

Kapitel 4: Digitale Marktmacht

Was ist digitale Marktmacht? Dieser eingangs aufgeworfenen Frage wird in diesem Kapitel nachgegangen. Die Marktabgrenzung liefert den Rahmen für die Bestimmung von Marktmacht – einen Raum, in dem die Wettbewerbskräfte, die auf ein Unternehmen einwirken, untersucht werden. Innerhalb dieses Rahmens wird nun auf die Besonderheiten digitaler Marktmacht eingegangen. Dafür wird zunächst digitale Marktmacht definiert, wobei die übliche Definition von Marktmacht konkretisiert wird (A.). Danach geht es darum, diese Definition mit Leben zu füllen. Es wird untersucht, wie sich die besonderen ökonomischen Verhältnisse bei Internetplattform rechtlich einordnen und messbar festhalten lassen (B.). Dabei stellen sich als taugliche Indikatoren für Marktmacht Marktanteile (C.I.) und das Unternehmensverhalten (C.II.) heraus.

A. Definition digitaler Marktmacht

Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist im deutschen Recht in § 18 Abs. 1 GWB legaldefiniert. Ein Unternehmen ist danach marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Dem EuGH zufolge besteht Marktmacht in der Fähigkeit des Unternehmens, sich gegenüber seinen Wettbewerbern, Lieferanten und Abnehmern unabhängig zu verhalten.⁷⁶²

I. Preisbestimmungsmacht bei mehrseitigen Plattformen

Marktmacht wird üblicherweise als Preisbestimmungsmacht verstanden. Ein Unternehmen, das seine Preise unabhängig von Wettbewerbern und Abnehmern festsetzen kann, besitzt Marktmacht.⁷⁶³ Auch in der digitalen

762 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 38 – *Hoffmann-La Roche*.

763 Siehe oben Kapitel 1 A.

Wirtschaft gibt es diese Art von Marktmacht. Internetplattformen fordern bestimmte Preise von den Werbeunternehmen und teilweise auch von ihren Nutzern und können diese Preise unterschiedlich stark kontrollieren.

Die Mehrseitigkeit der Plattformen wirft die Frage auf, ob diese Fähigkeit, den Preis unabhängig zu kontrollieren, lediglich auf einer Plattformseite oder auf allen Plattformseiten vorliegen muss, damit eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Hier wirkt sich aus, ob ein einheitlicher oder separater Markt abgegrenzt wurde.⁷⁶⁴ Bei einer separaten Markt- abgrenzung muss die Plattform lediglich die Preise in dem streitgegenständlichen Markt kontrollieren können. Hat die Plattform auf den anderen Plattformseiten eine schwächere Position, ist dies grundsätzlich für den relevanten Markt nicht von Belang. Es muss jedoch beachtet werden, ob im Einzelfall die Position des Unternehmens auf den anderen Plattformseiten seinen Verhaltensspielraum im relevanten Markt beeinflusst.

Wurde ein einheitlicher Markt abgegrenzt, muss die Plattform sich jedoch auf allen Plattformseiten, die der Markt enthält, unabhängig verhalten können.⁷⁶⁵ Da ein einheitlicher Markt nur abgegrenzt werden sollte, wenn die Wettbewerbsbedingungen auf den Plattformseiten homogen sind, wird, sobald die Plattform auf einer Seite eine starke Position hat, dies auch auf den anderen Seiten der Fall sein.

Der US Supreme Court forderte in *Ohio v. American Express* ebendiese plattformumspannende Marktmacht.⁷⁶⁶ In dem Fall ging es um das Kreditkartenunternehmen und seine vertraglichen Beziehungen zu den Händlern, die die Kreditkarten akzeptierten. Der Supreme Court grenzte einen einheitlichen Markt um das System der Kreditkarten ab, der sowohl die Seite der Händler, als auch die Seite der Kreditkarteninhaber umfasste. Es reichte nicht aus, wenn American Express lediglich die Preise gegenüber den Händlern unabhängig bestimmen könne. Das Unternehmen müsse auch gegenüber den Kreditkarteninhabern dazu in der Lage sein. Im Prinzip ist dieser Entscheidung zuzustimmen: bei einer einheitlichen Markt- abgrenzung muss Marktmacht auf allen Plattformseiten vorliegen. Im Fall stellte jedoch das Kreditkartensystem ein competitive bottleneck dar, weshalb – wie oben beschrieben – eine separate Markt- abgrenzung angezeigt war.⁷⁶⁷ Daher kam das Gericht zu dem schwer nachvollziehbaren Ergeb-

764 Siehe dazu oben Kapitel 3 B.

765 So auch *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 118.

766 *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___ 12 (2018).

767 Siehe oben Kapitel 3 B.I.3.d.)

nis, dass die Klauseln, die den Verhaltensspielraum der Händler beschränkten, zulässig waren, weil American Express gegenüber den Karteninhabern keine Marktmacht besaß. Aus der Perspektive eines Händlers, der negativ von der Marktmacht des Kreditkartenunternehmens betroffen ist, wird es schwierig sein zu verstehen, dass das Verhalten von American Express aus dem Grund erlaubt sein soll, dass das Unternehmen sich nicht genauso gegenüber den Karteninhabern verhalten könnte. Damit wird gegen den Grundsatz verstoßen, dass jede Marktseite für sich genommen wettbewerbsrechtlichen Schutz genießt.⁷⁶⁸ Diese Entscheidung erlaubt es competitive bottlenecks, ihre Marktmacht gegenüber der multi-homer-Seite zu missbrauchen, ohne dass den multi-homern kartellrechtlicher Schutz zustände.⁷⁶⁹ *Khan* spricht daher von einer „kartellrechtlichen Immunität“ der Plattform.⁷⁷⁰ Der Fall zeigt, wie entscheidend es ist, eine „doppelte“ Marktmachtposition auf beiden Plattformseiten nur zu fordern, wenn die Wettbewerbsbedingungen auf den verschiedenen Seiten homogen sind. Dann wird ohnehin eine beherrschende Stellung auf beiden Seiten entweder vorliegen oder nicht vorliegen.

II. Qualitätsbestimmungsmacht

Wird kein Preis gezahlt, stellt sich die Frage, ob trotzdem Marktmacht vorliegen kann. Die ökonomische Theorie sieht Marktmacht üblicherweise in der Fähigkeit des Monopolisten, die Preise über das Wettbewerbsniveau hinaus zu erhöhen.⁷⁷¹ In *Google Shopping* vertrat das Unternehmen die Ansicht, es könne keine marktbeherrschende Stellung innehaben, weil sein Shopping-Dienst seine Leistung unentgeltlich erbringt.⁷⁷²

Die Unentgeltlichkeit einer Leistung bedeutet tatsächlich aber nicht, dass das Unternehmen keine Marktmacht besitzen kann. Es ist bei vielen Angeboten üblich, dass diese kostenfrei sind, zum Beispiel bei Suchma-

768 Für diesen Grundsatz *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2161–2162 (2018); *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 64.

769 So auch *Volmar*, WuW 2019, 11, 15.

770 *Khan*, The Supreme Court Case That Could Give Tech Giants More Power, New York Times v. 2.3.2018, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2018/03/02/opinion/the-supreme-court-case-that-could-give-tech-giants-more-power.html> (zuletzt abgerufen am 07.08.2018).

771 Vgl. oben Kapitel 3 A.I.2.a).

772 Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, 39.740, Rn. 319 – *Google Shopping*.

schinen oder sozialen Netzwerken.⁷⁷³ Das Angebot finanziert sich durch Werbung statt durch eine Gebühr. Nutzer wählen ein Angebot dann nicht mehr nach dem Preis, sondern nach anderen Wettbewerbsparametern aus, wie der Qualität des Produkts.⁷⁷⁴ Schließlich ist der Preis nur ein Wettbewerbsparameter unter vielen. Die Fähigkeit zur Kontrolle dieser Parameter wie Qualität ist dann das Merkmal von Marktmacht.⁷⁷⁵ In diesem Sinne erkennen die Wettbewerbsbehörden neben der Preisbestimmungsmacht auch eine andere Art von Marktmacht an, die als „Qualitätsbestimmungsmacht“ bezeichnet werden könnte. So stellt das BKartA in seinem Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle nicht nur auf die Fähigkeit eines Unternehmens ab, die Preise zu erhöhen. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann sich außerdem dadurch auszeichnen, dass es in der Lage ist,

„gewinnbringend ... [die] Auswahl zu verringern, die Qualität seiner Produkte zu verschlechtern oder seine Innovations-Anstrengungen einzuschränken.“⁷⁷⁶

Dieses Verständnis teilt die US-amerikanische Rspr., z.B. in *Microsoft*:

„This finding is far too speculative to establish that... Microsoft would have the power to raise the price of its browser above, or reduce the quality of its browser below, the competitive level.“⁷⁷⁷

Die Kommission erweitert in ihren Prioritätenmitteilungen zu Art. 102 AEUV ebenfalls den Begriff von Marktmacht auf eine Art Qualitätsbestimmungsmacht:

„Die Kommission ist der Auffassung, dass ein Unternehmen, das über einen längeren Zeitraum seine Preise gewinnbringend auf ein Niveau über dem Wettbewerbspreis erhöhen kann, keinem ausreichend wirksamen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und somit im Allgemeinen als marktbeherrschend betrachtet werden kann. In dieser Mitteilung [bezieht sich] die Formulie-

773 Aus demselben Grund liegt keine Preisdiskriminierung darin, dass die Plattformseiten unterschiedliche Preise zahlen, siehe *Körper*, ZUM 2017, 93, 100.

774 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 59.

775 OECD, Quality considerations in digital zero-price markets (2018), S. 13 f.; *Iacobucci/Ducci*, 47 Euro. J. L. & Econ. 15, 25 f. (2019); Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 11.

776 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 22.

777 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 83 (D.C. Cir. 2001).

„Preise erhöhen“ auch ... als Kürzel auf die verschiedenen Arten und Weisen, wie Wettbewerbsparameter (z. B. Preis, Output, Innovation oder Angebot und **Qualität** der Waren bzw. Dienstleistungen) zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zum Schaden der Verbraucher beeinflusst werden können.“⁷⁷⁸ (Hervorhebung des Verf.)

Darüber hinaus ist allgemein anerkannt, dass das Kartellrecht nicht nur den Preiswettbewerb schützen soll. So verbietet Art. 102 S. 2 lit. b AEUV auch die Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher.⁷⁷⁹ In *Google Shopping* soll *Laitenberger* zufolge das Unternehmen den Verbrauchern eine echte Auswahl und die vollen Vorteile von Innovationen verwehrt haben, indem es einen qualitativ minderwertigen Vergleichsdienst anbot.⁷⁸⁰ Die Kommission entschied in dem Verfahren, dass trotz der Unentgeltlichkeit des Vergleichsdienstes die Marktmacht des Unternehmens daran erkennbar sei, dass es hohe Marktanteile besitzt, dass Markteintrittsbarrieren bestehen und dass das Unternehmen die Qualität seiner Suchmaschine reduzieren könnte, ohne signifikant Nutzer zu verlieren.⁷⁸¹

Die Kommission stellte außerdem in *Microsoft I* und *Wanadoo Interactive* fest, dass das Ziel des Kartellrechts nicht nur darin bestehe, niedrige Preise zu schaffen, sondern auch, dafür zu sorgen, dass die Verbraucher eine große Auswahl zwischen mehreren, innovativen Produkten zur Verfügung haben.⁷⁸²

Auch der EuGH ist der Auffassung, dass Qualitätsreduzierungen dieselbe ausbeutende Wirkung wie Preissmissbräuche haben können.⁷⁸³

Die amerikanischen Behörden weisen darauf hin, dass die Qualitätsbestimmungsmacht eine Analogie zur Preisbestimmungsmacht darstellt:

778 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 11.

779 *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 118.

780 *Laitenberger*, Rede bei MLex/Hogan Lovells, Brüssel, 10.10.2017, S. 6, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_15_en.pdf, zuletzt abgerufen am 27.9.2018; Kommission, Pressemitteilung vom 27.06.2017, IP/17/1784 (*Google Shopping*).

781 Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, 39.740, Rn. 320-324 – *Google Shopping*.

782 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 782 – *Microsoft I*; Kommission, 16.07.2003, COMP/38.233, Rn. 360 – *Wanadoo Interactive*.

783 EuGH, 05.10.1988, C-247/86, Rn. 10 – *Asatel*; *Schneider*, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract., 213, 219 (2018).

„When the Agencies investigate whether a merger may lead to a substantial lessening of non-price competition, they employ an approach analogous to that used to evaluate price competition... the Agencies normally evaluate mergers based on their impact on customers.“⁷⁸⁴

Die Analogie besteht dabei in folgendem Zusammenhang: In kostenpflichtigen Märkten kann Preisbestimmungsmacht dargelegt werden, indem gezeigt wird, dass das Unternehmen den Preis als Wettbewerbsparameter unabhängig von seinen Wettbewerbern kontrollieren kann. Analog müsste auf kostenfreien Märkten gezeigt werden, dass sich ein Unternehmen unabhängig von seinen Wettbewerbern im Qualitätswettbewerb verhalten kann. Preisbestimmungsmacht liegt vor, wenn ein Unternehmen seine Preise dauerhaft erhöhen kann, ohne signifikant Umsatzeinbußen zu erleiden und dadurch unprofitabler zu werden.⁷⁸⁵ Analog kann Qualitätsbestimmungsmacht vorliegen, wenn das Unternehmen die Qualität seiner Produkte reduzieren kann, ohne dass es Absatz verliert und so unprofitabler wird.⁷⁸⁶ Zum Beispiel kann ein Unternehmen die Ausgaben für Kundenservice senken. Die beiden Situationen sind vergleichbar, weil in beiden Fällen die Margen erhöht werden, nur im ersten Fall durch eine Erhöhung des Preises und im letzteren durch eine Senkung der Kosten. Das bedeutet, dass das Unternehmen die Austauschbeziehung einseitig zulasten der Abnehmer verschlechtern kann, ohne daraus Konsequenzen in Form von Absatzverlusten ziehen zu müssen. Das geschieht einmal durch eine Erhöhung des Preises und einmal durch eine Senkung der Qualität. Ein solches Verhalten können sich in beiden Fällen nur Unternehmen erlauben, auf die eine große Anzahl Abnehmer angewiesen sind. Kein Abnehmer nutzt schließlich freiwillig ein Produkt, das zu teuer oder qualitativ geringwertig ist. Er wird vielmehr von dem Unternehmen dazu gezwungen, weil er keine Ausweichmöglichkeit hat. Wenn das Unternehmen seine Produkte nicht stetig verbessern muss, zeigt es damit, dass es sich vom Qualitätswettbewerb unabhängig verhalten kann. Dies stellt dann Marktmacht dar.

Das BKartA sieht eine spezielle Ausprägung dieser Form von Marktmacht in dem in *Facebook* so bezeichneten „Datenverarbeitungsspielraum“. Dieser „marktmachtrelevante Verhaltensspielraum“ trete insbesondere bei werbefinanzierten Internetplattformen auf, die unmittelbare mo-

784 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 2.

785 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 79.

786 So auch *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 8.

netäre Zahlungen der Dienstanutzer durch Vermarktung von deren Aufmerksamkeit und Nutzungsdaten in Form der zielgerichteten Werbung an Werbetreibende ersetzen. Das Ausmaß der Datenverarbeitung sei dabei ein Teil der Qualität des Dienstes anzusehen. Denn die wirtschaftliche Nutzung von Kundendaten sei gegenüber allen Marktseiten in hohem Maße ein wettbewerblich bedeutender Faktor.⁷⁸⁷ Damit erkennt das BKartA ausdrücklich an, dass es Marktmacht in dieser Ausprägung geben kann, die sich nicht auf den Preis, sondern auf die Qualität des Produkts bezieht.

Digitale Marktmacht hat somit zwei Facetten: sie kann sich in der Preisbestimmungsmacht, aber auch in einer Qualitätsbestimmungsmacht äußern.

B. Ökonomie digitaler Marktmacht

Dieser Abschnitt behandelt die ökonomischen Besonderheiten digitaler Marktmacht. Zuerst wird gezeigt, wie Internetplattformen Marktmacht begründen (I.) und danach, wie sie sie verlieren können (II.).

I. Begründung digitaler Marktmacht

Internetplattformen generieren Marktmacht in erster Linie durch Netzwerkeffekte. Diese unterteilen sich in marktinterne (1.) und marktexterne (2.) Netzwerkeffekte.

1. Marktinterne Netzwerkeffekte

a) Wirkungsweise der Netzwerkeffekte

aa) Direkte und indirekte Netzwerkeffekte

Netzwerkeffekte haben einen zentralen Einfluss auf die Marktposition von Plattformen, weil sie dazu führen, dass bereits etablierte Netzwerke mit einer hohen Nutzerzahl für weitere Nutzer attraktiv werden, wodurch sich ein selbstverstärkender Prozess und eine Konzentrationstendenz entwi-

⁷⁸⁷ BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 379 f. – *Facebook*.

ckeln können.⁷⁸⁸ Ein soziales Netzwerk wird beispielsweise attraktiver für seine Nutzer, je mehr andere Nutzer dort bereits angemeldet sind, weil dies zusätzliche Kontakte ermöglicht. Das stellt einen direkten Netzwerkeffekt dar. Diese Effekte tragen zur Entstehung und Aufrechterhaltung von Marktmacht bei. Liegen sie in besonders ausgeprägter Form vor, können sie sich aber auch auf die Marktabgrenzung auswirken: hat beispielsweise ein soziales Netzwerk (wie Facebook) besonders viele Nutzer, ist ein anderes, kleines Netzwerk aus Verbrauchersicht möglicherweise nicht substituierbar, weil die Anzahl der Nutzer ein Merkmal der Austauschbarkeit darstellt. Dann kann ein Netzwerk, das im Übrigen vergleichbare Funktionalitäten wie Facebook anbietet, trotzdem außerhalb des relevanten Marktes liegen.⁷⁸⁹ Im Falle Facebooks gaben 76% der Nutzer an, dass sie einen anderen Dienst nutzen würden, wenn ihre Freunde ebenfalls diesen Dienst nutzten. Dass der andere Dienst bessere Funktionen zur Verfügung stellt, wäre für nur 35% ein Grund zur stärkeren Nutzung des anderen Dienstes.⁷⁹⁰

Eine andere Art von Netzwerkeffekten wirkt bei Handelsplattformen, bei denen Verkäufer und Käufer jeweils voneinander profitieren. Eine Plattform mit besonders vielen Nutzern der einen Gruppe ist für Nutzer der anderen Gruppe besonders wertvoll. Somit wird ein Zuwachs in einer Gruppe zu einem Zuwachs in der anderen Gruppe führen und damit wieder zu einem Zuwachs in der ersten Gruppe. Dies ist ein sogenannter indirekter Netzwerkeffekt.

Netzwerkeffekte stellen außerdem Skaleneffekte dar, worauf auch § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB hinweist.⁷⁹¹ Je mehr Nutzer eine Plattform auf sich vereinigen kann, desto mehr Kostenvorteile gehen damit im Vergleich zu kleineren Plattformen einher.⁷⁹² Hierauf stellte das BKartA bereits in *Immonet/Immwelt, CTS Eventim/Four Artists* sowie *Facebook* ab.⁷⁹³

Dabei gibt es einen Zeitpunkt, an dem eine Plattform derart viele Nutzer hat, dass der Markt in Richtung des Marktführers „kippt“. Dieser Zeit-

788 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 300; *Massarotto*, W. Comp. 2018, 396, 414 f.

789 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 272 f. – *Facebook*.

790 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 520 – *Facebook*.

791 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 54.

792 *Tamke*, NZKart 2018, 503, 506.

