

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 354

**Wettbewerbswidrigkeit der Manipulation
durch Plattformdienste**

Von

Christoph Dankers



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH DANKERS

Wettbewerbswidrigkeit der Manipulation
durch Plattformdienste

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 354

Wettbewerbswidrigkeit der Manipulation durch Plattformdienste

Von

Christoph Dankers



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-19125-3 (Print)
ISBN 978-3-428-59125-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina nahm die vorliegende Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation an. Sie wurde im Februar 2023 fertiggestellt und vor ihrer Veröffentlichung zuletzt im November 2023 aktualisiert. Die Disputation fand im selben Monat statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden. Der Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft förderte die Fertigstellung der Arbeit im Rahmen des Programms „Arbeitskreis Wirtschaft und Recht“ mit einem einjährigen Promotionsstipendium.

Ein besonderer Dank gilt zunächst Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer für die Ermöglichung dieses Projekts und viele wertvolle Hinweise im Rahmen der Betreuung und gewissenhaften Erstbegutachtung meiner Arbeit. Ebenso danke ich Prof. Dr. Thomas Lübbig für die Erstellung des Zweitgutachtens. Zu einem großen Teil entstand die Arbeit parallel zu meiner wissenschaftlichen Mitarbeit im Team von Prof. Dr. Thomas Höppner, LL.M. Er und Philipp Westerhoff, LL.M./Maître en droit haben mein Projekt von Beginn an vertrauensvoll unterstützt und mir einen tiefen Einblick in die digitalkartellrechtliche Praxis ermöglicht. Hierfür danke ich beiden herzlich. Überdies danke ich dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht, dessen Förderung meinen Weg an entscheidender Stelle erleichtert hat. Ganz besonders danken will ich zuletzt aber meiner Familie und meinen Freunden, vor allem meinen Eltern Jacqueline und Detlef sowie meiner Freundin Magdalena. Ohne ihre beständige Zuversicht und Unterstützung wäre dieses Vorhaben nicht geglückt.

Berlin, im Januar 2024

Christoph Dankers

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
------------------	----

Erster Teil

Manipulation auf digitalen Märkten	17
A. Psychologisch wirkende Wettbewerbsbeschränkungen	17
I. Entscheidungsfreiheit als Wettbewerbsvoraussetzung	17
1. Bewertung von Leistungen im Leistungswettbewerb	18
2. Entdeckungs- und Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs	18
3. Selbstständige Entscheidungen im Unionsrecht	19
II. Schwächen intuitiven Denkens	21
1. Intuitives und diskursives Denken	21
2. Heuristiken und systematische Fehlschlüsse	22
III. (Aus-)Nutzung durch Dritte	24
IV. Manipulation	26
V. Wettbewerbsverzerrung durch Manipulation	27
1. Vorwegnahme von Wettbewerbsergebnissen	27
2. Verdrängung des Leistungswettbewerbs	28
3. Förderung der Marktkonzentration	29
4. Begrenzte Möglichkeiten der Selbstkorrektur	30
B. Besonderes Manipulationspotenzial digitaler Plattformdienste	31
I. Grundbegriffe	31
1. Ökonomischer Plattformbegriff	32
2. Unionsrechtliche Plattformbegriffe	32
a) P2B-VO	33
b) Vertikal-GVO	34
c) Digital Markets Act	34
d) Verknüpfung	35
3. Unionsrechtliche Verbraucher- und Nutzerbegriffe	35
a) Digital Markets Act	35
b) P2B-VO	36
c) Vertikal-GVO	36
d) Verknüpfung	36

II. Technische Besonderheiten digitaler Umgebungen	37
1. Formbarkeit	38
2. Analyse- und Optimierungsmöglichkeiten	39
III. Weite Gestaltungsspielräume der Plattformunternehmen	40
1. Unumgänglichkeit der Plattformdienste im Internet	41
2. Geringer Wettbewerbsdruck	42
a) Netzwerkeffekte	43
b) Skaleneffekte	45
c) Strategische Bedeutung großer Datenbestände	46
d) Konsequenzen	47
3. Geringe nutzerseitige Kontrolle	48
4. Wettbewerbsfördernde Faktoren	49
IV. Manipulationsanreize	50
C. Manipulation mit Rankings	52
I. <i>Position bias</i> der Endnutzenden	52
II. Ausnutzung mit Rankings	55
D. Manipulation mit Defaults	56
I. <i>Status quo bias</i> der Endnutzenden	56
II. Ausnutzung mit Defaults	59
E. Ergebnisse	60

