbietern von Internetplattformen und sozialen Netzwerken gewachsen sind. Im Gegenteil haben die meisten Telekommunikationsunternehmen trotz ihrer vertikalen Integrationsmacht die Entwicklung verschlafen und beklagen sich nun, dass Google, Facebook und Co. als Trittbrettfahrer auf ihren Netzen rutschen. Vehement nutzen die Telekommunikationsunternehmen deshalb die Netzneutralitätsdebatte, um wenigstens ein kleines Stück vom Kuchen fremder, weitgehend unregulierter Geschäftsmodelle abzubekommen. Hier zeigt der höchst wirksame vertikale Wettbewerb selbst schlafenden Riesen seine marktpädagogischen Zähne. Das zweite Kriterium, die Prognose, dass die Märkte in absehbaren Zeiträumen nicht von sich aus zu wirksamem Wettbewerb tendieren, lässt sich dagegen differenziert, insbesondere für durch Google beherrschte Märkte, durchaus begründen. Allerdings steht die Darlegung des dritten Kriteriums noch aus, nämlich die Prognose, dass dem Marktversagen nicht in absehbarer Zeit mit Hilfe des Wettbewerbsrechts entgegengewirkt werden kann. Erst die mittelfristigen Entwicklungen nach der anstehenden Entscheidung der Kommission in dem laufenden Verfahren gegen Google wegen möglicher EU-Kartellrechtsverstöße werden zeigen, ob das dritte Kriterium belastbar ist.

Selbst wenn sich der Vorwurf von Manipulationen der Suchergebnisse gegen Google (mit einem Suchmaschinenmarktanteil von über 90% in der EU) erhärten sollte, müsste für die Erforderlichkeit einer „harten“ Regulierung die Insuffizienz des Wettbewerbsrechts dargelegt werden. Auch wenn Internetplattformen den Zugriff territorialer Jurisdiktionen erschweren, so hat das europäische Wettbewerbsrecht – nicht zuletzt ausweislich der Microsoft-Saga – den Effektivitätstrumpf des sog. Auswirkungsprinzips in der Hand, wonach außerhalb des Unionsgebiets getroffene Maßnahmen von Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU von Art. 101 und 102 AEUV erfasst werden, sofern die potentiell tatbestandsmäßigen Handlungen Auswirkungen auf den Binnenmarkt zeitigen. Das Auswirkungsprinzip entwickelt sich gegenwärtig auch im europäischen Datenschutzrecht.

Summa summarum sollte das Instrumentarium des Wettbewerbsrechts ausgeschöpft und sollten dessen mittelfristige Abhilfeeffekte besonnen beobachtet werden, bevor regulatorische Schnellschüsse zum Schutz derjenigen Marktteilnehmer abgegeben werden, welche die innovativen Entwicklungen verschlafen haben.

Diktiert das Internet fortschreitend die Grammatik des Denkens, indem es leider auch zu gedanklichen Schnellschüssen verleitet, so muss das Recht umso besonnener die Erforderlichkeit hoheitlicher Eingriffe in marktliche Antriebskräfte reflektieren!

Christian Koenig*

* Um jeden Verdacht gleich zu entkräften, weist der Verfasser ausnahmsweise proaktiv darauf hin, dass er in keinem rechtsgutachterlichen Auftragsverhältnis hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen steht.