793 BKartA, Fallbericht v. 25.6.2015, B6-39/15, S. 5 – *Immwelt/Immonet*; BKartA, Entscheidung v. 23.11.2017, B6-35/17, Rn. 188 f. – *CTS Eventim/Four Artists*; BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 477 ff. – *Facebook*.

punkt wird „tipping“ genannt.⁷⁹⁴ Dann kann es vorkommen, dass das Netzwerk derart wichtig für die Nutzer wird, um mit den anderen Plattformseiten in Kontakt zu kommen, dass sie an das Netz gebunden sind („Lock-in“).⁷⁹⁵ Sind beispielsweise alle Freunde einer Person in einem sozialen Netzwerk angemeldet, hat die Person keine Wahl, als ebenfalls diesem Netzwerk beizutreten.⁷⁹⁶

Weil es regelmäßig auf diesen Märkten zu einem tipping kommt, wodurch nur ein dominanter Anbieter übrig bleibt, ist von „Winner-takes-it-all-Märkten“ die Rede.⁷⁹⁷ Dann findet der Wettbewerb nicht im Markt, sondern *um* den Markt statt.⁷⁹⁸

Netzwerkeffekte steigern außerdem die Wechselkosten für die Nutzer, wenn sie bei einem Wechsel der Plattform nicht mehr von den Netzwerkeffekten profitieren.⁷⁹⁹ Ein Nutzer eines sozialen Netzwerks verliert alle Verbindungen, die er auf einer Plattform hatte, wenn er zu einem anderen Anbieter wechselt. Die Wechselkosten setzen sich damit einerseits aus den Kosten für den Beitritt zu einem anderen Netzwerk und andererseits aus den Opportunitätskosten zusammen, d.h. den Kosten, die durch den Verlust der Netzwerkeffekte des alten Netzwerks entstehen. Die Wechselkosten nehmen daher mit der Stärke der Netzwerkeffekte des alten Netzwerks zu.⁸⁰⁰ Aufgrund seiner Entscheidungen für ein bestimmtes Netzwerk in der Vergangenheit ist der Nutzer ab einem bestimmten Punkt nicht mehr gewillt, zu einem neuen Netzwerk zu wechseln. Für den Nutzer ist es, nachdem er bereits Investitionen in ein Netzwerk getätigt hat, an einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr sinnvoll, das Netzwerk zu wechseln, obwohl das andere Netzwerk, hätte er sich von Beginn an dafür entschied-

794 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 50 f.; Kommission, Entscheidung v. 6.12.2016, M.8124, Rn. 343 – *Microsoft/LinkedIn*.

795 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 302.

796 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 456 ff. – *Facebook*.

797 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 54.

798 *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 152 f.

799 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 110; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 100; Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 302.

800 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 113 f.

den, mehr Vorteile bietet. Diese Pfadabhängigkeit kann die Marktposition von etablierten Netzwerken stärken.⁸⁰¹

Außerdem können Netzwerkeffekte Markteintrittsbarrieren darstellen: es wird schwer für eine neues Netzwerk, den Markt zu betreten, wenn es mangels einer großen Nutzerbasis für andere Nutzer wenig attraktiv ist. Neue Marktteilnehmer müssen erst eine „kritische Masse“ an Nutzern erreichen, um wirksam konkurrieren können.⁸⁰² Diesen Effekt beobachtet das BKartA unter anderem bei Aufmerksamkeitsplattformen. So setzt das Amt seine Plattfortmptypologie, die bereits im Bereich der Marktabgrenzung verwendet wurde, bei der Marktmachtbestimmung fort.⁸⁰³

Netzwerkeffekte können dabei nur zu einer beherrschenden Stellung beitragen, wenn sie in positiver Weise wirken. Eine erhöhte Nutzeranzahl einer Plattform macht sie beispielsweise für Werber attraktiver. Umgekehrt schafft jedoch eine Mehrzahl an Werbern nicht Marktmacht für die Plattform gegenüber den Nutzern. Hier wirken keine oder negative Netzwerkeffekte.⁸⁰⁴

Festzuhalten ist damit, dass Internetplattformen aus Netzwerkeffekten Marktmacht generieren können. Diese Tatsache wird in den Entscheidungen der Kartellbehörden zur Marktmacht von Internetplattformen stets hervorgehoben.⁸⁰⁵

801 *Conrad*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 39, Rn. 444; *Economides*, in: Jansen, The New Economy and Beyond, 116; *Paal*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 102.

802 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 51 f.; *Ewald*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 7, 72; Kommission, Entscheidung v. 6.12.2016, M.8124, Rn. 346 – *Microsoft/LinkedIn*.

803 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 442 ff. – *Facebook*.

804 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 53 ff.

805 Siehe zum Beispiel BKartA, 24.07.2015, Fallbericht, B8-67/15, 3 – *Verivox/ProSiebenSat.1*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 3 f. – *Immonet/ImmoWelt*; Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 130 – *Facebook/WhatsApp*; Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 25, 106 – *Microsoft II (Internet Explorer)*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 302 ff. – *Google/DoubleClick*; Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 19 – *Travelport/Worldspan*; Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 420, 470, 520 ff., 878, 980 – *Microsoft I*; Kommission, 13.10.2000, M.2050, Rn. 64 – *Vivendi/Canal+/Seagram*.

bb) Datenmacht als Netzwerkeffekt

Ähnlich Netzwerkeffekten können auch datenbedingte Größeneffekte Marktmacht generieren.⁸⁰⁶ So können zum Beispiel Suchmaschinen ihre Suchanfragen besser auf den individuellen Nutzer hin anpassen, wenn sie bereits die Anfragen anderer Nutzer kennen. Je mehr Nutzer eine Suchmaschine hat, desto präziser kann sie deren Interessen in zukünftigen Suchanfragen vorhersagen. Dadurch erhöht sich die Qualität der Suchmaschine, wodurch sie wiederum Nutzer gewinnt. Der Wert der Plattform steigt damit zwar nicht unmittelbar mit der Anzahl der Nutzer, sondern mit der Größe des Datenbestands und damit nur mittelbar mit der Nutzeranzahl. Eine Studie hat ergeben, dass die Größe des Datenbestands tendenziell die Qualität der Suchergebnisse verbessert, wobei vor allem persönliche Daten einen starken Effekt haben.⁸⁰⁷ Die Zusammensetzung des Datenbestands spielt dabei eine wesentliche Rolle. Erst eine ausgewogene Kombination von verschiedenen Datenarten ermöglicht eine Individualisierung auf hohem Niveau.⁸⁰⁸ Die Wirkungsweise ist dabei ähnlich wie bei direkten Netzwerkeffekten, sodass auch Suchmaschinen durch datenbedingte Größeneffekte Marktmacht generieren können.⁸⁰⁹

Manne/Wright vertreten hingegen, dass der größere Datenbestand es der Suchmaschine nur ermöglicht, ein besseres Produkt anzubieten. Höhere Qualität sei aber nicht gleichzusetzen mit Marktmacht. Insofern unterschieden sich die Wirkungen zwischen den Nutzern bei Suchmaschinen von denen zwischen Nutzern von sozialen Netzwerken. Bei sozialen Netzwerken sei ein Nutzer gezwungen, sich bei einem bestimmten Netzwerk anzumelden, wenn er mit bestimmten anderen Nutzern in Kontakt treten möchte. Das sei bei Suchmaschinen nicht der Fall. Hier könne der Nutzer ebenso gut eine andere Suchmaschine in Anspruch nehmen.⁸¹⁰

Auch bei dem Wechsel zu einer anderen Suchmaschine müsste der Nutzer dann jedoch eine geringere Qualität in Kauf nehmen, weil die konkur-

806 Vgl. oben Kapitel 2 C.II.

807 *Schaefer/Sapi/Lorincz*, DIW Berlin Discussion Papers 1730 (2018).

808 Kommission, Entscheidung v. 11.3.2008, COMP/M.4731, Rn. 273 – *Google/DoubleClick*; *Graef*, W. Comp. 2015, 473, 501 f.; *Nuys*, WuW 2016, 512, 515; *Schepp/Wambach*, J. Euro. Comp. L. & Practice 2016, 120, 122; *Körber*, NZKart 2016, 303, 305 f.; *Körber*, in: Immenga/Körber, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 81, 89.

809 Vgl. BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 95 f.

810 *Manne/Wright*, 34 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 171 (208–211) (2011).

rierenden Anbieter aufgrund ihrer geringeren Datenbestände auch nur weniger präzise Suchergebnisse liefern könnten. Auf diese Weise ergibt sich tatsächlich aus höherer Qualität Marktmacht, soweit die Qualität maßgeblich von der Intensität der Netzwerkeffekte beziehungsweise der datenbedingten Größeneffekte abhängt. Die Nutzer werden durch diese Effekte bei einem Anbieterwechsel mit teils erheblichen Qualitätseinbußen konfrontiert. In ähnlicher Weise steht es auch den Nutzern sozialer Netzwerke offen, zu anderen Netzwerken mit kleinerer Nutzerbasis zu wechseln, wobei sie jedoch akzeptieren müssten, dass aufgrund der geringeren Netzwerkeffekte auch die Qualität geringer wäre.

Gleichwohl ist die Intensität, mit der die Nutzer an eine Suchmaschine durch datenbedingte Größeneffekte gebunden werden, schwächer als bei Netzwerkeffekten. So können Suchmaschinen ihre Daten auch aus Drittquellen erheben und so unabhängig von der Nutzerzahl einen Dienst anbieten.⁸¹¹ Zudem könnten datenbedingte Größeneffekte dadurch eingeschränkt werden, dass die datenverarbeitenden Unternehmen durch vertragliche Bindungen oder das Datenschutzrecht einschließlich der Grundrechte daran gehindert werden, die Datenbestände zu verbinden oder zu verarbeiten. Ohne diese Verbindung können die Daten an Wert verlieren. Hierauf haben sowohl die Kommission als auch die FTC hingewiesen.⁸¹² Dabei vermag jedoch nicht bereits die bloße Existenz dieser Rechte den Verhaltensspielraum des Unternehmens einzuschränken. Es muss klar werden, weshalb im Einzelfall konkret die Rechte geltend gemacht werden und so das Unternehmen kontrollieren können.⁸¹³

Festzuhalten ist damit, dass Daten zwar einen Netzwerkeffekt darstellen können, jedoch einen, der mit geringerer Intensität wirkt.

cc) Daten als Produkt

Von dieser Form der Marktmachtgenerierung ist eine weitere Form zu unterscheiden. Werden Daten als Produkt in einem Markt gehandelt, kann ein Unternehmen, das einen Großteil dieser Daten kontrolliert, sich in der

811 Vgl. Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 73.

812 *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 70–78 (2018); FTC, 20.12.2007, 071-0170, 12 – *Google/DoubleClick*; Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 177 ff. – *Microsoft/LinkedIn*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 368 – *Google/DoubleClick*.

813 *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 76–77 (2018).

gleichen Weise unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten wie der Produzent jedes anderen knappen Gutes. Die Kommission grenzte dementsprechend Märkte etwa für Finanzdaten ab.⁸¹⁴ Die Abgrenzung von Märkten für den Handel von Daten ist in der Praxis durchaus keine Seltenheit, sofern die Daten auf einen bestimmten Zweck wie die Finanzmarktanalyse bezogen sind. Für breitere Zwecke wie für Internetwerbung wurde jedoch bislang kein Markt abgegrenzt.⁸¹⁵ Werden Daten als Produkt gehandelt, sind die Marktteilnehmer jedoch üblicherweise keine Internetplattformen, sondern Unternehmen, die ähnlich einem „pipeline-Anbieter“ schlicht ein Produkt an einen Abnehmer verkaufen, ohne dass eine Interaktion zwischen mehreren Parteien vermittelt wird.⁸¹⁶ Das Geschäftsmodell von Internetplattformen ist jedoch nicht auf den Verkauf von Daten ausgerichtet, sondern lediglich auf die Datenverarbeitung zu anderen Zwecken wie Online-Werbung. Daher generieren Internetplattformen ihre Marktmacht nicht aus Daten in diesem Sinne.

b) Fazit zu marktinternen Netzwerkeffekten

Marktmacht kann bei Internetplattformen aus Netzwerkeffekten gefolgert werden. Wirken Netzwerkeffekte und kommt es zu einem „tipping“ im Markt, hat eine Plattform eine derart große Nutzerbasis, dass andere Plattformen keine vollwertigen Ausweichmöglichkeiten darstellen. Dann befinden die Nutzer sich in einem „lock-in“. Bei Internetplattformen muss daher die gesamte Marktmachtbestimmung aus der Perspektive von Netzwerkeffekten vorgenommen werden.

Die hier untersuchten Netzwerkeffekte entstammen sämtlich demjenigen Markt, in dem sie auch ihre Wirkung entfalten. Nutzer eines sozialen Netzwerks, unter denen direkte Netzwerkeffekte wirken, sind Teil des gleichen Marktes für soziale Netzwerke. Genauso sind Käufer und Verkäufer Teil desselben einheitlichen Marktes für Handels- und Auktionsplattformen. Solche Netzwerkeffekte werden hier deswegen *marktinterne* Netzwerkeffekte genannt. Sie unterscheiden sich von marktexternen Netzwerkeffekten. Aus diesen Effekten kann sich ebenfalls Marktmacht ergeben, jedoch auf andere Weise:

814 Kommission, Entscheidung v. 19.02.2008, COMP/M.4726, Rn. 110 – *Thomson/Reuters*.

815 Vgl. oben Kapitel 3 A.III.4.

816 Vgl. zur Definition der Internetplattform oben Kapitel 2 B.

2. Marktexterne Netzwerkeffekte

Netzwerkeffekte können sich nicht nur innerhalb des gleichen Marktes, sondern auch auf anderen Märkten auswirken.⁸¹⁷ Dann liegen die hier sogenannten marktexternen Netzwerkeffekte vor. Diese treten auf verschiedene Weise in Erscheinung (a)). Da die marktexternen Netzwerkeffekte zwei Märkte betreffen, ist es wichtig, diese zwei Märkte klar zu trennen und zu benennen (b)). Auf einem dieser Märkte können marktexterne Netzwerkeffekte als Markteintrittsbarrieren eine Rolle spielen. Dies wird anhand des Beispiels der Datenmacht veranschaulicht (c)). Außerdem wird auf competitive bottlenecks eingegangen, bei denen in besonders starkem Maße marktexterne Netzwerkeffekte wirken können (d)). Schließlich wird das Konzept der „Aftermarkets“ erläutert (e)).

a) Erscheinungsformen

Eine Erscheinungsform dieser marktexternen Netzwerkeffekte sind Werbemärkte. Von Werbern gehen keine direkten Netzwerkeffekte für andere Werber aus. Eine Plattform ist aus der Sicht der Werbenden nicht wertvoller, weil andere Werber ebenfalls dort werben. Ein Werbeunternehmen wie Google ist im Gegenteil attraktiver, wenn es weniger andere Werbekunden gibt, mit denen Interessenten um Werbefläche konkurrieren müssten. Daraus ergibt sich somit auch keine Marktmacht. Marktmacht ergibt sich jedoch aus den Werbekapazitäten: ein Unternehmen, das viel Werbung verkauft, muss auch einen hohen Anteil an den Werbeflächen besitzen. Erhöht das Unternehmen seine Preise, könnten konkurrierende Unternehmen die zusätzliche Nachfrage nicht auffangen, wenn sie nur geringe Werbeflächen zur Verfügung haben. Die Werbekunden sind daher auf den Hauptanbieter angewiesen. Daraus ergibt sich Marktmacht.

In der Internetwerbung kann eine Werbeplattform nur so viel Werbung anbieten, wie sie Nutzer hat. Es gehen somit positive Netzwerkeffekte von den Nutzern in Richtung der Werber aus. Diese Effekte stärken die Position des Werbeunternehmens auf dem Werbemarkt. Die Netzwerkeffekte haben demnach ihren Ursprung nicht in dem Werbemarkt, sondern in dem Nutzermarkt. Fehlen der Plattform die Nutzer, gibt es niemanden,

817 Vgl. *Collyer/Mullan/Timan*, in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* (2018), 71, 73 f.; *Kehder*, *Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte*, 73 f.

dem sie die Werbung zeigen könnte. Die Plattformen könnten demnach nicht mehr verkaufen, weil die Kapazität durch die Nutzerbasis auf der anderen Plattformseite begrenzt ist. Die Marktmacht hängt damit von den Werbekapazitäten ab, die jedoch wiederum von den Netzwerkeffekten aus dem Nutzermarkt abhängt. Somit wird auch hier Marktmacht durch marktexterne Netzwerkeffekte generiert. Eine weitere Erscheinungsform von marktexternen Netzwerkeffekten findet sich auf den Märkten für Inhalteanbieter. Inhalteanbieter sind beispielsweise Internetzeitungen, die ihre Nachrichten über Suchmaschinen verbreiten möchten, wie im Fall *VG Media/Google*: Eine Suchmaschine wird aus der Sicht der Zeitungen nicht attraktiver, wenn dort auch viele andere Zeitungen ihre Nachrichten anbieten. Im Gegenteil steigt dadurch ähnlich wie im Werbemarkt lediglich der Druck im Wettbewerb um die Aufmerksamkeit der Nutzer.⁸¹⁸ Es wirken damit keine direkten Netzwerkeffekte auf der Plattformseite der Zeitungen, aus denen die Plattform Marktmacht generieren könnte. Die Netzwerkeffekte, welche die Plattform für die Zeitungen attraktiver machen, rühren vielmehr von den Nutzern her, die sich jedoch nicht auf derselben Plattformseite wie die Zeitungen befinden, sondern ihnen gegenüber liegen. Plattformen wie Suchmaschinen generieren demnach Marktmacht gegenüber Inhalteanbietern, indem sie ihre Position auf dem Nutzermarkt auf den Markt der Inhalteanbieter übertragen.

Die dritte Erscheinungsform von marktexternen Netzwerkeffekten findet sich bei competitive bottlenecks vor. Ein competitive bottleneck verbindet Nutzer auf der einen Plattformseite, die multi-homing betreiben, mit single-homern auf der anderen Seite. Ein Beispiel für ein solches competitive bottleneck sind Reisebuchungssysteme.⁸¹⁹ Die Plattform besitzt gegenüber den multi-homern eine starke Stellung, weil sie den exklusiven Zugang zu bestimmten single-homern kontrolliert. Die multi-homer möchten Zugang zu diesen single-homern, weil von ihnen positive Netzwerkeffekte ausgehen. Der Wettbewerb um die multi-homer findet deswegen eigentlich auf der single-homing-Seite statt: Ziel jedes bottlenecks ist es, möglichst viele single-homer an sich zu binden. Diese Netzwerkeffekte internalisiert die Plattform und erlangt so gegenüber den multi-homern

818 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38 – *VG Media/Google*; LG Berlin, Entscheidung v. 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338 – *VG Media/Google*.

819 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 12 ff. – *Travelport/Worldspan*.

Marktmacht.⁸²⁰ Auch hier entstammen die marktmachtgenerierenden Netzwerkeffekte somit einem anderen Markt.

b) Welcher Markt ist relevant?

Wird Marktmacht außerhalb des relevanten Marktes generiert, sollte dies in der Marktmachtbestimmung auf dem relevanten Markt hervorgehoben werden. Außerdem sollten die Märkte, von denen die Netzwerkeffekte ausgehen, von den Märkten, in denen sie sich auswirken, streng unterschieden werden, da auf ihnen unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen herrschen können.⁸²¹ Die Märkte sollten nicht vermischt oder verwechselt werden.