Zweiter Teil

Schutzmöglichkeiten im Unionsrecht	62
A. Psychologisch informierte Regulierung und Rechtsanwendung	62
B. Unionskartellrecht	64
I. Deskriptiver Ansatz	65
II. Methoden	68
III. Schlussfolgerungen	69
C. Digital Markets Act	70
I. Ziel und Anwendungsbereich	70
II. Psychologisch informierte Regulierung	72
III. Schlussfolgerungen	74
D. P2B-VO	74
I. Allgemeine Anwendbarkeit	75
II. Transparenzpflichten für Plattformunternehmen	75
III. Keine Beschränkung manipulativer Praktiken	76

E. Europäisches Lauterkeitsrecht	77
I. Normatives Verbraucherleitbild	77
II. Vorgaben zur Ranking-Transparenz	80
III. Per se verbotene Geschäftspraktiken	81
IV. Begrenzter Anwendungsbereich	82
F. Europäisches Verbraucherschutzrecht	83
G. Ergebnisse	85

Dritter Teil

Grenzen der Manipulation mit Rankings 87

A. Fallbeispiele	87
I. Google Shopping	87
1. Zusammensetzung Googles allgemeiner Suchergebnisseite	88
2. Bevorzugendes Ranking eigener Inhalte	88
3. Nachteiliges Ranking konkurrierender Inhalte	89
4. Auswirkungen	90
5. Verfahren	90
II. Google/BMG	91
1. Bevorzugtes Ranking ausgewählter fremder Inhalte	91
2. Auswirkungen	93
3. Verfahren	93
III. Amazon – Buy Box	94
IV. Rankings bei Hotelbuchungsportalen	95
B. Einseitig bestimmte Rankings unter Art. 102 AEUV	96
I. Prüfungsmaßstab	97
1. Keine Geschäftsverweigerung	97
2. Keine Kopplung	98
3. Kein Konditionenmissbrauch	99
4. Diskriminierung durch Rankings	100
II. Marktbeherrschende Stellung	105
III. Diskriminierende Rankings	106
1. Sachlich gerechtfertigte Differenzierung	107
a) Entgeltzahlungen	107
b) Inhaltliche Relevanz	108
c) Unterschiedliche Kategorien von Inhalten	109
2. Diskriminierende Ranking-Bedingungen	110
a) Unternehmenszugehörigkeit	110
b) Meistbegünstigungspflichten	111

c) Verletzungen der Chancengleichheit	113
IV. Wettbewerbsbeschränkung	115
1. Voraussetzungen	115
2. Empirisch belegte Manipulation des Endnutzerverhaltens	117
3. Bedeutung des betroffenen Plattformdienstes	121
a) Vermittlung eines großen Teils der Endnutzenden	121
b) Mangel wirtschaftlich tragfähiger Alternativen	123
4. Auswirkungen	125
V. Rechtfertigungsmöglichkeiten	126
C. Koordinierte Rankings unter Art. 101 AEUV	128
I. Koordinationsformen	129
1. Vereinbarungen über Rankings	130
2. Abgestimmte Verhaltensweisen	132
3. Aufgezwungene Vereinbarungen	134
II. Wettbewerbsbeschränkung	134
1. Wettbewerbsbeschränkung im Außenverhältnis	135
2. Bezweckt oder bewirkt	137
3. Voraussetzungen	140
4. Anwendung im Fallbeispiel <i>Google/BMG</i>	143
III. Freistellungsmöglichkeiten	144
1. Vertikal-GVO	144
a) Marktanteilsschwellen	145
b) Vertikal integrierte Plattformunternehmen	145
c) Meistbegünstigungspflichten	145
2. Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	146
D. Rankings im Digital Markets Act	148
I. Verbot der Selbstbevorzugung in Rankings	149
II. Transparente, faire, diskriminierungsfreie Ranking-Bedingungen	149
1. Transparenz	150
2. Fairness und Diskriminierungsfreiheit	150
III. Verbot von Meistbegünstigungspflichten	153
E. Ergebnisse	154
I. Unionskartellrechtliche Grenzen	155
II. Grenzen im Digital Markets Act	156
III. Schlussfolgerungen	158