Marktexterne Netzwerkeffekte ermöglichen es Unternehmen, ihre starke Stellung in einem Markt auf einen anderen Markt zu übertragen. *Khan* nennt diese Form von Marktmacht „leveraging power“.⁸²² Dies ist vor allem in der Missbrauchsaufsicht relevant. Eine marktbeherrschende Stellung muss grundsätzlich in dem Markt vorliegen, in dem auch das missbräuchliche Verhalten geschehen ist.⁸²³ Dieser Grundsatz ist besonders bei mehrseitigen Märkten zu beachten, wenn ein missbräuchliches Verhalten mit mehreren Plattformseiten in Zusammenhang steht.

aa) Die Verfahren VG Media/Google

Das BKartA verfolgte jedoch in *VG Media/Google* einen anderen Ansatz. Das missbräuchliche Verhalten von Google in dem Fall sollte darin bestehen, dass das Unternehmen die Inhalteanbieter der VG Media diskriminierte, indem es ihre Nachrichten in den Suchergebnissen nur noch verkürzt darstellte, wenn sie nicht auf ihre Ansprüche aus dem Leistungsschutzrecht verzichteten, während dies anderen Presseverlagen nicht aufer-

820 Siehe oben Kapitel 3 B.I.3.b)

821 Vgl. oben Kapitel 3 B.I.3.b)

822 *Khan*, 2 Geo. L. Tech. Rev., 325, 328 ff. (2018).

823 So das BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 117 – *VG Media/Google*. Der Grundsatz ergibt sich auch aus der Tetra-Pak-Rspr. des EuGH, nach der eine enge Verbindung nur bei Auseinanderfallen des beherrschten und des Missbrauchsmarktes erforderlich ist, siehe EuGH, 14.11.1996, C-333/94, Rn. 25 – *Tetra Pak II*. Im Umkehrschluss ist die beherrschende Stellung grundsätzlich dort erforderlich, wo das missbräuchliche Verhalten stattfand.

legt worden war.⁸²⁴ Demnach müsste das BKartA eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt prüfen, der zwischen der Plattform und den Verlagen vorliegt. Das Amt ließ jedoch im Ergebnis offen, ob zwischen den Inhalteanbietern und der Plattform ein Markt vorlag.⁸²⁵ Es untersuchte lediglich die Marktanteile Googles nach Nutzungsvorgängen auf dem Suchnutzermarkt.⁸²⁶ Demnach müsste das BkartA eine sogenannte Drittmarktkonstellation prüfen, bei der sich der beherrschte und der Missbrauchsmarkt unterscheiden. Eine solche Drittmarktkonstellation spricht das Amt auch an, jedoch bei der Frage, ob ein Missbrauch der beherrschenden Stellung auf dem Werbemarkt gegenüber den Verlagen möglich war. Im Ergebnis wird die gesamte Konzeption des Missbrauchs auf mehrseitigen Märkten offengelassen.⁸²⁷

Das Vorliegen einer Drittmarktkonstellation ist deshalb entscheidend, weil in diesem Fall besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bevor ein Missbrauch bejaht werden kann. Das Missbrauchsverbot in § 19 GWB wird von der Rspr. so ausgelegt, dass Kausalität zwischen der beherrschenden Stellung und dem Missbrauch erforderlich ist. Die Kausalität wird jedoch nur ausdrücklich geprüft, wenn eine Drittmarktkonstellation vorliegt. Sind beherrscher und Missbrauchsmarkt identisch, erfolgt keine separate Prüfung.⁸²⁸ In diesen Fällen ist mit der Kausalbeziehung aber keine strikte Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non* gemeint. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg entfällt, wenn die Handlung hinweggedacht würde. Es reicht vielmehr aus, dass sich die Machtstellung auf dem Missbrauchsmarkt zumindest auswirkt.⁸²⁹

824 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 168 ff. – *VG Media/Google*.

825 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 119, 129, 145 f. – *VG Media/Google; Körber*, WuW 2015, 120, 125.

826 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 154 ff. – *VG Media/Google*.

827 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 170 ff. – *VG Media/Google*.

828 BGH, Entscheidung v. 04.11.2003, KZR 16/02, NJW-RR 2004, 1178, 1179 – *Strom und Telefon I; Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 283-285; *Westermann*, in: MüKo Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 42.

829 „Das Diskriminierungsverbot wird also durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nur dann verletzt, wenn die marktbeherrschende Stellung des diskriminierenden Unternehmens gerade auf dem Markt besteht oder sich auswirkt, auf dem das betr. Unternehmen behindert oder unterschiedlich behandelt wird.“ – st. Rspr. seit BGH, Entscheidung v. 07.11.1960, KZR 1/60, BGHZ 33, 259, Rn. 10 – *Molkereigenossenschaft*; BGH, 04.11.2003, KZR 16/02, NJW-RR 2004,

Auf die Kausalität ging das BKartA jedoch in seiner Entscheidung nicht ein.

Auch in dem Verfahren des LG Berlin zum gleichen Sachverhalt stellte das Gericht für die beherrschende Stellung auf den Markt für Internetsuche aus Nutzersicht ab, sah das missbräuchliche Verhalten jedoch in einer Diskriminierung gegenüber den Verlagen, ohne dabei die Kausalität als Voraussetzung zu erwähnen.⁸³⁰

bb) Der Fall Google Shopping

Ähnlich gelagert ist der Fall *Google Shopping*, in dem Google bestimmte Inhalteanbieter in seinen Suchergebnissen diskriminierte, indem es den eigenen Shopping-Dienst im Vergleich zu anderen Diensten in seinen Suchergebnissen bevorzugt darstellte und andere Anbieter herabstufte. Der relevante Missbrauchsmarkt bestand zwischen der Suchmaschine und den Shopping-Diensten Dritter. In diesem Markt geht es den Dritten darum, ihre Dienste über Suchmaschinen und andere Plattformen im Internet zu verbreiten. Wie oben in *VG Media/Google* ist das in diesem Markt gehandelte Produkt daher die Verbreitung und Vermittlung von Internetinhalten – in einem Fall die Inhalte von Verlagen, im anderen Fall die Inhalte der Shopping-Dienste. Die Kommission grenzte jedoch einen solchen Inhaltsvermittlungsmarkt nicht ab, sondern prüfte lediglich das Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf dem Nutzermarkt für Internetsuche, der die Beziehung zwischen der Suchmaschine und den Nutzern betraf.⁸³¹ Erneut fallen demnach der beherrschte und der Missbrauchsmarkt auseinander („Marktdivergenz“).

Der EuGH hat in *Tetra Pak II* entschieden, dass nur besondere Umstände es rechtfertigen, ein Verhalten als Missbrauch einzustufen, das auf

1178, Rn. 21 – *Strom und Telefon I*; OLG Frankfurt am Main, Entscheidung v. 22.02.2005, 11 U 47/04, WuW/E DE-R 1589, Rn. 24 – *Fernsehzeitschrift*. Siehe auch *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 285; *Westermann*, in: MüKo Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 42.

830 LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 66 ff. – *VG Media/Google*. Das LG nennt zwar nicht spezifisch den Nutzermarkt, sondern allgemein einen Markt für Internetsuche, der sich auch auf Werbung beziehen könnte. Aus den hohen Marktanteilen, die das LG zugrunde legt (mehr als 90%), ergibt sich aber, dass es sich um den Nutzermarkt handeln muss.

831 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 271 ff. – *Google Shopping*.

einem nicht beherrschten Markt stattgefunden hat. Das soll der Fall sein, wenn zwischen den Märkten eine enge Verbindung besteht, die dem Unternehmen auch auf dem nicht beherrschten Markt ein gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern unabhängiges Verhalten ermöglicht. Im Fall wurde diese enge Verbindung bejaht, weil die Kunden von Tetra Pak im einen Markt auch potentielle Kunden im anderen Markt waren. Die Kunden (Abfüller von flüssigen Grunderzeugnissen) konnten sowohl aseptische als auch nichtaseptische Materialien von Tetra Pak nutzen.⁸³² Die Kommission nennt in ihrem Diskussionspapier zu Art. 102 AEUV außerdem Fälle von komplementären Produkten oder potentiellen Substituten, bei denen eine enge Verbindung vorliegen soll.⁸³³ Weiterhin wird die enge Verbindung nicht derart strikt ausgelegt, dass eine Kausalitätsbeziehung zwischen Marktmacht und Missbrauch erforderlich ist.⁸³⁴

In *Google Shopping* erkannte die Kommission, dass der Missbrauchsmarkt und der beherrschte Markt auseinanderfielen.⁸³⁵ Sie stellt jedoch fest, dass trotzdem ein Missbrauch vorliegen kann, wenn das Unterneh-

832 EuGH, Entscheidung v. 14.11.1996, C-333/94, Rn. 27 ff – *Tetra Pak II*. Warum bei einer Austauschbarkeit der beiden Materialien aus Kundensicht trotzdem verschiedene Märkte abgegrenzt wurden, bleibt genauso offen wie die Frage, warum von einem nicht beherrschten Markt die Rede ist, auf dem Tetra Pak sich aber unabhängig von den anderen Wirtschaftsteilnehmern verhalten kann.

833 Kommission, Discussion Paper on the Application of Art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), Rn. 101. Es gibt außerdem eine umfangreiche Rspr. dazu, ob auch ein Missbrauch unter Art. 102 AEUV fällt, bei dem sich das Verhalten auf einem anderen als dem beherrschten Markt auswirkt; das Verhalten selbst muss dabei jedoch – anders als hier – auf dem beherrschten Markt stattgefunden haben: *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 134 ff.; EuG, Entscheidung v. 17.12.2003, T-219/99, Slg. 2003 II-5917, Rn. 127 – *British Airways/Kommission*; EuG, Entscheidung v. 12.12.2000, T-128/98, Slg. 2000, II-3929, Rn. 164 f. – *Aéroports de Paris*; EuGH, Entscheidung v. 03.10.1985, 311/84, Slg. 1985, 3261, Rn. 26 f. – *CBEM-Télémarketing*; EuGH, Entscheidung v. 21.02.1973, Rs. 6-72, Slg. 1973, 215, Rn. 27 – *Continental Can*.

834 *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 134; EuGH, Entscheidung v. 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*; EuGH, Entscheidung v. 21.02.1973, Rs. 6-72, Slg. 1973, 215, Rn. 27 – *Continental Can*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 136; *Schmidt*, in: Ezrachi, Research Handbook on International Competition Law, 369, 379 f. A.A. *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 131 ff.

835 Denkbar wäre es auch, Googles Verhalten nicht als Diskriminierung gegenüber Wettbewerbern, sondern als Kopplungsgeschäft gegenüber den Abnehmern zu begreifen. Schließlich bietet Google zwingend seine Suchmaschine nur mit dem eigenen Shopping-Dienst an. Dann würde das missbräuchliche Verhalten auch

men durch das Verhalten seine beherrschende Stellung auf einen anderen Markt ausdehnen kann, indem es dort den Wettbewerb stört. Die Tatsache, dass ein Verhalten seinen wettbewerbsschädigenden Effekt nur außerhalb des beherrschten Marktes entfaltet, verhindere nicht das Vorliegen eines Missbrauchs. Es sei nicht erforderlich, dass die beherrschende Stellung, das missbräuchliche Verhalten und der wettbewerbsschädigende Effekt alle im selben Markt vorliegen.⁸³⁶ Dabei beruft sie sich auf eine umfangreiche Rspr. des EuGH.⁸³⁷ Die Kommission zitiert einerseits die Tetra-Pak-Rspr. und andererseits Urteile, die sich auf die Entscheidung *Commercial Solvents* berufen: in *CBEM* stellte der EuGH erstens darauf ab, ob das Unternehmen den Markt für eine Dienstleistung beherrscht, die unerlässlich für die Tätigkeit eines Unternehmens auf einem anderen Markt ist. Zweitens fordert er eine enge Verbindung zwischen den Märkten nach der Tetra-Pak-Rspr.⁸³⁸ Auch in *TeliaSonera Sverige* wurde eine enge Verbindung gefordert.⁸³⁹ In *Irish Sugar* bezog sich das EuG auf *Commercial Solvents* und stellte fest, dass es für einen Missbrauch ausreicht, wenn ein missbräuchliches Verhalten sich auf einem anderen Markt als dem, auf dem es stattfand, wettbewerbsschädigend auswirkt.⁸⁴⁰ Aus der Microsoft-Entscheidung des EuG zitiert die Kommission lediglich eine Stelle, an der der Gerichtshof bemerkt, dass Microsoft seine Marktmacht von einem Markt auf den anderen ausgedehnt hätte, wobei jedoch nicht die Missbrauchsvoraussetzungen genannt werden.⁸⁴¹

Eben kritisiert die Kommission zu Recht dafür, die Kriterien dieses Missbrauchs nicht klar darzulegen. Es werde nicht deutlich, ob Googles Verhaltensweise in eine bereits bestehende Kategorie des Missbrauchs fällt oder

gegenüber den Nutzern, d.h. auf dem beherrschten Markt stattfinden. Hierauf berief sich die Kommission jedoch nicht ausdrücklich.

836 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 334 – *Google Shopping*.

837 Die Kommission bezog sich auf EuG, Entscheidung v. 17.09.2007, T-201/04, Rn. 1344 – *Microsoft I*; EuG, Entscheidung v. 07.10.1999, T-228/97, Rn. 166 – *Irish Sugar/Kommission*; EuGH, Entscheidung v. 17.2.2011, C-52/09, Slg. 2011 I-527, Rn. 85 – *TeliaSonera Sverige*; EuGH, Entscheidung v. 14.11.1996, C-333/94, Rn. 25 – *Tetra Pak II*; EuGH, Entscheidung v. 03.10.1985, C-311/84, Slg. 1985, 3261, Rn. 27 – *CBEM-Télémarketing*.

838 EuGH, Entscheidung v. 3.10.1985, C-311/84, Slg. 1985, 3261, Rn. 26 – *CBEM-Télémarketing*.

839 EuGH, Entscheidung v. 17.2.2011, C-52/09, Slg. 2011 I-527, Rn. 85 f. – *TeliaSonera Sverige*.

840 EuG, Entscheidung v. 7.10.1999, T-228/97, Rn. 165 f. – *Irish Sugar/Kommission*.

841 EuG, Entscheidung v. 17.09.2007, T-201/04, Rn. 1344 – *Microsoft I*.

einen neuen Missbrauchstypus darstellt. Aus dem Blickwinkel der Rechtsicherheit sei diese Entscheidung daher fragwürdig.⁸⁴²

Höppner ordnet diese Entscheidung nicht als Fall der Tetra-Pak-Rspr. ein, sondern sieht sie in der Linie von *Commercial Solvents*.⁸⁴³ Das würde bedeuten, dass eine enge Verbindung nicht erforderlich ist, da der Gerichtshof eine solche in der Entscheidung nicht forderte. Es stellt sich daher die Frage, ob das Verhalten Googles in *Google Shopping* in die Fallgruppe von *Tetra Pak II* oder in diejenige von *Commercial Solvents* einzuordnen ist.

Google soll Höppner zufolge seine Marktmacht von dem Markt für Internetsuche (Primärmarkt) auf den Markt für Produktvergleichsdienste (Sekundärmarkt) ausgedehnt haben („Leverage“), was ebenso der Fall in *Commercial Solvents* gewesen sein soll.⁸⁴⁴ In *Commercial Solvents* besaß ein Unternehmen eine beherrschende Stellung im Markt für die Rohstoffe, die zur Herstellung eines Chemieprodukts nötig waren. Der Missbrauch bestand aber in der Verweigerung dieser Lieferung der Rohstoffe und fand damit auf dem beherrschten Markt statt. Das Geschehen auf einem anderen Markt, nämlich dem Markt für das Produkt selbst, wurde in der Entscheidung zwar relevant, jedoch nur insofern, als sich das missbräuchliche Verhalten nicht auf dem beherrschten Markt, sondern auf dem nicht beherrschten Sekundärmarkt für das Chemieprodukt auswirkte.⁸⁴⁵ In *Google Shopping* fand das missbräuchliche Verhalten auf dem Markt der Inhalteanbieter statt, die von Google gegenüber den eigenen Angeboten Googles benachteiligt wurden. Zur Begründung der beherrschenden Stellung bezieht sich die Kommission aber auf den Markt für Internetsuche aus Nutzerperspektive. Google soll seine Marktmacht aber nicht gegenüber den Nutzern, sondern gegenüber den Inhalteanbietern missbraucht haben.⁸⁴⁶ Es handelt sich um ein horizontales Verhalten gegenüber Wettbewerbern – anderen Preisvergleichsdiensten –, nicht um ein vertikales Verhalten gegenüber Abnehmern. Damit fallen der beherrschte und der Missbrauchsmarkt auseinander. In *Commercial Solvents* fielen diese beiden Märkte jedoch zusammen, während sich das Verhalten nur auf einem Sekundär-

842 *Eben*, 14 Euro. Comp. J. 129, 147–150 (2018).

843 EuGH, Entscheidung v. 6.03.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*; Höppner, WuW 2017, 421.

844 Höppner, *European Competition and Regulatory Law Review* 2017, 208, 210.

845 EuGH, Entscheidung v. 06.03.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223, Rn. 20 ff. – *Commercial Solvents*.

846 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 271 ff. – *Google Shopping*.

markt wettbewerbsschädigend auswirkte. Auch in *Google Shopping* ging es zwar um die Ausweitung von Marktmacht von einem auf den anderen Markt („Leverage“), da das Unternehmen versuchte, seine Marktmacht von dem Markt für Internetsuche auf den Markt für Vergleichs-Shoppingdienste auszuweiten.⁸⁴⁷ Nicht alle Leverage-Fälle fallen jedoch unter die Commercial Solvents-Rspr. Vielmehr ist eine Marktmachtausweitung bei Marktdivergenz unter die Tetra-Pak-Rspr. zu fassen.⁸⁴⁸ Damit ist eine enge Verbindung erforderlichlich.

In *Google Shopping* unterließ es die Kommission, die enge Verbindung zu prüfen, obwohl der beherrschte und der Missbrauchsmarkt auseinanderfielen. Die Kommission bemerkt jedoch, dass Googles Verhalten wahrscheinlich wettbewerbsschädigende Wirkungen auf dem Markt für Vergleichsdienste und dem Markt für Nutzer hatte und sieht den Fall damit primär auf einer Linie mit *Commercial Solvents*.⁸⁴⁹ Die Kommission hält mithin eine enge Verbindung nicht für erforderlichlich, solange sich das Verhalten wettbewerbsschädigend auswirkt. Da diese Wirkung ohnehin erforderlichlich ist, um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung anzunehmen, ist nach Ansicht der Kommission ein Missbrauch ohne weitere Voraussetzungen auch zu bejahen, wenn er nicht auf dem beherrschten Markt stattfindet.

Aus guten Gründen hätte die Kommission diese enge Verbindung in *Google Shopping* aber prüfen und auch bejahen können:

cc) Vermutung des Vorliegens einer engen Verbindung bei Online-Plattformen?

Eine enge Verbindung zwischen dem beherrschten und dem Missbrauchsmarkt wird in den meisten Fällen von Online-Plattformen vorliegen. Es ist gerade die Natur von Online-Plattformen, dass sie mehrere Märkte verbindet und durch diese Verbindung Gewinn erwirtschaftet. Insbesondere sind die Plattformseiten durch Netzwerkeffekte verknüpft,⁸⁵⁰ was als eine Fall-

847 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 342 f. – *Google Shopping*.

848 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 138; *Westermann*, in: MüKo Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 42; *Desealers*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 464.

849 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 341, 589 – *Google Shopping*.

850 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 55.

gruppe für das Vorliegen einer engen Verbindung geeignet erscheint. Das BKartA betonte in *VG Media/Google* sogar, dass zwischen den Plattformseiten ein „enger innerer Zusammenhang bei zugleich einheitlichem wirtschaftlichem Zweck“ vorlag.⁸⁵¹ Daher bietet es sich an, das Vorliegen einer solchen Verbindung bei Online-Plattformen widerleglich zu vermuten.⁸⁵² Das sollte vor allem gelten, wenn die enge Verbindung dem Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil auf dem nicht beherrschten Markt gewährt und so die Unternehmensposition stärkt.⁸⁵³

Die Vermutung könnte widerlegt werden, wenn kein wettbewerblicher Zusammenhang zwischen den Plattformseiten besteht. Dieser fehlt zum Beispiel, wenn keine oder nur schwache Netzwerkeffekte von der beherrschten Seite in Richtung derjenigen Seite ausgehen, auf der der Missbrauch stattfindet. So ist eine Werbepattform gegenüber ihren Nutzern nicht aus dem Grund in einer starken Position, dass sie viele Werbekunden hat. In dieser Richtung muss keine enge Verbindung vorliegen.

Unabhängig von der Lösung des konkreten Einzelfalls zeigt sich, dass die Wirkung von Netzwerkeffekten grundsätzlich die Vermutung rechtfertigt, dass bei Online-Plattformen eine enge Verbindung im Sinne der *Tetra-Pak-Rspr.* vorliegt.

Das deutsche Recht fordert im Unterschied zum europäischen Recht Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten.⁸⁵⁴ Auch hier kann es sinnvoll sein, die Kausalität widerleglich zu vermuten. Wegen der Netzwerkeffekte lässt sich grundsätzlich davon ausgehen, dass eine Machtstellung auf einer Plattformseite sich auf die andere Seite auswirkt, was der Plattform die Möglichkeit verschafft, diese Stellung marktübergreifend auszunutzen. Gehen zum Beispiel von einer großen Nutzerbasis starke Netzwerkeffekte in Richtung der Werbekunden aus, wirkt sich dies positiv auf den Verhaltensspielraum der Plattform gegenüber den Werbekunden aus. Etwas anderes könnte wie

851 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 125 – *VG Media/Google*.

852 Ähnlich *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 580.

853 Diese Wettbewerbsvorteile kamen z.B. auch dem Unternehmen *Tetra Pak* zu, das auf zwei Märkten potentielle Substitute verkaufte: die Abnehmer sind eher auf das Unternehmen auf dem nicht beherrschten Markt angewiesen, wenn sie wissen, dass sie das potentielle Substitut nur bei demselben Unternehmen erwerben können, vgl. EuGH, Entscheidung v. 14.11.1996, C-333/94, Rn. 27 ff. – *Tetra Pak II*.

854 Siehe oben Kapitel 4 B.I.2.b)aa).

oben beschrieben gelten, wenn Netzwerkeffekte nur in eine Richtung wirken.

Das Aufstellen von Vermutungen bietet sich vor allem bei Internetplattformen an. Häufig sind hier die Wirtschaftszyklen derart kurzlebig, dass die Wettbewerbsbedingungen auf dem untersuchten Markt sich ändern, wenn ein Verfahren mehrere Jahre andauert. Das Verfahren in der Sache *Google Shopping* dauerte beispielsweise fast sieben Jahre an.⁸⁵⁵ Mundt möchte daher vermehrt mit Vermutungen arbeiten, um die Verfahrensdauer abzukürzen.⁸⁵⁶ Aufgrund der Schnellebigkeit des Sektors können bei einer zu langen Verfahrensdauer Fakten geschaffen werden, bevor die Behörde eingreifen kann, um den Wettbewerbsprozess zu schützen. Ein zu lange andauerndes Missbrauchsverfahren kann beispielsweise bedeuten, dass ein Markt bereits abgeschottet ist und die vom Missbrauch betroffenen Unternehmen nicht mehr wettbewerbsfähig sind. Andererseits kann sich eine Missbrauchsentscheidung auch dadurch erledigen, dass der freie Markt und neue, innovative Unternehmen die Wettbewerbsstörung beseitigen. Zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung können Vermutungen ein wirksames Mittel sein. So wird der Nachweis einer beherrschenden Stellung erleichtert. Gerade dieser Nachweis kostet in der Praxis viel Zeit und Aufwand.

dd) Zwischenergebnis

Die Mehrseitigkeit von Plattformen spielt für die Auswahl des relevanten Marktes und den Zusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauch eine wichtige Rolle. Werden bei Plattformen separate Märkte abgegrenzt, muss genau benannt werden, in welchem Markt das missbräuchliche Verhalten stattfand und welcher Markt beherrscht wird. Fallen der Missbrauchsmarkt und der beherrschte Markt auseinander, liegt eine so-

855 Vgl. Kommission, 27.06.2017, AT.39740 – *Google Shopping*; Kommission, Pressemitteilung v. 30.11.2010, Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google, IP/10/1624.

856 Vgl. Global Competition Review vom 20.3.2018, abrufbar unter <https://globalcompetitionreview.com/article/1166816/germany-considers-new-rebuttable-presumptions>, zuletzt abgerufen am 29.9.2018. Das DoJ nimmt eine andere Ansicht ein, weil es eine Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen befürchtet, vgl. Global Competition Review vom 22.3.2018, abrufbar unter <https://globalcompetitionreview.com/article/1167109/us-doj-pushes-back-on-calls-for-new-rebuttable-presumptions>, zuletzt abgerufen am 29.9.2018.

nannte Marktdivergenz vor. Für diesen Fall fordert die Rspr. im europäischen Recht eine enge Verbindung zwischen den beiden Märkten und im deutschen Recht Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten.

In den Fällen *VG Media/Google* des BKartA und *Google Shopping* der Kommission lag eine solche Marktdivergenz vor. Gegenstand der Verfahren war ein missbräuchliches Verhalten Googles gegenüber den Unternehmen, die auf der Suchmaschinenplattform Inhalte anbieten. In beiden Fällen bejahten die Behörden jedoch lediglich eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Internetsuche aus Nutzersicht. Damit fielen der Missbrauchsmarkt und der beherrschte Markt auseinander. Das BKartA ging jedoch nicht auf die Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten ein. Die Kommission erkannte zwar die Marktdivergenz, prüfte aber nicht das Vorliegen einer engen Verbindung, wie es die Tetra-Pak-Rspr. vorschreibt, sondern das Vorliegen von wettbewerbsschädigenden Effekten auf dem nicht beherrschten Markt. Dies ist eine Voraussetzung, die der EuGH in *Commercial Solvents* aufstellte, ein Fall, in dem jedoch keine Marktdivergenz vorlag. Damit scheint die Kommission nicht die richtigen Voraussetzungen für einen Missbrauch zu prüfen.

Vorzugswürdig ist es stattdessen, einen der drei folgenden Wege zu beschreiten, wenn ein Fall von Marktdivergenz vorliegt:

In einem echten Fall von Marktdivergenz haben die Behörden das zusätzliche Element der Kausalität beziehungsweise der engen Verbindung zu prüfen.⁸⁵⁷ Bei Internetplattformen bietet es sich an, diese Voraussetzung aufgrund der Netzwerkeffekte und der wechselseitigen Verbundenheit der Plattformseiten widerleglich zu vermuten.

Zweitens ist es bei Fällen von Marktdivergenz häufig möglich, den Sachverhalt aus einer anderen Perspektive als Missbrauch auf einem beherrschten Markt zu begreifen und damit die Marktdivergenz zu verneinen. Dann liegt keine Marktdivergenz, sondern „Markteinheit“ vor. Das Verhalten von Google gegenüber den Inhalteanbietern hat sich in den beiden Fällen auch auf die Nutzer ausgewirkt, indem ihnen andere Suchergebnisse angezeigt wurden: in *VG Media/Google* wurde den Nutzern eine verkürzte Ergebnisliste angezeigt⁸⁵⁸ und in *Google Shopping* die Ergebnisse von konkurrierenden Shopping-Vergleichsdiensten vorenthalten. Das erzwungene Anbieten des Google-Shopping-Vergleichsdienstes zusammen mit der allge-

857 So auch *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 579 f.

858 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 118 – *VG Media/Google*.

meinen Suche von Google könnte außerdem als Koppelungsgeschäft im Sinne des Art. 102 lit. d AEUV und damit als gemischt horizontal-vertikalen Missbrauch sowohl gegenüber den Nutzern als auch gegenüber den Wettbewerbern eingeordnet werden.⁸⁵⁹ Die Mehrseitigkeit von Online-Plattformen ermöglicht es, derart unterschiedliche Sichtweisen einzunehmen. In *LiveUniverse v MySpace* ging es um ein ähnlich gelagertes Verhalten einer Internetplattform. Die Plattform beherrschte den Nutzermarkt und ließ die Links zu konkurrierenden Websites in den Beiträgen seiner Nutzer nicht mehr erscheinen. Das Gericht ordnete das Verhalten hier jedoch als Missbrauch gegenüber den Nutzern ein, der sich lediglich auch auf die Wettbewerber auswirkte.⁸⁶⁰ Wird in dieser Weise das Verhalten als Missbrauch auf einem beherrschten Markt qualifiziert, liegt kein Fall von Marktdivergenz mehr vor und es müssen auch keine zusätzlichen Voraussetzungen geprüft werden.

Die dritte Möglichkeit besteht darin, ebenfalls keine echte Marktdivergenz anzunehmen, indem jedoch nicht der Nutzermarkt als relevant angesehen wird, sondern der Markt zwischen der Plattform und den Inhabern. In diesem Markt bietet die Plattform den Inhabern einen Vertriebsweg für ihre Inhalte. Online-Zeitungen nutzen die Suchmaschine Google beispielsweise, um von interessierten Lesern in der News-Sparte gefunden werden zu können. Das BKartA erwog in dieser Beziehung die Abgrenzung eines Verkehrsvermittlungsmarktes.⁸⁶¹ In diesem Markt könnte – wie die Behörden es in *VG Media/Google* und *Google Shopping* angenommen haben – das missbräuchliche Verhalten zu verorten sein, jedoch auch eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, wenn die marktexternen Netzwerkeffekte berücksichtigt werden: Die Suchmaschine besitzt gegenüber den Inhabern eine starke Position, weil sie eine hohe Anzahl an Nutzern hat, denen die Webseitenbetreiber ihre Inhalte anbieten können.⁸⁶² Je mehr Nutzer eine Plattform hat, desto attraktiver wird sie aus Sicht der Inhaber. Einige Anbieter sind sogar auf Suchmaschinen angewiesen, um Besucherverkehr auf ihrer Website zu generieren.⁸⁶³ Insofern gehen von den Nutzern marktexterne Netzwerkeffekte in Richtung

859 Akman, 2017 U. Ill. J. L. Tech. & Pol'y, 301 (2017).

860 *LiveUniverse, Inc. v. MySpace, Inc.*, CV 06-6994 AHM, 10 ff. (C.D. Cal. Jun. 4, 2007).

861 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 129 – *VG Media/Google*.

862 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 32 ff. – *VG Media/Google*.

863 Einige Anbieter generieren über 50% ihres Besucheraufkommens durch Suchmaschinen, siehe BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 36 – *VG Media/Google*.

der Inhaltenanbieter aus, die der Plattform gegenüber den Inhaltenanbietern Marktmacht verschaffen können. Auf diese Weise begründen die marktexternen Netzwerkeffekte Marktmacht und ein marktübergreifender Missbrauch kann auch als Verhalten in einem einzigen Markt betrachtet werden. Auch hier liegt dann kein Fall von Marktdivergenz vor und es ist nicht erforderlich, dass eine enge Verbindung oder Kausalität vorliegt.

Diese drei Perspektiven spielen allein im Missbrauchsverbot eine Rolle. In der Fusionskontrolle kann es vorkommen, dass sich die Unterscheidung von mehreren Märkten nicht auf das Ergebnis auswirkt. Das fusionierte Unternehmen muss nicht in allen Märkten, in denen es tätig ist, eine beherrschende Stellung besitzen, damit ein Zusammenschluss untersagt wird. Gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO, § 36 Abs. 1 S. 1 GWB reicht es aus, wenn die neue Einheit einen einzigen Markt beherrscht. Unabhängig davon, ob eine marktbeherrschende Stellung aufgrund von marktinternen oder marktexternen Netzwerkeffekten entsteht, muss der Zusammenschluss untersagt werden. Nichtsdestoweniger ist es aber auch in der Fusionskontrolle wichtig für die Transparenz der Entscheidung, diesen Unterschied herauszustellen.⁸⁶⁴

c) Marktexterne Netzwerkeffekte als Markteintrittsbarriere am Beispiel der Datenmacht

Marktexterne Netzwerkeffekte können außerdem als Markteintrittsbarriere zur Festigung von Marktmacht beitragen. Dies lässt sich am Beispiel der „Datenmacht“ veranschaulichen: Für die Entwicklung und den Verkauf von bestimmten Produkten wie Internetwerbung ist es erforderlich, auf große Datenbestände zuzugreifen. Fehlt dieser Zugriff, ist der Marktzutritt unwahrscheinlich.⁸⁶⁵ Von den Datenbeständen gehen Netzwerkeffekte aus, weil das Produkt des Unternehmens mit der Größe des Datenbestands attraktiver für die Werbekunden wird. Es sind jedoch nicht die Daten dieser Werbekunden, die einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, sondern die Daten der Nutzer auf der anderen Plattformseite. Daher handelt es sich um marktexterne Netzwerkeffekte. Diese Effekte sind von den oben be-

⁸⁶⁴ Für das Transparenzgebot vgl. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 1 Abs. 2, 2 EUV; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 1 EUV, Rn. 35 ff.

⁸⁶⁵ *Colangelo/Maggiolino*, 13 Euro. Comp. J., 249, 259 f. (2017).

schriebenen marktinternen Netzwerkeffekten aus Datenbeständen zu unterscheiden.⁸⁶⁶

aa) Die Rspr. zu Datenbeständen

In mehreren Entscheidungen grenzte die Kommission Märkte ab, in denen Produkte verkauft wurden, die auf Daten basieren, wie Online-Werbung,⁸⁶⁷ Marktforschung,⁸⁶⁸ Kundenverwaltungssoftware⁸⁶⁹ oder aufbereitete Datenbanken.⁸⁷⁰ Innerhalb dieser Märkte wurde der Datenbestand als Faktor für Marktmacht betrachtet, obwohl die Daten anderen Märkten entstammten. Auch § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB sieht den „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ als Marktmachtfaktor an.⁸⁷¹ Die Regierungsbeurteilung zur 9. GWB-Novelle möchte diesen Zugang zu Daten als Markteintrittsbarriere berücksichtigen.⁸⁷² Dieser Weg passt zur bisherigen Praxis zu Datenbeständen. In einer Reihe von Entscheidungen wurden Datenbe-

866 Vgl. oben Kapitel 4 B.I.1.a)bb).

867 Kommission, Entscheidung v. 04.09.2012, COMP/M.6314, 191 f. – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*. In *Facebook/WhatsApp* berücksichtigte die Kommission einerseits den Einfluss von Daten auf die Position der neuen Einheit auf dem Werbemarkt. Andererseits grenzte sie auch einen Datenmarkt ab, vgl. Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 181 ff. – *Facebook/WhatsApp*.

868 Kommission, Entscheidung v. 19.12.2014, M.7337, Rn. 77 ff. – *IMS Health/Cegedim Business*; Kommission, Entscheidung v. 09.01.2014, M.7023, Rn. 617 ff. – *Publicis/Omnicon*; Kommission, Entscheidung v. 12.02.2001, COMP/M.2291, Rn. 10 – *VNU/AC Nielsen; PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc.*, No. C-12-6120 EMC, 1 ff (N.D. Cal. 2013).

869 Kommission, Entscheidung v. 6.12.2016, M.8124, Rn. 256 – *Microsoft/LinkedIn*.

870 Kommission, Entscheidung v. 14.05.2008, COMP/M.4854, Rn. 17 ff. – *TomTom/Tele Atlas*.

871 Vgl. BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 481 – *Facebook*.

872 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 56.

stände als Markteintrittsbarriere berücksichtigt.⁸⁷³ Auch in der Literatur wird diese Lösung empfohlen.⁸⁷⁴

In der Fusionskontrolle werden Datenbestände in einigen Fällen nicht unter dem Merkmal der marktbeherrschenden Stellung geprüft, sondern als Teil der allgemeineren Frage, ob der Wettbewerb durch den Zusammenschluss beeinträchtigt wird.⁸⁷⁵

Das BKartA stellt für das Vorliegen einer Markteintrittsbarriere bei datengetriebenen Plattformen zwei Voraussetzungen auf: Erstens muss der Zugang zu bestimmten Daten wichtig sein, um auf einem Markt erfolgreich tätig zu werden. Zweitens ist erforderlich, dass andere Marktteilnehmer nicht in der Lage sind, die nötigen Daten, die bereits im Besitz der im Markt tätigen Unternehmen sind, selbst zu erheben oder sich über Dritte Zugang zu solchen Daten zu verschaffen.⁸⁷⁶ Daten sind jedoch im Internet aus zahlreichen Quellen verfügbar („data is everywhere“). Zudem nehmen die meisten Nutzer mehrere Dienste in Anspruch (multi-homing).⁸⁷⁷ Daher wird es selten vorkommen, dass es einem Unternehmen nicht möglich ist, Daten für die Verwertung in der Internetwerbung selbst zu erheben oder durch Dritte zu erlangen. Diese Regel des BKartA konkretisiert damit

873 Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 10.05.2016, 11 f.; BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 481 ff. – *Facebook*; BKartA, Big Data und Wettbewerb (Oktober 2017), 7; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, Rn. 94 ff.; FTC, Entscheidung v. 20.12.2007, 071-0170, 12 f. – *Google/DoubleClick*; FTC, Analysis of Agreement Containing Consent Order to Aid Public Comment 2, Nielsen Holdings N.V. & Arbitron, Inc., FTC File No. 131-0058 (Sept. 20, 2013), 2 ff.; *FTC v CCC Holdings, Inc.*, 605 F.Supp.2d 26, 38 f., 49 ff. (D.D.C. 2009); Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 287 – *Google Shopping*; Kommission, Entscheidung v. 24.2.2017, M.8180, Rn. 82, 91 – *Verizon/Yahoo*; Kommission, Entscheidung v. 25.05.2014, COMP/M.7137, Rn. 312, 474 ff. – *EDF/Dalkia en France*; Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, ABl. EU 2008/C 265/07, Rn. 78; OFT, Entscheidung v. 11.11.2013, ME/6167/13, Rn. 75 ff. – *Google/Waze*; *U.S. v. Bazaarvoice, Inc.*, Case No. 13-cv-00133WHO, Competitive Impact Statement, 5 (08.05.2014).

874 *Holzweber*, NZKart 2016, 104, 108; *Schepp/Wambach*, J. Euro. Comp. L. & Practice 2016, 120, 121; *Tucker/Welford*, Big Mistakes Regarding Big Data, Antitrust Source December 2014, 4 ff.; *Louven*, NZKart 2018, 217, 220.

875 *Kadar/Bogdan*, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 479, 486 m.w.N (2017).

876 BKartA, Big Data und Wettbewerb (Oktober 2017), 7. Die Voraussetzungen erinnern an diejenigen für das Vorliegen einer essential facility, vgl. *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 316 ff.

877 Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 4 B.I.2.d)aa) und oben Kapitel 3 B.I.3.

die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Markteintrittsbarriere aufgrund von existierenden Datenbeständen.