Vierter Teil

Grenzen der Manipulation mit Defaults	160
A. Fallbeispiele	160
I. Microsoft	161
II. Internet Explorer	162
III. Google Android	163
1. Mobile Application Distribution Agreements	163
2. Revenue Sharing Agreements	164
3. Auswirkungen	164
4. Verfahren	166
IV. Apple/Google	166
B. Einseitig festgelegte Defaults unter Art. 102 AEUV	168
I. Prüfungsmaßstab der Kopplung	169
II. Kopplung von Plattformdienst und Default-Produkt	170
III. Ausschlusswirkung auf dem nachgelagerten Markt	171
1. Voraussetzungen	171
2. Wettbewerbsvorteile aufgrund des Defaults	174
a) Quantitative Bedeutsamkeit	175
b) Beeinflussung des Endnutzerverhaltens	176
c) Leistungsunabhängigkeit	178
3. Fehlende Ausgleichsmöglichkeiten der Konkurrenz	180
a) Unternehmensseitige Vorinstallationen und -einstellungen	181
b) Endnutzerseitige Installation oder Einstellung	184
4. Auswirkungen	186
IV. Rechtfertigungsmöglichkeiten	188
C. Koordinierte Defaults unter Art. 101 AEUV	189
I. Wettbewerbsbeschränkung im Außenverhältnis	190
II. Bezweckt oder bewirkt	191
III. Voraussetzungen	192
IV. Anwendung im Fallbeispiel Apple/Google	194
V. Freistellungsmöglichkeiten	197
D. Defaults im Digital Markets Act	198
I. Auswahlbildschirme statt Defaults	198
1. Ausschluss des <i>status quo bias</i>	199
2. Lücken bei nachgelagerten Diensten	200
3. Lücke bei Kooperationen	201
4. Lücke bei kleinen Torwächter-Diensten	203
II. Einfache Veränderung durch Endnutzende	204
1. Endnutzerperspektive	204

2. Konkurrentenperspektive	205
E. Ergebnisse	206
I. Unionskartellrechtliche Grenzen	206
II. Grenzen im Digital Markets Act	207
III. Schlussfolgerungen	208

Fünfter Teil

Zusammenfassung	210
I. Psychologisch realistischer Ansatz des Unionsrechts	210
II. Parallelen im Umgang mit Rankings und Defaults	211
III. Parallelen bei unilateralen und koordinierten Manipulationen	212
IV. Manipulativ bedeutet nicht automatisch rechtswidrig	213
V. Begrenzte Bedeutung des Digital Markets Act	214
 Literaturverzeichnis	 216
Stichwortverzeichnis	226

Einleitung

Im Idealfall gleicht funktionierender Wettbewerb einem plebiszitären Verfahren:¹ Mit ihren Nachfrageentscheidungen wählen die Verbraucherinnen und Verbraucher aus, welche Unternehmen sich am Markt behaupten oder ihre Marktanteile noch ausbauen können und welche nicht. Leistungen von hoher Qualität, innovative Produkte und niedrige Preise gehören im Idealfall zu den Merkmalen, die diese Entscheidungen bestimmen. Der Versuch der Unternehmen, sich im Wettbewerb anhand solcher Faktoren durchzusetzen, wird als Leistungswettbewerb bezeichnet² und als solcher durch das Wettbewerbsrecht geschützt.

Psychologische Untersuchungen zeigen jedoch, dass sich Menschen in realen Entscheidungssituationen nicht immer für die objektiv optimalen Optionen entscheiden. Empirisch lässt sich vielmehr belegen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher sich mitunter auch systematisch für objektiv schlechtere Angebote entscheiden. Solche Abweichungen treten nicht rein zufällig auf, sondern folgen Regelmäßigkeiten, die eng mit den Eigenschaften und Schwächen intuitiver Denkprozesse verbunden sind. Sind diese bekannt, lassen sich Entscheidungssituationen für Verbraucherinnen und Verbraucher so gestalten, dass bestimmte Fehlschlüsse häufiger auftreten und bestimmte Optionen deshalb mit größerer Wahrscheinlichkeit gewählt werden.