Die Ausführungen der Praxis erschöpfen sich jedoch meist in allgemeinen Beschreibungen darüber, welche Rolle Datenbestände im Wettbewerb spielen können. In *VG Media/Google* bemerkte das BKartA lediglich, Google verfüge über einen „umfangreichen Zugang zu Nutzerdaten“. Googles Dienste würden von einer „sehr hohen Zahl von Webseiten-Betreibern“ eingesetzt.⁸⁷⁸ Beziffert werden beide Feststellungen jedoch nicht. Auch in *Facebook* quantifizierte das BKartA die Datenmenge nicht, beschäftigte sich jedoch ausführlich mit den verschiedenen Datenquellen des Unternehmens und mit der Art und Weise, wie diese verwertet werden.⁸⁷⁹

Auch die Regelung in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB, die anordnet, dass bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auch auf seinen Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten abgestellt werden müsse, bringt insofern keine Klarheit. Diese Formulierung ist zwar in ihrer Allgemeinheit nicht zu bestreiten, hält aber für die Rechtsanwendung keine konkreten Vorgaben wie Schwellenwerte oder Kennzahlen bereit, die dazu führen könnten, dass die Entscheidungen der Kartellbehörden vorhersehbar würden. Auch die Regierungsbegründung stellt lediglich fest, dass die Herrschaft eines Unternehmens über Daten und seine Möglichkeiten zur Datenverarbeitung für seine Marktmacht relevant werden könne. Im Ergebnis sei jedoch eine „Gesamtbetrachtung aller Umstände“ erforderlich.⁸⁸⁰ Da in der Marktmachtbestimmung aber ohnehin alle wettbewerbsrelevanten Faktoren berücksichtigt werden müssen, hat diese durch die 9. GWB-Novelle bewirkte Änderung lediglich klarstellende Funktion.⁸⁸¹

Auch die US-amerikanische Praxis bietet keine präzise Beschreibung der Markteintrittsbarrieren im Hinblick auf Datenbestände. So gab die FTC in *Google/DoubleClick* an, dass eine Reihe von Googles Wettbewerbern „wertvolle Datenbestände“ besäße, die Google nicht zur Verfügung ständen. Namentlich Microsoft, Yahoo! und Time Warner hätten eigene, einzigartige Datenbestände.⁸⁸² In *Microsoft/Yahoo!* stellte das DOJ lediglich fest, dass der

878 BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 160 f – *VG Media/Google*.

879 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 483 ff. – *Facebook*.

880 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 56.

881 *Nuys*, WuW 2016, 512, 514.

882 FTC, Entscheidung v. 20.12.2007, 071-0170, 12 – *Google/DoubleClick*.

Datenpool sich durch den Zusammenschluss vergrößere.⁸⁸³ Welche Arten von Daten damit gemeint sind, wird nicht näher erläutert. Es könnte sich dabei um Daten über Alter, Geschlecht, Beruf, Wohnort oder Konsumverhalten handeln. Je nach Art der Daten könnte sich die Marktposition des Unternehmens anders darstellen. In ähnlicher Weise wird auch die Größenordnung der Datenbestände nicht konkretisiert.

In *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* entschied die Europäische Kommission, dass die Daten, die der neuen Einheit zur Verfügung stehen werden, auch andere Marktteilnehmer wie Google, Apple, Facebook oder Kreditkartenunternehmen und Einzelhändler besäßen.⁸⁸⁴ Dabei bezog sich die Kommission auf Daten zu Alter, Geschlecht, Wohnstatus, Beruf, Ort und Gerätedaten von Mobiltelefonen.⁸⁸⁵ Hinsichtlich der Menge der Daten und dem Größenverhältnis der unterschiedlichen Datenbestände zueinander lässt die Kommission den Rechtsanwender aber im Dunklen. Es wird lediglich festgestellt, dass es andere Unternehmen gibt, die Datenbestände besitzen – wie wertvoll, nutzbar oder umfangreich diese sind, wird nicht näher untersucht. Die Kommission stellte außerdem in *Microsoft/LinkedIn* und *Verizon/Yahoo!* lediglich fest, dass die Kombination der Datenbestände der Parteien die Markteintrittsbarrieren nicht erhöhen würden, weil auch nach dem Zusammenschluss eine große Menge Nutzerdaten verfügbar seien, die für die relevanten Zwecke wertvoll seien und nicht der exklusiven Kontrolle der Parteien unterlägen.⁸⁸⁶ In *Facebook/WhatsApp* ermittelte die Kommission zwar Marktanteile auf einem „Datenmarkt“ für Daten, die für die Internetwerbung relevant seien. Sie legte aber nicht offen, nach welchen Kriterien die Daten als austauschbar betrachtet wurden. Vielmehr berief sie sich auf eine Studie eines externen Dienstleisters.⁸⁸⁷ Wie oben beschrieben ist es auch zweifelhaft, ob in einer sinnvollen Weise ein Markt abgegrenzt werden kann, der alle Daten ent-

883 DOJ, Statement on the Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corp. and Yahoo! Inc (18.02.2010).

884 Kommission, Entscheidung v. 04.09.2012, COMP/M.6314, Rn. 543 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.

885 Kommission, Entscheidung v. 04.09.2012, COMP/M.6314, Rn. 542 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.

886 Kommission, Entscheidung v. 24.2.2017, M.8180, Rn. 91 – *Verizon/Yahoo!*; Kommission, Entscheidung v. 6.12.2016, M.8124, Rn. 256 ff. – *Microsoft/LinkedIn*.

887 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 188 – *Facebook/WhatsApp*.

hält, die für die Individualisierung von Werbung genutzt werden könnten.⁸⁸⁸

Ebenso allgemein gehalten ist ein Vorschlag aus der Literatur, nach dem einzelfallbezogen zu prüfen sei, ob das „Zusammenspiel zwischen Datenmenge, -qualität und -verfügbarkeit sowie den Möglichkeiten zur Auswertung und Monetarisierung der Daten“ zu Größen- und Netzwerkeffekten führt.⁸⁸⁹ Einer bloß einzelfallbezogenen Prüfung fehlt es gerade an einer Regelgebundenheit, auf welche die Rechtsanwendung und die Unternehmen angewiesen sind.

Im Gegensatz dazu ist in der bisherigen Rspr. zu Markteintrittsbarrieren außerhalb der digitalen Wirtschaft klar geregelt, dass unter anderem rechtliche Zugangsschranken, hohe Anfangsinvestitionen oder Größeneffekte zur Annahme von Markteintrittsbarrieren führen,⁸⁹⁰ wobei es sich durchweg um bezifferbare oder bestimmbarere Faktoren handelt. Derartige Faktoren sind auch für die Berücksichtigung von Datenbeständen als Markteintrittsbarrieren notwendig.

Festzuhalten ist somit, dass es bislang unklar geblieben ist, wann ein Datenbestand ausreichend groß ist, dass er für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung erheblich wird.

bb) Marktanteile im Datenverarbeitungsmarkt als Indikator für Eintrittsbarrieren

Eine Möglichkeit, die Markteintrittsbarrieren zu quantifizieren, könnte darin bestehen, auf die Marktanteile in dem Markt abzustellen, in dem die Daten verarbeitet werden. Sie können Aufschluss darüber geben, wie groß der Datenbestand sein muss, auf den das Unternehmen zur Datenverarbeitung zurückgreifen kann. Es lässt sich davon ausgehen, dass der Datenbestand umso größer ist, je höher die Anteile des Unternehmens auf dem datenverarbeitenden Markt sind. Ein Unternehmen, das beispielsweise einen hohen Anteil im Internetwerbemarkt hält, muss einen großen Datenbestand besitzen, um die Internetwerbung auf den Nutzer hin zu individualisieren. Besitzt ein Unternehmen einen großen, wertvollen Datenbestand, wird es diesen Datenbestand vernünftigerweise nutzen, um ihn wirtschaft-

888 Siehe dazu oben Kapitel 3 A.III.4.

889 Nuys, WuW 2016, 512, 516.

890 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 111.

lich zu verwerten. Es wird schließlich grundsätzlich angenommen, dass Unternehmen ihren Gewinn maximieren.⁸⁹¹ Der Marktanteil im Datenverarbeitungsmarkt lässt auf diese Weise einen Rückschluss auf die Größe des Datenbestands zu.

Auf diese Weise muss kein „Datenmarkt“ abgegrenzt werden. Die Abgrenzung eines solchen Datenmarktes ist – wie oben beschrieben – auch nicht immer empfehlenswert.⁸⁹²

Der Markt für Online-Werbung wird dabei kleiner sein als der Markt für Online-Werbedaten, da einige Unternehmen zwar Daten erheben, diese aber nicht unbedingt nutzen, um Werbung anzubieten.⁸⁹³ Umgekehrt ist es schwer vorstellbar, dass Unternehmen ohne jeglichen Zugriff auf Datenbestände individualisierte Online-Werbung anbieten können.

Dieses Prinzip, nach dem Daten als Markteintrittsbarrieren Berücksichtigung finden können, kann jedoch lediglich einen Grundsatz darstellen, von dem Ausnahmen gemacht werden dürfen. Es gibt Fälle, in denen die Daten nicht in einem kommerziellen Geschäftsmodell verarbeitet werden und damit den Marktanteil im Datenverarbeitungsmarkt nicht beeinflussen. Das war z.B. in *Facebook/WhatsApp*⁸⁹⁴ der Fall, da WhatsApp seinen Datenbestand noch nicht in Form von Online-Werbung monetarisierte. Auch in *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*,⁸⁹⁵ erwirtschafteten weder die Parteien noch das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen Umsätze. Geht man davon aus, dass Unternehmen ihre Ressourcen gewinnbringend und effizient nutzen, ist es aber unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen einen großen Datenbestand besitzt, ohne dass es auf einem Datenverarbeitungsmarkt erhebliche Marktanteile hält. Erst wenn nachgewiesen wird, dass ein großer, nicht-monetarisierter Datenbestand vorliegt, sollte dieser ebenfalls in der Untersuchung der Markteintrittsbarrieren berücksichtigt werden. Im Grundsatz kann aber der Datenbestand als Markteintrittsbarriere in Form des Marktanteils des Unternehmens im Datenverarbeitungsmarkt berücksichtigt werden.

891 *Blair/Carruthers*, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 65.

892 Siehe oben Kapitel 3 A.III.4.

893 Für die Betreiber kleiner Online-Handelswebseiten wird es sich beispielsweise nicht lohnen, eine eigene Werbeplattform anzubieten. Diese Betreiber werden eher die Werbeangebote großer Anbieter wie Google AdSense nutzen, vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 14.07.2016, IP/16/2532 (Google Shopping/ AdSense).

894 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 3 – *Facebook/WhatsApp*.

895 Kommission, Entscheidung v. 04.09.2012, COMP/M.6314, Rn. 564 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.

d) Competitive bottlenecks

aa) Wettbewerbliche Situation bei competitive bottlenecks

Besonders stark wirken die marktexternen Netzwerkeffekte bei competitive bottlenecks. Competitive bottlenecks zeichnen sich durch die Kombination von single- und multi-homing aus. Die single- und die multi-homing-Seiten der Plattform stellen dabei wegen der heterogenen Wettbewerbsbedingungen separate Märkte dar.⁸⁹⁶ Die wettbewerbliche Situation auf der single-homing-Seite unterscheidet sich deutlich von der auf der multi-homing-Seite. Da die single-homer die multi-homer über jede Plattform erreichen können und weil von der single-homing-Seite positive marktexterne Netzwerkeffekte ausgehen, bemühen sich die Plattformen darum, die single-homer als Mitglieder zu gewinnen. Der Wettbewerbsdruck ist dementsprechend hoch und die Preise sind niedrig oder sogar negativ.⁸⁹⁷ Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist unwahrscheinlich.

Gemäß § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB ist „die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer“ bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen. Der Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle schreibt dazu:

„Die Frage der Wettbewerbsintensität hängt damit nicht zuletzt vom im Markt vorherrschenden Nutzerverhalten im Sinne eines Multi-Homings oder einer ausschließlichen Nutzung nur einer Plattform (Single-Homing) ab. Multi-Homing der Nutzer auf der einen Seite wird der anderen Nutzergruppe in der Regel einen größeren Spielraum bei der Wahl der Plattform oder des Netzwerkes verschaffen.“⁸⁹⁸

Genauer wird das BKartA:

„In dieser Situation [des competitive bottlenecks] kann aktuell eine Marktmacht bei isolierter Betrachtung dieser Plattforseite schwerlich angenommen werden.“⁸⁹⁹

896 Siehe zur Marktabgrenzung oben Kapitel 3 B.I.3.

897 Vgl. Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 135 ff. – *Travelport/Worldspan*.

898 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 55.

899 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 72.

Auch die Kommission zögert bei der Annahme einer marktbeherrschenden Stellung auf der single-homing-Seite, z.B. in *Travelport/Worldspan*: obwohl der Zusammenschluss in mehreren Mitgliedsstaaten zu Marktanteilen von 70-80% führte, soll die neue Einheit nicht in der Lage gewesen sein, den single-homing-Markt zu beherrschen.⁹⁰⁰

Das wirft die Frage auf, wie diese besonderen Wettbewerbsbedingungen rechtlich zu berücksichtigen sind.

bb) Rechtliche Berücksichtigung als Nachfragemacht?

Denkbar wäre eine Berücksichtigung der starken Stellung der single-homer als Nachfragemacht.⁹⁰¹ Competitive bottlenecks sind darauf angewiesen, dass die Nutzer ihre Dienste nachfragen. Das Vorliegen von Nachfragemacht richtet sich nach der Größe und wirtschaftlichen Bedeutung der Nachfrager für das Unternehmen und nach ihrer Fähigkeit, schnell zu anderen Anbietern zu wechseln, Markteintritte zu fördern oder eine vertikale Integration vorzunehmen beziehungsweise glaubwürdig damit zu drohen.⁹⁰² Der einzelne Nutzer hat jedoch für die Plattform nur eine geringe wirtschaftliche Bedeutung, auch wenn diese oft problemlos den Anbieter wechseln können.⁹⁰³ Bei Werbepattformen haben beispielsweise die Daten beziehungsweise die Aufmerksamkeit eines einzelnen Nutzers für die Plattform einen geringen Wert. Nachfragemacht eines einzelnen Nutzers wird somit selten vorliegen. Die Plattformen sind nur auf die Nutzer als Gesamtheit angewiesen. Demnach ist allenfalls eine *kollektive* Nachfragemacht der Nutzer denkbar. Dafür gelten die Grundsätze der kollektiven Anbietermacht entsprechend.⁹⁰⁴ Die Nachfrager müssten durch wirtschaftliche Bande so eng miteinander verbunden sein, dass sie auf dem Markt in gleicher Weise und unabhängig von den Anbietern vorgehen können.⁹⁰⁵ Eine solche Bande fehlt jedoch zwischen den meisten Plattformnutzern.

900 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 129 ff. – *Travelport/Worldspan*.

901 So für das mit dem competitive bottleneck verwandte Konzept der „Intermediationsmacht“ *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 74.

902 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. 2009/C 45/02, Rn. 18.

903 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 316 f. – *Google Shopping*.

904 *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 69.

905 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 145.

Meist haben die Nutzer nur ein geringes Interesse daran, koordiniert vorzugehen. Damit scheint eine kollektive Nachfragemacht der Nutzer nur unter besonderen Umständen denkbar.⁹⁰⁶

Nachfragemacht könnte jedoch in einer anderen Beziehung vorliegen: zwischen der Plattform und den multi-homern. Die multi-homer treten gegenüber der Plattform als Anbieter auf, während die Plattform das Produkt des multi-homers an die single-homer weiter verkauft. Dem multi-homer geht es vor allem um die Nachfrage der single-homer, welche die Plattform als bottleneck bündelt. Diese Nachfrage ist für die Wettbewerbsposition entscheidend. Damit ähnelt der Fall des competitive bottlenecks der Situation von großen Einzelhandelsunternehmen, die gegenüber kleineren Herstellern Nachfragemacht besitzen. Diese Einzelhandelsunternehmen stellen eine klassische Fallgruppe der Nachfragemacht dar.⁹⁰⁷ Den multi-homing-Markt könnte man in diesem Sinne als „Beschaffungsmarkt“ ansehen.⁹⁰⁸ Im Fall *Travelport/Worldspan* waren die Reiseleistungsanbieter als multi-homer darauf angewiesen, ihre Leistungen über jedes Reisebuchungssystem anzubieten.⁹⁰⁹ Insofern kam den Reisebuchungssystembetreibern als Nachfragemittlern der Reiseleistungen eine starke Nachfrageposition zu.

Die Abgrenzung zwischen Anbieter- und Nachfragemacht ist allgemein nicht klar definiert. Einfach ist die Unterscheidung nur in den Fällen, in denen der Anbieter ein Produkt verkauft und der Nachfrager lediglich den Preis zahlt. Bei einem Tausch bspw. zahlt aber keine Partei einen Preis. Beide bieten jeweils ihr eigenes Produkt an und fragen das Produkt des Gegenübers nach. Ökonomisch betrachtet ist Nachfrage- von Anbietermacht nicht zu unterscheiden, sondern nur „eine andere Seite derselben Medaille“.⁹¹⁰ Auch die juristische Methodik zur Bestimmung der Nachfragemacht ist mit der zur Anbietermacht identisch.⁹¹¹ Das mag erklären, weshalb die Praxis zur Nachfragemacht sehr spärlich ist – im europäischen

906 So auch *Silva*, *Concurrences* 2018 (2), 39, 48.

907 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., *Kartellrecht*, Art. 102 AEUV, Rn. 153; *Westermann*, in: *MünchKomm Kartellrecht* Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 43.

908 *Westermann*, in: *MünchKomm Kartellrecht* Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 41.

909 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 80 f. – *Travelport/Worldspan*.

910 *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 205.

911 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., *Kartellrecht*, Art. 102 AEUV, Rn. 151; *Eilmansberger/Bien*, in: *MünchKomm Kartellrecht* Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 76 ff.

Recht wurde dies soweit ersichtlich bislang erst in einem Fall bejaht.⁹¹² Ein neben dem Tausch problematischer Fall ist der des negativen Preises, bei dem von einer Partei sowohl die Hauptleistung erbracht, als auch ein Preis gezahlt wird. In *Travelport/Worldspan* zahlten zum Beispiel die Reisebuchungssystembetreiber an die Reisebüros einen Betrag, damit diese ihr System nutzen.⁹¹³ Trotzdem sind die Reisebuchungssystembetreiber aus funktionaler Sicht die Verkäufer des Zugangs zu ihrem Buchungssystem, während die Reisebüros diese Leistung nachfragen. Sie zahlen lediglich deswegen eine Geldsumme an die Reisebüros, um mehr Kunden zu akquirieren, die ihre Verhandlungsmacht gegenüber den Reiseleistungsanbietern steigern.

Das bottleneck ist jedoch funktional stets als Anbieter einzuordnen – auf allen Plattformseiten. Die Plattform verkauft nämlich allen Parteien in erster Linie ihre Vermittlungsleistung. Hierauf liegt der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit, wie die Rspr. mehrfach bemerkt hat.⁹¹⁴ Darin liegt auch der Unterschied zwischen Plattformen und Einzelhändlern.⁹¹⁵ Letztere kaufen Produkte bei den Lieferanten ein, um diese weiter zu verkaufen,⁹¹⁶ während die Plattform nicht vom multi-homer abkauft, sondern an die nachgelagerte Plattformseite weiter vermittelt, sodass zwischen den Plattformseiten eine Transaktion zustande kommt. Die Leistung, die ein Händler erbringt, ist die Kaufpreiszahlung; die Leistung der Plattform aber die Vermittlung. Damit ist die Plattform gerade nicht Käufer einer fremden Leistung, sondern Verkäufer einer eigenen.⁹¹⁷

Die Position eines bottlenecks gegenüber den multi-homern ist somit als Anbietermacht und nicht als Nachfragemacht zu behandeln.

912 EuG, Entscheidung v. 17.12.2003, T-219/99, Slg. 2003 II-5917, Rn. 216 – *British Airways/Kommission*; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 205.

913 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 80 – *Travelport/Worldspan*.

914 BKartA, Entscheidung v. 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 136 – *CTS EVENTIM/FKP SCORPIO*; BKartA, Entscheidung v. 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 150 – *VG Media/Google*; BKartA, Entscheidung v. 20.12.2013, B9-66/10, Rn. 71 ff. – *HRS*; Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 58 – *Travelport/Worldspan*.

915 Siehe oben Kapitel 2 B.

916 Vgl. BKartA, 28.10.2016, B2-51/16, Rn. 8 ff. – *REWE/Coop*.

917 Vgl. BKartA, Entscheidung v. 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 116 ff. – *CTS EVENTIM/FKP SCORPIO*.

cc) Rechtliche Berücksichtigung als essential facility?

Das competitive bottleneck könnte außerdem als essential facility rechtliche Berücksichtigung finden. Die essential facilities doctrine wird in der Literatur oft mit dem Charakter der facility als „gatekeeper“ oder „Flaschenhals“ in Verbindung gebracht.⁹¹⁸ Tatsächlich aber ist das hier gemeinte competitive bottleneck nicht unbedingt ein Fall der essential facilities doctrine:

Die essential facilities doctrine findet Anwendung, wenn ein Unternehmen anderen Unternehmen den Zugang zu ihren Einrichtungen verweigert, um seine starke Stellung in einem Markt auf einen nachgelagerten Markt zu übertragen („leverage“).⁹¹⁹ Eine essential facility bestand im Fall *Commercial Solvents* beispielsweise in der Position eines Rohstoffherstellers, der seinen Abnehmern die Lieferung verweigerte, um deren Produkt selbst herzustellen. Allein dieser Hersteller konnte die Abnehmer mit dem für ihr Produkt erforderlichen Vorprodukt beliefern.⁹²⁰ Der EuGH wertet eine solche Zugangsverweigerung als Verstoß gegen Art. 102 AEUV, wenn

- (1) kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für die facility besteht,
- (2) die Zugangsverweigerung geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschalten und
- (3) die Verweigerung nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁹²¹

Die erste Voraussetzung der essential facility doctrine ist jedoch wie bei jedem anderen Missbrauch im Sinne des Art. 102 AEUV das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Die doctrine beschreibt ein bestimmtes missbräuchliches Verhalten, für das eine marktbeherrschende Stellung vorausgesetzt wird.⁹²² Vorliegend geht es jedoch gerade um die rechtliche Einordnung des bottlenecks für die Zwecke der Bestimmung des Vorliegens

918 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 316.

919 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 316. Siehe auch zur essential facility bereits oben Kapitel 3 B.I.2.

920 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 318; EuGH, Entscheidung v. 06.03.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*.

921 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 276 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 19 Rn. 74; *Jones/Sufirin*, EU Competition Law, 496 ff.; EuG, 17.09.2007, T-201/04, Rn. 332 ff. – *Microsoft I*; EuGH, 06.04.1995, Verbundene Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 I-00743, Rn. 52 ff. – *Magill*.

922 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 352.

einer beherrschenden Stellung und nicht um die Frage, ob ein missbräuchliches Verhalten festgestellt werden kann. Das competitive bottleneck ist damit bei der Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nicht mit der essential facility doctrine zu erfassen.

dd) Rechtliche Berücksichtigung als Marktmachtvermutung?

Wenn nicht im Rahmen der Nachfragemacht oder der essential facility, könnte die besondere wettbewerbliche Position von competitive bottlenecks doch im Rahmen einer Marktbeherrschungsvermutung eine Rolle spielen.

Auf der single-homing-Seite lassen auch hohe Marktanteile keinen Rückschluss auf Marktmacht zu. Der Verhaltensspielraum der Plattform gegenüber den single-homern ist durch die marktexternen Netzwerkeffekte, die von den single-homern ausgehen, stark eingeschränkt.⁹²³ Vor diesem Hintergrund sollte die Vermutung in § 18 Abs. 4 GWB, der zufolge ein Unternehmen ab einem Marktanteil von 40% seinen Markt beherrscht, auf dieser Plattformseite nicht gelten bzw. regelmäßig widerlegt sein. Gleiches gilt für die von der europäischen Rechtsprechung aufgestellte Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ab einem Marktanteil von 50-70%.⁹²⁴ Dabei können weitere Indizien herangezogen werden, um das Fehlen von Marktmacht zu begründen: in *Travelport/Worldspan* verneinte die Kommission zum Beispiel die marktbeherrschende Stellung auf der single-homing-Seite unter anderem, weil die Reisebüros von den Plattformen derart viele finanzielle Anreize bekamen, dass sie im Ergebnis negative Preise zahlten.⁹²⁵ Denkbar erscheint es sogar, eine Vermutung gegen das Vorliegen von Marktmacht aufzustellen. Schließlich garantieren auch hohe Marktanteile nicht Marktmacht.

Auf der multi-homing-Seite hat die Plattform hingegen eine starke Stellung inne, weil sie den exklusiven Zugang zu den single-homern kontrolliert. Es kann den Unternehmen bereits bei niedrigen Marktanteilen möglich sein, sich zu einem gewissen Grad unabhängig von den multi-homern

923 Holzweber, W. Comp. 2017, 563, 578. Gefordert wird eine „intermarket analysis“ für solche Situationen.

924 Eilmansberger/Bien, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 104.

925 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 135 ff. – *Travelport/Worldspan*.

zu verhalten. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* sprechen von einer „Intermediationsmacht“, wenn Anbieter für den Zugang zur Marktgegenseite auf die Intermediationsdienste der Plattformen angewiesen sind. In diesem Fall ist es denkbar, Marktmacht bereits unterhalb der derzeit erforderlichen Marktanteilsschwellen zu vermuten, beispielsweise ab einem Anteil von 30%.⁹²⁶

Für die Verwendung von Vermutungen spricht das gesetzgeberische Ziel der Beschleunigung von Verfahren gegen Internetplattformen.⁹²⁷ Bei der Wirkung von Vermutungen muss jedoch zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Zivilprozess unterschieden werden:

(1) Kartellrechtliche Vermutungen im Verwaltungsverfahren

Das BKartA und die Kommission müssen im Verwaltungsverfahren ungeachtet von Vermutungen den Sachverhalt umfassend ermitteln. Sowohl für das BKartA als auch für die Kommission gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, § 57 Abs. 1 GWB, §§ 24, 26 VwVfG, Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003.⁹²⁸ Dabei hat das BKartA auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen, § 24 Abs. 2 VwVfG. Die Amtsermittlungspflicht besteht insbesondere dort, wo die Unternehmen auf Informationen angewiesen sind, die ihnen nicht zugänglich sind. Hinweisen der Unternehmen muss das BKartA nachgehen.⁹²⁹ Das BKartA selbst stellt in seinen Leitlinien fest, dass die Vermutungsschwellen aus diesem Grund in der Praxis nur selten zur Anwendung kommen und dass ihre entscheidende Funktion vielmehr darin liegt, im Falle eines Zusammenschlusses den Parteien hinreichende

926 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 42 f., 66 ff.

927 Siehe oben Kapitel 4 B.I.2.b)cc) sowie „Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD in der 19. Legislaturperiode (März 2018), Zeilen 1938 ff.

928 Der Wortlaut des § 57 Abs. 1 GWB („kann“) ist dabei irreführend; die Ermittlung des Sachverhalts ist keine Ermessensentscheidung, sondern eine Amtspflicht. Vgl. *Engelsing*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 57 GWB, Rn. 2. Siehe auch *Ittner*, Die Vermutungen des GWB, 60 ff.; *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 57 GWB, Rn. 4.

929 OLG Düsseldorf, 03.12.2008, VI-Kart 7/06 (V), OLGR Düsseldorf 2009, 553, Rn. 44 – *RTL/Pro7/Sat1*; OLG Düsseldorf, 07.05.2008, VI-Kart 13/07 (V) – *Cargotec*.

Anreize zu geben, dem BKartA frühzeitig alle notwendigen Informationen zu Verfügung zu stellen.⁹³⁰

Auch wenn die Vermutungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist die Behörde daher dazu gezwungen, den Sachverhalt vollständig zu ermitteln.⁹³¹ Dadurch wird eine Verfahrensbeschleunigung unwahrscheinlich.

Ebenso ist auch die Europäische Kommission nach der *Tetra-Laval*-Formel verpflichtet, alle relevanten Daten zu berücksichtigen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen sind.⁹³²

Das wirft die Frage auf, wie sinnvoll Vermutungen im Kartellrecht allgemein sind. Eine Vermutung entfaltet tatsächlich nur dann eine Wirkung, wenn das Gericht das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung weder auszuschließen noch zu bejahen vermag, d.h. wenn ein *non liquet* vorliegt. Das hat der BGH zu § 18 Abs. 4 GWB entschieden.⁹³³ Es handelt sich demnach um eine materielle Beweislastregelung, während die Behörde weiterhin die formelle Beweislast trägt.⁹³⁴

Ist es nicht möglich, das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Marktmacht zu bestimmen, kommt es mithin zu einem *non liquet*, wird die wettbewerbliche Marktsituation aber sehr unklar und schwer durchschaubar sein. Dann ist höchst zweifelhaft, ob es einer pauschalen Vermutung überlassen werden sollte, über das Vorliegen einer beherrschenden Stellung und damit auch über die Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots zu befinden. Der Marktanteil ist zwar ein starkes Indiz für Marktmacht, von dem es jedoch stets Ausnahmen gibt und der daher nicht in genereller Weise ausschlaggebend sein sollte. Vor dem Hintergrund, dass am Ende eines Missbrauchsverbots eine hohe Geldbuße stehen kann, sollte das behördliche Eingreifen nicht von einer Faustregel abhängig gemacht werden. Vielmehr sollte dann in Anbetracht der Unschuldsvermutung das Verfahren

930 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 89.

931 Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle, BT Drs. 17/9852, S. 20; *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 213 ff.

932 EuGH, Entscheidung v. 15.2.2005, C-12/03 P, Rn. 39 – *Tetra Laval*.

933 BGH, 2.12.1980, KVR 1/80 – *Klößner-Becorit; Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 165.

934 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 172; *Kühnen*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 110; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 57 GWB, Rn. 12.

eingestellt werden.⁹³⁵ Insofern ist auch die geltende Regelung in § 18 Abs. 4 GWB kritisch zu sehen.⁹³⁶ Dafür spricht weiterhin, dass die „Vermutung“ des § 18 Abs. 4 GWB aus Sicht des Gesetzgebers tatsächlich ein „Aufgreifkriterium“ sein sollte, durch das das BKartA zur Einleitung des Verfahrens veranlasst werden sollte. Kleine und mittlere Unternehmen sollten nicht mit der Vermutung angegriffen werden können.⁹³⁷ Ritter weist zutreffend darauf hin, dass die Marktanteilsvermutungen eher die Natur einer Leitlinie oder eines Indikators aufweisen.⁹³⁸

Insbesondere bei competitive bottlenecks sprechen die typischen Wettbewerbsbedingungen auf der single-homing Seite dagegen, im Falle eines *non liquet* das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bei einem Marktanteil von 40% zu vermuten.

Im Verwaltungsverfahren wäre eine Vermutung zugunsten einer marktbeherrschenden Stellung auf der multi-homing-Seite daher weder dafür geeignet, das Ziel der Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, noch ist eine Vermutung als materielle Beweislastregelung im Kartellrecht allgemein überzeugend.

(2) Kartellrechtliche Vermutungen im Zivilprozess

Das Kartellrecht wird neben dem Weg der verwaltungsrechtlichen Intervention auch zivilrechtlich durchgesetzt, vgl. § 33 ff. GWB. Im Zivilprozess sollen die Vermutungen in §§ 18 Abs. 4, 20 Abs. 1 S. 2 GWB als sekundäre

935 Siehe zum entscheidungstheoretischen Imperativ im Kartellrecht unten Kapitel 4 B.II.7.c)aa). Die Unschuldsumsetzung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK gilt auch in Ordnungswidrigkeiten- und Bußgeldverfahren, vgl. § 81 Abs. 1, 2 GWB sowie Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 211, 23 ff.; Wolf, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 18 GWB, Rn. 35, 45.

936 So auch Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 174.

937 Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses des Bundestages zur 2. GWB-Novelle, BTDr. 7/765, S. 6 sowie Stellungnahme des Rechtsausschusses, ebda., S. 14 (zur Vorgängernorm in § 22 Abs. 3 GWB a.F.). Für eine über die Funktion des Aufgreifkriteriums hinausgehende Doppelfunktion der Normen Ittner, Die Vermutungen des GWB, 129 ff.; Loewenheim, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 20 GWB, Rn. 41. A.A. Meier, ZHR 145 (1981), 393, 431.

938 Ritter, 6 J. Antitrust Enforcement 189, 196 (2018).

Darlegungslast wirken.⁹³⁹ Die Unternehmen dürfen sich dem BGH zufolge nicht auf unsubstantiiertes Bestreiten zurückziehen, sondern müssen substantiiert darlegen, warum es an dem von der Vermutung begründeten Sachzusammenhang zwischen Marktanteil und Marktbeherrschung fehlt.⁹⁴⁰ In diesem Fall kann eine Vermutung die Beweisführung erleichtern und das Verfahren beschleunigen. Insofern ist auch eine Vermutung zugunsten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung auf der multi-homing-Seite sinnvoll.

Die europäische Rspr. geht von einer marktbeherrschenden Stellung ab einem Marktanteil von 50-70% aus.⁹⁴¹ Die Rechtsnatur dieser Regelung ist jedoch keine Vermutung wie in § 18 Abs. 4 GWB. Die Rspr. betrachtet einen hohen Marktanteil vielmehr als „klares Indiz“ für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.⁹⁴² In diesen Fällen ist in der Regel – von atypischen Konstellationen abgesehen – eine Marktbeherrschung gegeben.⁹⁴³ In vergleichbarer Weise kann es auch sinnvoll sein, das Vorliegen eines competitive bottlenecks indiziell zugunsten bzw. zulasten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen.

939 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 173; *Loewenheim*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 20 GWB, Rn. 41.

940 BGH, 23.02.1988, KZR 17/86, GRUR 1989, 142, 145 – *Sonderungsverfahren*.

941 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 104; *Völcker*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 214, 219 f.

942 EuG, 25.6.2010, T-66/01, Rn. 257 – *ICI/Kommission*; EuG, 30.9.2003, T-191/98, Slg. 2003 II, 3275, Rn. 907 – *Atlantic Container Line u.a./Kommission*; EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 92 – *Hilti*.

943 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 90.

ee) Alleinige oder parallele Marktbeherrschung?

Wurde das Vorliegen von Marktmacht bejaht, stellt sich auf der multi-homing-Seite ein weiteres Problem:

(1) Die rechtliche Problematik: mehrere Marktbeherrscher im selben Markt

Auf der multi-homing-Seite kann es bei competitive bottlenecks vorkommen, dass mehrere Plattformen nebeneinander tätig sind, jeweils den exklusiven Zugang zu ihren single-homing-Nutzern kontrollieren und somit zu einem gewissen Grad Marktmacht gegenüber den multi-homern besitzen.⁹⁴⁴ Das wirft die Frage auf, ob auf der multi-homing-Seite mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung einnehmen können. Bei Reisebuchungssystemen könnte zum Beispiel sowohl Travelport als auch Worldspan eine marktbeherrschende Stellung zukommen, wodurch auf demselben Markt beide Unternehmen jeweils dem Missbrauchsverbot unterlägen.

Zu unterscheiden ist dieses Konzept von dem der Marktmacht als Fähigkeit eines Unternehmens, sich zu einem gewissen Grad unabhängig zu verhalten. Diese Fähigkeit hat jedes Unternehmen in einem gewissen Ausmaß – eine Situation perfekten Wettbewerbs findet sich außerhalb von Lehrbüchern nur selten.⁹⁴⁵ Doch erst wenn der Umfang an Marktmacht eine bestimmte Schwelle überschreitet, kann vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die Rede sein.⁹⁴⁶

Diese Situation ist außerdem nicht mit der einer kollektiven Marktbeherrschung zu verwechseln. Eine solche liegt vor, wenn mehrere Unternehmen nicht für sich genommen, sondern gemeinsam einen Markt beherrschen.⁹⁴⁷ Im Fall des competitive bottleneck können sich die Plattformen aber nicht nur gemeinsam gegenüber ihren Handelspartnern unab-

944 *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, 11.

945 „Perfect competition is rarely encountered outside textbooks; almost all firms have market power, though most have very little.“, siehe *Schmalensee*, 95 Harvard L. Rev. 1789, 1790 (1982).

946 *Jones/Sufrin*, EU Competition Law, 285.

947 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 79 ff.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 115 ff.

hängig verhalten und Marktmacht ausüben, sondern bereits jede für sich allein genommen. Der Wettbewerb findet weniger auf der multi-homing-Seite und stattdessen vor allem auf der anderen Plattformseite gegenüber den single-homern statt. Ein competitive bottleneck stellt somit keinen Fall der kollektiven marktbeherrschenden Stellung dar.⁹⁴⁸

Wie ist die Problematik dann zu behandeln? Diese Frage lässt sich auf zweierlei Weise beantworten, entweder mit einer deutschen oder einer europäischen Lösung. Das deutsche Recht kennt mit der relativen Marktmacht in § 20 GWB ein Konzept, nach dem auch auf demselben Markt mehrere Unternehmen Marktmacht innehaben können. Diese unterliegen dann einem eingeschränkten Missbrauchsverbot. Nach europäischem Recht kann jedoch nur ein einzelnes Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung besitzen, was Voraussetzung für die Anwendung des Missbrauchsverbots in Art. 102 AEUV ist. Auch das amerikanische Recht kennt im Rahmen der monopoly power im Sinne des Sec. 2 Sherman Act nur die Einzeldominanz.⁹⁴⁹

(2) Die Lösung des deutschen Rechts: Mehrfachdominanz

Das GWB kennt nicht nur den Begriff der marktbeherrschenden Stellung in § 18 GWB, sondern außerdem den Begriff der relativen Marktmacht in § 20 Abs. 1 GWB, die graduell unter der marktbeherrschenden Stellung angesiedelt ist. Relative Marktmacht hat ein Unternehmen gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB, wenn von ihm kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Relative Marktmacht wird bei Nachfragern gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 GWB vermutet, wenn ein Nachfrager bei dem Anbieter zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden. Liegt ein Fall des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB vor, so gilt in dieser Beziehung ebenfalls das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 GWB (Preis- und Konditionenmissbrauch). Außerdem gilt gem. § 20 Abs. 2 GWB für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen § 19

948 *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 104 f.