Besonders wirkungsvoll können solche Eingriffe in Entscheidungsarchitekturen bei Unternehmen sein, die digitale Plattformdienste wie Online-Marktplätze und andere Vertriebsplattformen, Suchmaschinen oder Betriebssysteme betreiben. So bieten digitale Umgebungen aufgrund ihrer Formbarkeit und der ständigen Möglichkeit zur Erhebung verhaltensbezogener Daten besondere technische Möglichkeiten, um verhaltensbeeinflussende Strategien effektiv umzusetzen. Vor allem aber haben Plattformdienste als Schnittstelle zwischen verschiedenen Marktseiten einen großen Einfluss auf die Umgebung, in der die Entscheidungen vieler anderer Marktteilnehmender getroffen werden. Diese Gestaltungsmacht können die hinter diesen Plattformdiensten stehenden Unternehmen nutzen, um ausgewählten Produkten auf nachgelagerten Märkten einen psychologischen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, der objektiv betrachtet nicht auf wirtschaftlichen Leistungen beruht. Unternehmen auf den hiervon betroffenen, nachgelagerten Märkten können sich solchen Einflussnahmen – genauso wie die Verbraucherinnen und Verbraucher als

¹ Böhm, in: IAIW, Kartelle und Monopole, S. 3, 9.

² EuGH, 12. 5. 2022, *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, Rn. 85.

Endnutzende³ dieser Dienste – aufgrund der Bedeutung einiger weniger, zentraler Plattformdienste kaum entziehen.

Große Digitalkonzerne stützen sich zur Relativierung dieser in ihrem Einflussbereich entstehenden Problemlage auf eine Argumentation, die sich mit der Idee „*competition is only one click away*“⁴ auf den Punkt bringen lässt. Damit ist gemeint, dass Plattformunternehmen trotz aller psychologischen Einwirkungsmöglichkeiten keinen bestimmenden Einfluss auf das Marktgeschehen und den Ausgang von Wettbewerbsprozessen hätten. Schließlich könnten alle Werkzeuge der Plattformgestaltung nicht verhindern, dass die Endnutzenden mit dem Aufwand weniger Klicks einem Konkurrenzangebot den Vorzug gäben. Diese Argumentation basiert implizit auf der Annahme, dass Menschen sich nicht nur in der Theorie, sondern auch tatsächlich stets so verhalten, wie es ihren Eigeninteressen objektiv am ehesten entspricht.

Wie eingangs geschildert wurde, lassen sich in der Realität aber zahlreiche Abweichungen von diesem idealen Verhaltensmodell feststellen. Große Digitalkonzerne beschäftigen daher zahlreiche Fachleute aus der Verhaltensökonomik und Psychologie, um ihre Produkte entsprechend zu optimieren und Endnutzerentscheidungen zu beeinflussen.⁵ Dabei ist die Tatsache, dass intuitive, womöglich unüberlegte Verhaltensweisen der Endverbraucherinnen und -verbraucher beispielsweise durch Marketinginstrumente gezielt von Unternehmen genutzt werden, nicht neu und gehört oftmals zum normalen Gang der Geschäfte.⁶ Ebenso wenig geht jede psychologisch informierte Geschäftsstrategie notwendigerweise mit Gefährdungen des Wettbewerbs einher.⁷ Plattformunternehmen zeigen aufgrund ihrer besonderen technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten allerdings ein besonderes

³ In Übereinstimmung mit einer allgemeinen Empfehlung des Präsidiums der Europa-Universität Viadrina bedient sich der Text möglichst geschlechtsneutraler Personenbezeichnungen.

⁴ Siehe Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc., Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights, 21.9.2011, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/11-9-21SchmidtTestimony.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.2.2023); siehe auch *Katsifis* (The Platform Law Blog), Some thoughts on the Google Android hearing before the General Court, 4.10.2021, <https://theplatformlaw.blog/2021/10/04/some-thoughts-on-the-google-android-hearing-before-the-general-court/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2023).