949 Vgl. *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 105.

Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 5 GWB (Missbrauch durch Fordern sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile). Durch § 20 Abs. 1, 2 GWB wird demnach der Normadressatenkreis von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 5 GWB erweitert.⁹⁵⁰

Relative Marktmacht unterscheidet sich vom Begriff der marktbeherrschenden Stellung somit in erster Linie dadurch, dass sie nur bilateral (*inter partes*) zwischen Anbieter und Abnehmer auf vertikaler Ebene und in Relation zu einem marktstarken Anbieter oder Abnehmer vorliegen muss.⁹⁵¹ Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich demgegenüber auf die Abwesenheit von Wettbewerb (§ 18 Abs. 1 GWB) gegenüber allen Handelspartnern (*erga omnes*) horizontal wie vertikal und wirkt damit nicht relativ, sondern absolut.⁹⁵² Das äußert sich darin, dass zur Annahme von relativer Marktmacht ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nur subjektiv aus Sicht des betroffenen Unternehmens fehlen müssen, nicht aus Sicht aller Marktteilnehmer.⁹⁵³ Solche Auswahlmöglichkeiten fehlen vor allem dann, wenn das Unternehmen einen hohen Marktanteil hat.⁹⁵⁴

Relative Marktmacht kann innerhalb eines Marktes mehrmals auftreten.⁹⁵⁵

Die Fälle zur relativen Marktmacht teilen sich in vier Fallgruppen auf:

Die erste Fallgruppe der mangelbedingten oder knappheitsbedingten Abhängigkeit umfasst Fälle, in denen aufgrund einer generellen Verknappung des Angebots die Ware nicht mehr in ausreichendem Umfang zur Verfügung steht, sodass Nachfrager darauf angewiesen sind, sie bei wenigen Anbietern zu erstehen. Für Anbieter kann § 20 Abs. 1 GWB gelten, wenn konkurrierende Anbieter wegen Katastrophenfällen, wegen eines Arbeitskampfes oder eines staatlichen Embargos den bestehenden Bedarf nicht decken können. Die verbleibenden Anbieter dürfen dann nicht mehr vorrangig ihr eigenes Vertriebssystem versorgen.⁹⁵⁶ Im Fall des com-

950 Vgl. insgesamt dazu *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 5 ff.

951 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 6; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 20 GWB, Rn. 4.

952 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 5 f.

953 *Westermann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 24.

954 BGH, 8.5.1990, KZR 21/89, WuW/E BGH, 2665, Rn. 10 – *Physikalische therapeutische Behandlung*; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 20 GWB, Rn. 35.

955 *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis (FS Canenbley), 441, 445 f.

956 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 42 f.; *Westermann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 39.

petitive bottleneck besteht Marktmacht aber nicht nur temporär oder aufgrund eines Ereignisses, sondern ist strukturell bedingt. Sie wird nicht durch einen Mangel hergestellt, sondern durch die exklusive Kontrolle zu den single-homern. Damit ist diese Fallgruppe hier nicht einschlägig.

Die zweite Fallgruppe der unternehmensbedingten Abhängigkeit liegt vor, wenn ein Unternehmen seinen Geschäftsbetrieb derart auf einen bestimmten Abnehmer oder Anbieter ausgerichtet hat, dass er nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf einen anderen Anbieter oder Abnehmer ausweichen kann. Das ist häufig in der Automobilindustrie der Fall, insbesondere bei langfristigen Vertragsbeziehungen.⁹⁵⁷ Bei Internetplattformen ist eine solche unternehmensbedingte Abhängigkeit ebenfalls denkbar, insbesondere, wenn hohe Wechselkosten z.B. durch eine fehlende Datenportabilität bestehen. Dann befinden sich die Abnehmer in einer lock-in-Situation.⁹⁵⁸ Die multi-homer eines competitive bottlenecks haben ihr Geschäftsmodell aber gerade nicht auf nur eine Plattform ausgerichtet. Es liegt vielmehr gerade in der Natur des *multi-homings*, dass sie die Dienste mehrerer Plattformen in Anspruch nehmen. Ein competitive bottleneck stellt daher keinen Fall der unternehmensbedingten Abhängigkeit dar.

Drittens kann auch eine nachfragebedingte Abhängigkeit vorliegen, wenn ein Unternehmen auf einen bestimmten Nachfrager angewiesen ist, weil keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager bestehen.⁹⁵⁹ Die Behandlung als Nachfragemacht wurde aber bereits oben abgelehnt, weil ein bottleneck strukturell eine Anbietermacht gegenüber allen Plattformseiten besitzt.⁹⁶⁰

Die vierte Fallgruppe der sortimentsbedingten Abhängigkeit teilt sich in die Gruppen der Spitzenstellungsabhängigkeit und der Spitzengruppenabhängigkeit auf. Spitzenstellungsabhängigkeit liegt vor, wenn ein Produzent wegen der Qualität oder Exklusivität seiner Produkte ein hohes Ansehen genießt und eine dementsprechende Bedeutung gewonnen hat, sodass der Nachfrager gegenüber seinen Käufern darauf angewiesen ist, das Pro-

957 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 38 ff.; *Westermann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 35.

958 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 52.

959 *Taube*, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für "relativ marktstarke" Unternehmen, 44; *Westermann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 41.

960 Siehe oben Kapitel 4 B.I.2.d)bb).

dukt in seinem Sortiment zu führen.⁹⁶¹ Ein zentrales Kriterium hierfür ist die Distributionsrate unter den Händlern: eine hohe Distributionsrate spricht für eine solche Abhängigkeit.⁹⁶² Die Spitzenstellungsabhängigkeit bejahte der BGH zum Beispiel für den Fall von Ski des Herstellers Rossignol. Obwohl Rossignol-Ski auf dem gesamten Skimarkt nur einen Anteil von 8% besaßen, sollen sie unverzichtbar für das Sortiment eines Skihändlers sein.⁹⁶³ Spitzengruppenabhängigkeit liegt dagegen vor, wenn ein Händler zwar keine bestimmte einzelne, aber doch mehrere anerkannte Markenwaren führen muss, um wettbewerbsfähig zu bleiben und andere Sortimentsanbieter nicht zur Lieferung bereit sind.⁹⁶⁴

Bei einem competitive bottleneck kommt es nicht darauf an, dass der multi-homer eine bestimmte Gruppe von Produkten erwirbt. Vielmehr ist bereits jede Plattform für sich unverzichtbar für den multi-homer, um ausreichend Endkunden zu erreichen. Der multi-homer ist ebenso wie der Skihändler darauf angewiesen, mit dem Unternehmen in der Spitzenstellung zu kontrahieren, um mit seinen Kunden in Kontakt zu treten. Das competitive bottleneck könnte daher als Fall der Spitzenstellungsabhängigkeit zu begreifen sein.

Die Spitzenstellung ergibt sich aber in dieser Fallgruppe aus dem hohen Ansehen der Marke des Lieferanten.⁹⁶⁵ Dem multi-homer geht es jedoch nicht um das Ansehen des Produkts, sondern schlicht um den Kundenstamm der single-homer der Plattform, den er erreichen möchte.

Dafür, das competitive bottleneck als Spitzenstellungsanbieter zu qualifizieren, spricht aber der Wortlaut des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB. Denn der multi-homer ist wegen der Exklusivkontrolle der Plattform über ihren Kundenstamm in der Weise von der Plattform abhängig, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.⁹⁶⁶ Zwar gibt es grundsätzlich Ausweichmöglichkeiten aus der Sicht des multi-homers, die dieser auch in Anspruch nimmt – andernfalls wäre er kein *multi-homer*. Die bestehenden Ausweichmöglichkeiten sind jedoch nicht zumutbar, wenn das Ausweichen mit unverhältnismäßigen Belastungen verbunden wäre, insbesondere, wenn dadurch die Wettbewerbsfähigkeit des abhängigen Unternehmens beeinträchtigt wür-

961 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 29 ff.; *Westermann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 29.

962 BGH, 12.12.2017, KZR 50/15, Rn. 18 – *Rimowa*.

963 BGH, 20.11.1975, KZR 1/75, NJW 1976, 801, 802 ff. – *Rossignol*.

964 *Westermann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 31.

965 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 29 ff.

966 So i. E. auch *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 107 f.

de.⁹⁶⁷ Verzichtete ein Reiseleistungsanbieter beispielsweise auf die Nutzung eines Reisebuchungssystems, würde sein Anteil an Verkäufen in Reisebüros durch einen erhöhten Absatz seiner Konkurrenten ersetzt. Er wäre damit im Wettbewerb benachteiligt.⁹⁶⁸

Daher könnte das competitive bottleneck einen Fall der relativen Marktmacht im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB darstellen.⁹⁶⁹

Diese Herangehensweise bietet den Vorteil, dass auch Unternehmen mit geringen Marktanteilen unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung dem Missbrauchsverbot des § 19 GWB über die Verweisung in § 20 Abs. 1 GWB zumindest partiell unterliegen. Gerade bei competitive bottlenecks ist es denkbar, dass bereits bei niedrigen Marktanteilen ein Maß an Marktmacht entstehen kann, das ein bottleneck zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs befähigt. Reichen die Marktanteile insbesondere vor dem Hintergrund der Schwelle des § 18 Abs. 4 GWB nicht aus, um eine marktbeherrschende Stellung anzunehmen, gewährt § 20 Abs. 1 GWB trotzdem Schutz vor bestimmten Verhaltensweisen.⁹⁷⁰

Der Anwendungsbereich des § 20 GWB für bottlenecks ist dabei begrenzt. So gilt § 20 Abs. 1 S. 1 GWB anders als die allgemeinen Missbrauchsverbote in § 19 GWB und Art. 102 AEUV nur für Unternehmen, von denen kleine und mittlere Unternehmen abhängig sind. Außerdem ist nicht jede Art von Missbrauch verboten, sondern nur die Verhaltensweisen, hinsichtlich derer § 20 Abs. 1, 2 GWB auf § 19 GWB verweist, d.h. § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, 5 GWB. Darüber hinaus gilt § 20 GWB nicht im Rahmen der Fusionskontrolle. Entsteht durch einen Zusammenschluss eine neue Einheit mit relativer Marktmacht, ergibt sich daraus kein Untersagungsgrund. Die Situation eines competitive bottleneck wird in der Fusionskontrolle eher in der allgemeinen Abwägung der wettbewerblchen Beeinträchtigung Niederschlag finden.⁹⁷¹

967 BGH, 26.6.1979, KZR 7/78, Rn. 20 ff. – *Markt-Renner; Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 20.

968 Vgl. Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 78 – *Travelport/Worldspan*.

969 Ähnlich auch *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 117 f.

970 So vertreten es in Bezug auf das mit dem bottleneck verwandten Konzept der „Intermediationsmacht“ *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 70 ff.

971 So z.B. in Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 73 ff. – *Travelport/Worldspan*. Siehe dazu sogleich unten den Abschnitt zur europäischen Lösung.

(3) Die Lösung des europäischen Rechts

Im Unionsrecht fehlt eine mit § 20 GWB vergleichbare Regelung. Das Missbrauchsverbot ist allein in Art. 102 AEUV geregelt, der eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt.⁹⁷² Möglicherweise lassen sich die Marktpositionen von competitive bottlenecks aber auch unter den Begriff der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV fassen.⁹⁷³

(3.1) Behandlung von competitive bottlenecks als Mehrfachdominanz im Rahmen des Art. 102 AEUV?

(3.1.1) Ansicht des BGH in Reisestellenkarten

Der BGH legte in *Reisestellenkarten* Art. 102 AEUV so aus, dass er auch Fälle der Spitzenstellungsabhängigkeit im Sinne des § 20 GWB erfasst und die Koexistenz von mehreren marktbeherrschenden Unternehmen in demselben Markt erlaubt. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung wird dabei extensiv ausgelegt:⁹⁷⁴

„Unerheblich ist, ob möglicherweise ein weiterer Leistungserbringer ... ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gestattungsmarkt hat. Wie sich aus der Magill-Entscheidung des EuGH ergibt, erfasst Art. [102 AEUV] auch Fälle, die im deutschen Kartellrecht als Fälle der Spitzenstellungs- oder Spitzengruppenabhängigkeit angesehen und dem Auffangtatbestand des § 20 Absatz II GWB (heute § 20 Abs. 1 GWB, Anm. d. Verf.) zugeordnet worden sind ... Haben mehrere Unternehmen neben- und unabhängig voneinander die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zu verhindern, so ist jedes von ihnen marktbeherrschend i.S. des Art. [102 AEUV].“⁹⁷⁵

Anders als der BGH geht die Literatur davon aus, dass es im europäischen Recht keine „parallele Einzelmarktbeherrschung“⁹⁷⁶ gibt, sondern nur die Marktbeherrschung durch ein einziges Unternehmen oder durch mehrere

972 Westermann, in: MüKo Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 20 GWB, Rn. 9.

973 Vgl. Blaschczok, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 106 ff.

974 Blaschczok, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 106 ff.

975 BGH, Entscheidung v. 03.03.2009, KZR 82/07, NJW-RR 2010, 392, Rn. 32 – *Reisestellenkarte*.

976 Stadler, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441.

Unternehmen im Kollektiv.⁹⁷⁷ Der Literatur ist zuzustimmen. Bei genauerer Betrachtung des Urteils *Magill* wird klar, dass der EuGH in der Entscheidung tatsächlich eine Mehrfachdominanz, wie der BGH sie versteht, nicht bejaht hat:

(3.1.2) Die Entscheidung des EuGH in *Magill*

Magill war ein Unternehmen, das Programminformationen von Fernsehsendern sammelte, um eine Programmzeitschrift zu veröffentlichen. Drei Sender (RTE, ITP und BBC) hatten *Magill* die Zurverfügungstellung dieser Informationen verweigert.⁹⁷⁸ Hierin sollte ein Missbrauch gemäß Art. 102 AEUV liegen. Der EuGH führte zur Frage der beherrschenden Stellung aus:

*„Zwangsläufig haben RTE und ITP ... zusammen mit der BBC ein faktisches Monopol an den Informationen, die zur Zusammenstellung der Vorschauen der Fernsehprogramme dienen, die von den meisten Haushalten in Irland ... empfangen werden können.“*⁹⁷⁹

Es gibt es drei Möglichkeiten, wie diese Formulierung zu verstehen ist: erstens könnte gemeint sein, dass RTE, ITP und BBC kollektiv den Markt für die Zusammenstellung von Fernsehprogrammübersichten beherrschen.⁹⁸⁰ Zweitens lässt sich die Aussage so verstehen, dass die drei Sender jeweils drei getrennte Märkte beherrschen, nämlich die Märkte für ihre eigenen Programmübersichten. Während in der ersten Deutungsmöglichkeit der relevante Markt weit abgegrenzt wird und alle Sender umfasst, ist er in der zweiten deutlich enger und umfasst nur die Programmliste des einzelnen Senders. Die dritte Möglichkeit ist die vom BGH zugrunde gelegte parallele Einzelmarktbeherrschung.

Für die Abgrenzung dreier enger Märkte spricht auf den ersten Blick die Verwendung des Wortes „Monopol“, da die drei Sender im weiten Markt,

977 *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz, § 18 Rn. 56; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 136; *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441, 449 ff.; A. A. *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 106 ff.

978 EuGH, Entscheidung v. 06.04.1995, Verbundene Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 I-00743, Rn. 10 – *Magill*.

979 EuGH, Entscheidung v. 06.04.1995, Verbundene Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 I-00743, Rn. 47 – *Magill*.

980 Vgl. *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 107.

der alle Sender umfasst, kein Monopol haben können, vorausgesetzt, dass es noch andere Sender neben RTE, ITP und BBC gibt. Ein Monopol liegt nur vor, wenn ein Unternehmen der einzige Anbieter eines Produkts ist. Das wäre vorliegend nur der Fall, wenn RTE, ITP und BBC jeweils den Markt für ihre eigenen Programminformationen beherrschten. Der EuGH sprach jedoch lediglich von einem „faktischen“ Monopol. Damit könnte gemeint sein, dass der Marktanteil nicht tatsächlich 100% erreichen muss, sondern darunter bleiben kann. Ein solches faktisches Monopol wäre auch denkbar bei einer Präsenz anderer Sender in einem weiten Markt. Aus der Verwendung des Wortes Monopol lässt sich damit nicht ableiten, dass eine bestimmte Marktabgrenzung vorgenommen wurde.

Auch aus der Formulierung, dass RTE und ITP „zusammen mit“ der BBC den Markt beherrschten, lässt sich nicht zwangsläufig auf eine der drei Varianten schließen. Zwar scheint diese Formulierung für eine kollektive beherrschende Stellung zu sprechen. Die englische Fassung nutzt jedoch den Ausdruck „along with“, der auch bedeuten kann, dass die drei Unternehmen „nebeneinander“, aber nicht kollektiv den Markt beherrschen.⁹⁸¹

Die Wortlautauslegung ist demnach nicht ergiebig. Ein Blick in die Verfahrensgeschichte hilft jedoch weiter:

Das EuG hatte entschieden, dass die Sender auf dem Markt ihrer eigenen wöchentlichen Programmvorstellungen eine beherrschende Stellung einnahmen.⁹⁸² Die Abgrenzung dieses eigenen Produktmarktes bestätigte es in einem späteren Urteil.⁹⁸³

Auch die Kommission grenzte Märkte für die Programmvorstellungen der jeweiligen Sender ab.⁹⁸⁴ Weil die Sender als einzige ihr Programm kannten, hielten sie ein Monopol für die Zusammenstellung und die erste Veröffentlichung *ihrer* Wochenprogramme. Diese Position verschaffte ihnen sogar ein rechtlich gesichertes Monopol, da im Vereinigten Königreich und in Irland Programminformationen urheberrechtlichen Schutz genießen.⁹⁸⁵

981 Vgl. die englische Fassung von EuGH, Entscheidung v. 06.04.1995, Verbundene Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 I-00743, Rn. 47 – *Magill*.

982 EuG, Entscheidung v. 10.07.1991, T-69/89, Slg. 1991 II-485, Rn. 63 – *RTE/Kommission*.

983 EuG, Entscheidung v. 21.10.1997, T-229/94, Slg. 1997 II-1689, Rn. 56 – *Deutsche Bahn*.

984 Kommission, Entscheidung v. 21.12.1988, 89/205/EWG, Rn. 20 – *Magill*.

985 Kommission, Entscheidung v. 21.12.1988, 89/205/EWG, Rn. 22 – *Magill*.

Diese Entscheidungen hatte der EuGH in *Magill* bestätigt. Damit ist *Magill* im Sinne der zweiten Deutungsmöglichkeit auszulegen. Es wurden enge Märkte für die Programmlisten der jeweiligen Sender abgegrenzt, in denen die drei Sender jeweils ein Monopol innehatten.⁹⁸⁶ Demnach lässt sich aus *Magill* nicht ableiten, dass im europäischen Kartellrecht eine parallele Einzelmarktbeherrschung vorgesehen ist. Damit ist jedoch auch nicht gesagt, dass diese Figur mit der Konzeption des Art. 102 AEUV unvereinbar ist. Es kann lediglich festgehalten werden, dass der EuGH die parallele Einzelmarktbeherrschung in *Magill* weder anerkannt noch abgelehnt hat. Die Entscheidung des BGH in *Reisestellenkarten* ist damit zwar in ihrer Begründung, die sich auf *Magill* bezieht, nicht überzeugend, jedoch im Ergebnis nicht zwangsläufig unvereinbar mit Art. 102 AEUV.

Die deutsche beziehungsweise europäische Sichtweise unterscheidet sich auch in einem weiteren Fall. Während das BKartA in Bezug auf den deutschen Strommarkt mehrere Stromversorger parallel als marktbeherrschend betrachtet, nahm die Kommission in einem Fall eine kollektiv marktbeherrschende Stellung an.⁹⁸⁷

(3.1.3) Die Entscheidung der Kommission in *Travelport/Worldspan*

In *Travelport/Worldspan* grenzte die Kommission einen Markt für Reisebuchungssysteme ab, mithilfe derer Reisebüros bei Reiseleistungsanbietern wie Fluglinien Leistungen buchen konnten.⁹⁸⁸ In diesem Markt besaß nach Ansicht der Kommission

„[j]eder [Reisebuchungssystem]-Betreiber ... ein gewisses Maß an Monopolgewalt in Bezug auf Reiseleistungsanbieter, die diejenigen Reisebüros erreichen müssen, die exklusiv an ein [Reisebuchungssystem] angeschlossen sind.“⁹⁸⁹

986 So im Ergebnis auch *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441, 445 f.

987 Kommission, Entscheidung v. 26.11.2008, Rs. 39.388, 39.389, Rn. 13 – *Deutscher Stromgroßhandelsmarkt; Deutscher Regelenergiemarkt*. Vgl. *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441, 442 ff.