⁵ *Katsifis* (The Platform Law Blog), Some thoughts on the Google Android hearing before the General Court, 4.10.2021, <https://theplatformlaw.blog/2021/10/04/some-thoughts-on-the-google-android-hearing-before-the-general-court/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2023); *Stemler/Perry/Haugh*, 54 Ga. L. Rev. 605, 625, 633 (2020); *Wood* (The Atlantic), Anthropology Inc., 1.3.2013, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/03/anthropology-inc/309218/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2023).

⁶ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 237 f.; *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, S. 282 f.; *Huffman*, 78 Antitrust L. J. 105, 128 f. (2012); Office of Fair Trading, Behavioural Economics, S. 15; siehe auch *Day/Stemler*, 72 Ala. L. Rev. 1, 28–31 (2021).

⁷ Siehe *Tor*, 92 Tex. L. Rev. 573, 648 f. (2014).

Missbrauchspotenzial, das mit entsprechenden Gefahren für von ihnen abhängende, nachgelagerte Märkte einhergeht.

Folgte das Recht vor diesem Hintergrund der Annahme, menschliche Entscheidungen seien stets Ausdruck einer Maximierung des individuellen Nutzens, wäre es für die realen, psychologischen Möglichkeiten der Beeinflussung von Wettbewerbsergebnissen gewissermaßen blind. Es ließe die am Wettbewerb beteiligten Unternehmen genauso wie die Verbraucherinnen und Verbraucher in dieser Hinsicht schutzlos zurück. Deshalb stellt sich die Frage, ob sich im Hinblick auf die psychologisch informierten Geschäftspraktiken digitaler Plattformdienste eine Grenze zwischen erlaubter Geschäftstüchtigkeit einerseits und zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen andererseits ziehen lässt.⁸ Die vorliegende Arbeit stellt sich diesem Problem. Sie soll anhand des europäischen Wettbewerbsrechts zeigen, dass dieses keineswegs blind für die psychologischen Auswirkungen ist, die von manipulativen Gestaltungen digitaler Plattformdienste auf nachgelagerte Märkte ausgehen können. Insoweit werden vor allem das Unionskartellrecht und die Verordnung (EU) 2022/1925 (Gesetz über digital Märkte, engl. *Digital Markets Act*, kurz DMA) untersucht.

Hierzu zeigt die Arbeit zunächst, warum die psychologische Beeinflussung von Endverbraucherentscheidungen innerhalb digitaler Plattformdienste eine Gefahr für nachgelagerte Märkte bedeutet. Anschließend wird der Umgang beider Regelungssysteme mit der psychologischen Einflussnahme durch Plattformdienste zunächst abstrakt und dann anhand zweier konkreter Beispiele nachvollzogen: der Manipulation von Endnutzerentscheidungen mit Rankings und Defaults. Beide Phänomene sind auf digitalen Märkten nicht nur weit verbreitet, sondern waren auch bereits Gegenstand europäischer Rechtsprechung und sind einer vertieften juristischen Untersuchung daher gut zugänglich. Auf dieser Grundlage sind die Voraussetzungen zu klären, unter denen ein eigentlich erlaubtes unternehmerisches Verhalten aufgrund seiner psychologischen Auswirkungen auf den Wettbewerb in einen Rechtsverstoß umschlägt und deshalb unter Einsatz von Unionskartellrecht oder DMA unterbunden werden kann.

Hiermit werden Impulse aus zwei unterschiedlichen, rechtswissenschaftlichen Diskursen aufgenommen. Einerseits ist die vorliegende Arbeit in einem engen Zusammenhang mit der Literatur zu den besonderen regulatorischen und Wettbewerbsproblemen digitaler Plattformmärkte zu sehen.⁹ Andererseits orientiert sie sich an einen Ansatz, der zumeist unter dem Begriff *Behavioral Law and Economics* zusammengefasst wird.¹⁰ Gemeint ist damit die rechtswissenschaftliche Auseinan-

⁸ Vgl. *Huffman*, 78 *Antitrust L. J.* 105, 130f. (2012); ähnlich *Luguri/Strahilevitz*, 13 *J. Legal Analysis* 43, 46 (2021); *Weinzierl*, NVwZ-Extra 15/2020, 1, 5–7.

⁹ Siehe z.B. *Eifert* u. a., (2021) 58 *CML Rev.* 987; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era; *Schweitzer* u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht.

¹⁰ Siehe *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 *Stan. L. Rev.* 1471 (1998).