988 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 58 – *Travelport/Worldspan*.

989 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 81 – *Travelport/Worldspan*.

Diese Passage lässt sich so verstehen, dass alle Betreiber Marktmacht und eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Reisebuchungssystembetreiber innehaben. Die Kommission grenzte gerade keine separaten Märkte für jeden einzelnen Reisebuchungssystembetreiber ab.

Allerdings wird von der Kommission in der Entscheidung nicht ausdrücklich auf den Begriff der beherrschenden Stellung im Sinne des in Fusionsverfahren maßgeblichen Art. 2 Abs. 3 FKVO Bezug genommen. Vielmehr prüfte die Kommission das Vorliegen vertikaler marktübergreifender Effekte, die vorliegen sollen, wenn ein Unternehmen seine starke Marktposition auf einem vorgelagerten Markt dazu nutzen kann, die Preise auf einem nachgelagerten Markt zu erhöhen.⁹⁹⁰ Im Ergebnis lehnte die Kommission dies ab, da die schädlichen Effekte der Fusion kompensiert würden durch neuere Entwicklungen im Markt, insbesondere durch die aufkommende Möglichkeit der Direktbuchung bei Reisedienstleistern.⁹⁹¹ Das zeigt, dass die Kommission nicht spezifisch das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung, sondern die vertikalen Effekte im Rahmen der allgemeinen Beurteilung der Beeinträchtigung des Wettbewerbs – des SIEC-Tests – gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO prüfte.

Auch aus dieser Entscheidung ist mithin nicht zu schließen, dass im europäischen Wettbewerbsrecht die Figur der parallelen Einzelmarktbeherrschung anerkannt ist.

Es sind auch im Übrigen keine Entscheidungen ersichtlich, in denen eine parallele Einzelmarktbeherrschung angenommen wurde.⁹⁹²

(3.1.4) Systematik und Konzeption des Art. 102 AEUV

Blaszczyk zufolge verstieße eine Auslegung des Art. 102 AEUV, die eine parallele Einzelmarktbeherrschung erlaubt, sogar gegen die Wortlautgrenze. Der Wortlaut sehe nur die Einzelmarktbeherrschung und die kollektive Marktbeherrschung vor.⁹⁹³ Tatsächlich verbietet der Wortlaut jedoch nur „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ... durch ein oder mehrere Unternehmen“. Dies bedeutet noch nicht, dass ein Un-

990 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 72 ff. – *Travelport/Worldspan*.

991 Kommission, Entscheidung v. 21.08.2007, M.4523, Rn. 82 ff. – *Travelport/Worldspan*.

992 Vgl. *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 75.

993 *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 104.

ternehmen das einzige sein muss, das seinen Markt beherrscht. Der Wortlaut schreibt lediglich vor, dass sich ein einziges oder mehrere Unternehmen gemeinsam nicht missbräuchlich verhalten dürfen.

Stadler hält die parallele Einzelmarktbeherrschung im Unionsrecht für „systemwidrig“.⁹⁹⁴ Die gleiche Ansicht vertrat die Regierungsbegründung zur 5. GWB-Novelle in Bezug auf § 18 GWB.⁹⁹⁵

Aus der Ansicht der Bundesregierung im Hinblick auf § 18 GWB lassen sich jedoch in Bezug auf die europäische Regelung in Art. 102 AEUV keine Schlüsse ziehen. Dies lässt lediglich darauf schließen, dass im Rahmen des § 18 GWB eine parallele Einzelmarktbeherrschung nicht vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Zudem ist die Systematik im GWB von der des AEUV zu unterscheiden, da das GWB in § 20 GWB vorsieht, dass mehrere Unternehmen nebeneinander Marktmacht besitzen können. Im Umkehrschluss ist dies bei § 18 GWB nicht möglich. Dieser Umkehrschluss ist bei Art. 102 AEUV mangels einer dem § 20 GWB vergleichbaren Regelung im Unionsrecht nicht möglich.

Nichtsdestoweniger ist *Stadler* insofern zuzustimmen, als es paradox erscheint, dass ein Unternehmen seinen Markt beherrschen kann, während es gleichzeitig von einem anderen Unternehmen in demselben Markt beherrscht wird. Auch bei dem englischen Begriff der „dominant position“ schwingt mit, dass ein dominantes Unternehmen nicht von einem anderen Unternehmen in demselben Markt dominiert werden kann.

Unter Zugrundelegung der Definition des EuGH ist im europäischen Recht aber eine parallele Einzelmarktbeherrschung denkbar. Die Definition stellt auf die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten und zur Verhinderung wirksamen Wettbewerbs ab.⁹⁹⁶ Es kann durchaus der Fall sein, dass sich mehrere Anbieter im selben Markt unabhängig voneinander verhalten können, wenn die Gegenmacht der Abnehmer entsprechend gering ist. Es kann auch der Fall sein, dass es jedem Anbieter für sich genommen möglich ist, wirksamen Wettbewerb zu verhindern. Das competitive bottleneck liefert dafür ein Beispiel. Gegenüber den multi-homern ist ein bottleneck nicht darauf angewiesen, seine Preissetzungsentscheidung von seinen Wettbewerbern abhängig zu machen. Insofern kann es sich unabhängig von seinen Wettbewerbern verhalten. Das bottleneck kann auch wirksa-

994 *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441, 448, Fn. 33.

995 Begründung zur 5. GWB-Novelle, BT-Drs. 11/4610, 17 f.

996 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 63 – *United Brands*.

men Wettbewerb verhindern, sofern es einen Kundenstamm von ausreichend single-homern besitzt, zu dem die multi-homer Zugang begehren.

Auch wenn eine parallele Einzelmarktbeherrschung demnach mit der Definition des EuGH vereinbar ist, widerspricht sie jedoch der vorgelagerten Marktabgrenzung. Sind die Abnehmer – bei bottlenecks die multi-homer – tatsächlich derart auf einen Anbieter angewiesen, dass sie nicht auf ihn verzichten können, sind die Produkte der verschiedenen Anbieter nicht mehr austauschbar. Sind die single-homer nur über eine Plattform exklusiv erreichbar, ist das Angebot der anderen Plattformen keine Alternative, weil die spezifischen single-homer der einen Plattform über die anderen Plattformen nicht erreicht werden können. Die multi-homer haben in der bottleneck-Situation *de facto* keine Ausweichmöglichkeiten in Richtung anderer Plattformen, sofern das bottleneck ausreichend single-homer im Kundenstamm besitzt. Daher kann der relevante Markt nur das Produkt des einen bottlenecks umfassen. In seinem eigenen, eng abgegrenzten Markt ist jedes bottleneck ein Monopolist. Somit wird die parallele Einzelmarktbeherrschung bereits durch eine korrekte Marktabgrenzung ausgeschlossen. Damit stellt sich die Frage nicht, ob diese Figur mit Art. 102 AEUV vereinbar ist.

Festzuhalten ist mithin, dass die parallele Einzelmarktbeherrschung zwar im Rahmen der Marktmachtdefinition des EuGH denkbar ist, aber bereits dadurch ausgeschlossen wird, dass die Marktabgrenzung sie nicht erlaubt.

(3.2) Behandlung von competitive bottlenecks als Einzeldominanz

Auf diese Möglichkeit einer engen Marktabgrenzung verweist *Stadler* ebenfalls. Ihm zufolge wurde in der europäischen Rspr. in Fällen relativer Marktmacht nicht ein weiter, sondern ein enger Markt abgegrenzt, in dem einem einzelnen Unternehmen ein vergleichsweise hoher Marktanteil zukommt.⁹⁹⁷ Nicht nur in *Magill*, sondern auch in *British Leyland* und *GMC* sei der EuGH so vorgegangen: es wurde zunächst ein enger Markt abgegrenzt und danach darauf verwiesen, dass das faktische Monopol in diesem Markt eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Abnehmer begründe.⁹⁹⁸ So

997 *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441, 455.

998 EuGH, 11.11.1986, Rs. 226/84, Slg. 1986 I 3263, Rn. 9 – *British Leyland*; EuGH, 13.11.1975, Rs. 26/75, Slg. 1975, 1367, 1378 f. – *GMC*.

wurde die Frage der parallelen Einzelmarktbeherrschung gar nicht erst aufgeworfen.

In dieser Weise lassen sich auch competitive bottlenecks erfassen. Der Markt umfasst dann lediglich das Vermittlungsprodukt des einzelnen bottlenecks. Jedes bottleneck beherrscht seinen eigenen Markt.

Ein praktisches Beispiel für eine solche Einordnung findet sich im Telekommunikationsmarkt. Hier gilt das Prinzip, dass der Telekommunikationsanbieter A, dessen Kunde einen Anruf tätigt, für diesen Anruf bezahlt, während den Telekommunikationsanbieter B des angerufenen Kunden keine Kostenpflicht trifft („Calling Party Pays principle“).⁹⁹⁹ Verbraucher sind jedoch auf ihrem Telefon nur über einen einzigen Anbieter zu erreichen. Sie sind damit single-homer. Ruft ein Kunde von A einen Kunden von B an, ist der Kunde von B für A nicht auf anderem Wege als über B zu erreichen. B kontrolliert daher den exklusiven Zugang zu seinem Kunden. Will A den Preis für das Telefonat verhandeln, gibt es aus seiner Sicht nur B als Anbieter. Der Markt für die Vermittlung des Anrufs besteht somit alleine aus B. Daher grenzt die Kommission den Markt für Anrufvermittlung um jeden einzelnen Telekommunikationsanbieter ab.¹⁰⁰⁰ Das Telefonnetzwerk von B stellt dabei ein competitive bottleneck dar: während die Kunden lediglich auf ihrem eigenen Netzwerk Anrufe empfangen können (single-homing), tätigen sie selber Anrufe bei allen anderen Netzwerken (multi-homing). Insofern hat die Kommission bereits für den Fall eines competitive bottlenecks – ohne dies ausdrücklich zu benennen – enge Märkte alleine um das bottleneck abgegrenzt.¹⁰⁰¹

Stadler kritisiert diese Praxis. Eine marktbeherrschende Stellung nach der Definition des EuGH in *United Brands* könne nur angenommen werden, wenn sich das Unternehmen sowohl gegenüber den Abnehmern und Lieferanten, als auch gegenüber Wettbewerbern und damit sowohl vertikal

999 Kommission, Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (9.10.2014), 28.

1000 Kommission, Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (9.10.2014), 28.

1001 *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 30.

als auch horizontal unabhängig verhalten kann.¹⁰⁰² Im Fall der relativen Marktmacht sei das Unternehmen aber nur in vertikaler Hinsicht dominant. Die relative Marktmacht könne daher nicht unter Art. 102 AEUV fallen.¹⁰⁰³

Dagegen spricht jedoch, dass Marktmacht üblicherweise gleichzeitig sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Hinsicht auftritt.¹⁰⁰⁴ *Mestmäcker* spricht von einer „Koinzidenz der vertikalen und horizontalen Marktbeziehungen“, die eine „allgemeine Erscheinung“ sei.¹⁰⁰⁵ Kann sich ein Unternehmen in vertikaler Hinsicht unabhängig verhalten, indem es seine Preise selbständig gegenüber seinen Abnehmern setzt, offenbart es damit gleichzeitig eine Unabhängigkeit von seinen Wettbewerbern, da deren Preissetzung keinen Einfluss auf die eigene Preissetzung hat. Auch bei Kopplungsgeschäften schwimmt die Linie zwischen vertikalem Ausbeutungsmissbrauch und horizontalem Behinderungsmissbrauch: durch die Kopplung wird zwar einerseits in vertikaler Hinsicht der Abnehmer in seiner Auswahlfreiheit eingeschränkt. Gleichzeitig werden dadurch aber in horizontaler Hinsicht andere Anbieter des gekoppelten Produkts behindert, da das koppelnde Unternehmen durch die Hebelwirkung der Kopplung seinen Absatz im Markt des gekoppelten Produkts erhöhen und so seine Wettbewerber verdrängen möchte.¹⁰⁰⁶ In den Fällen der relativen Marktmacht besteht ein gewisser Grad an horizontaler Marktmacht ebenfalls, auch wenn dieser gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB nicht erforderlich ist. Als *Rossignol* beispielsweise einem Skihändler die Belieferung verweigerte, wurde dadurch vor allem dieser Händler in vertikaler Hinsicht betroffen.¹⁰⁰⁷ Damit zeigte *Rossignol* aber die Fähigkeit, sich von anderen Herstellern unabhängig verhalten zu können, weil das Unternehmen in seiner Spitzenstellung sogar in der Lage war, auf den horizontalen Wettbewerb in dem Geschäft eines Händlers zu verzichten. Genauso kann ein competitive bottleneck seine horizontale Marktmacht zeigen, wenn es unabhängig von seinen Wettbewerbern und Abnehmern Preise gegenüber den multimodern festsetzt.

1002 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 63 – *United Brands*.

1003 *Stadler*, in: Studienvereinigung Kartellrecht, Kartellrecht in Theorie und Praxis, 441, 449 ff.

1004 Vgl. *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 116.

1005 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17 Rn. 36.

1006 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 452 f.

1007 Vgl. BGH, Entscheidung v. 20.11.1975, KZR 1/75, NJW 1976, 801 – *Rossignol*.

Der Einwand *Stadlers* ist damit zurückzuweisen. Der Doppelnatur der United-Brands-Definition von Marktmacht widerspricht es nicht, einem competitive bottleneck eine marktbeherrschende Stellung zuzuweisen. Der Rückgriff auf das Konzept der rein vertikalen, relativen Marktmacht ist dafür nicht erforderlich.

Diese Koinzidenz von vertikaler und horizontaler Marktmacht ist nicht nur eine Einzelercheinung bei competitive bottlenecks, sondern ein allgemeines wirtschaftliches Phänomen. Dies stellt § 20 GWB grundlegend infrage, der seinem Sinn und Zweck nach Machtpositionen erfassen soll, die allein in vertikaler Hinsicht gegenüber Lieferanten oder Abnehmern vorkommen.¹⁰⁰⁸ Solche rein vertikalen Machtpositionen gibt es jedoch nach dem hier vertretenen Verständnis von Marktmacht nicht. Die Konstellationen der relativen Marktmacht müssten auch im Rahmen des Art. 102 AEUV und des § 18 GWB zu erfassen sein. Auch aus einem weiteren Grund scheint § 20 GWB nicht recht in das System des Missbrauchsrechts zu passen: relative Marktmacht soll gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB vorliegen, wenn dem Abnehmer ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen. Auf diese Ausweichmöglichkeiten stellt aber bereits § 18 GWB in der Marktabgrenzung ab.¹⁰⁰⁹ Fehlen sie, wird ein enger Markt abgegrenzt, der im äußersten Fall alleine das Produkt des Unternehmens umfasst. Den eigenen Markt kontrolliert dieses Unternehmen als Monopolist, sodass § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB einschlägig ist und ein Rückgriff auf § 20 GWB auch aus diesem Grund nicht erforderlich ist. Die Abhängigkeit in § 20 Abs. 1 S. 1 GWB ist ebenfalls ein Kriterium, das nur bedingt zur Unterscheidung des Begriffs der relativen Marktmacht von dem der marktbeherrschenden Stellung beiträgt, weil Abhängigkeit kein Spezifikum der relativen Marktmacht, sondern vielmehr Ausdruck jeder wirtschaftlichen Machtstellung ist.¹⁰¹⁰

1008 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 6.

1009 *Loewenheim*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 20 GWB, Rn. 12; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rn. 15. *Schweitzer/Haucap/Kerber u.a.* vertreten hingegen, aufgrund der einzelfallbezogenen Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten sei die Marktabgrenzung von der Methodik in § 20 GWB zu unterscheiden, siehe *Schweitzer/Haucap/Kerber u.a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 50. Der Unterschied zur ebenfalls auf die subjektive Sicht des Nachfragers abstellenden Marktabgrenzung wird aber trotz des Verweises auf den BGH-Fall *Hochzeitsboni Edeka/Plus* nicht deutlich, vgl. BGH, 23.1.2018, KVR 3/17, Rn. 42 – *Hochzeitsboni Edeka/Plus*.

1010 So auch *Taube*, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für "relativ marktstarke" Unternehmen, 220.

ff) Zwischenergebnis zu competitive bottlenecks

Die besondere wettbewerbliche Situation bei competitive bottlenecks wirft eine Reihe von Fragen in der Marktmachtbestimmung auf. Die Konstellation lässt sich rechtlich nicht als Nachfragemacht berücksichtigen. Allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen ist eine kollektive Nachfragemacht der single-homer denkbar. Das competitive bottleneck ist ebenfalls nicht als essential facility einzuordnen, obwohl die beiden Begriffe häufig im Zusammenhang verwendet werden. Es bietet sich weiterhin nicht an, die Wettbewerbssituation von bottlenecks in der Form von Marktmachtvermutungen zu berücksichtigen. Vermutungen sind vielmehr im Kartellrecht allgemein skeptisch zu betrachten, sofern das Verwaltungsverfahren betroffen ist. Im Zivilprozess können Vermutungen durchaus sinnvoll sein. Damit bleibt übrig, das competitive bottleneck als besonderen Marktmachtfaktor in der allgemeinen wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen.

Steht fest, dass ein Unternehmen in bottleneck-Position seinen Markt beherrscht, stellt sich eine weitere Frage: Jedem bottleneck kommt gegenüber den multi-homern zu einem gewissen Grad Marktmacht zu, auch wenn es andere bottleneck-Anbieter gibt. Ist es demnach denkbar, dass mehrere bottlenecks im selben Markt eine marktbeherrschende Stellung einnehmen? Das deutsche und europäische Missbrauchsrecht finden hierauf unterschiedliche Antworten:

Gemäß § 20 Abs. 1, 2 GWB gilt ein eingeschränktes Missbrauchsverbot für Unternehmen mit relativer Marktmacht, die lediglich in vertikaler Hinsicht dominant sind. Darunter können auch competitive bottlenecks fallen. Relative Marktmacht können auch mehrere Unternehmen im gleichen Markt besitzen. Eine parallele Einzelmarktbeherrschung im Rahmen des § 18 GWB hat der Gesetzgeber jedoch ausgeschlossen.

Allerdings wird in vielen Fällen, in denen eine Abhängigkeit im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB vorliegt, weil ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, schon ein enger Markt abzugrenzen sein. Wenn einem Unternehmen diese Ausweichmöglichkeiten fehlen, wird meist das betreffende Produkt nicht mit den Produkten von Wettbewerbern substituierbar sein und daher ein enger Markt, der gegebenenfalls nur das betreffende Produkt enthält, abzugrenzen sein. Bei einer engen Marktabgrenzung ist es jedoch wahrscheinlich, dass bereits aufgrund hoher Marktanteile eine marktbeherrschende Stellung vorliegt (vgl. § 18 Abs. 4 GWB) und damit § 19 GWB anwendbar ist, sodass nicht auf § 20 GWB zurückgegriffen werden muss.

Vor diesem Hintergrund ist eine Vermutungsregelung für solche Fälle nicht erforderlich, da der hohe Marktanteil von 100% bereits die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB auslöst und allgemein bei diesem Marktanteil der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung keinen grundsätzlichen Schwierigkeiten ausgesetzt sein sollte.

Dieser Weg bietet sich auch im europäischen Recht an. Art. 102 AEUV kennt lediglich die Einzelmarktbeherrschung und die kollektive Marktbeherrschung, nicht aber eine Marktmacht mehrerer Unternehmen im gleichen Markt, wie § 20 GWB sie vorsieht. Die andere Ansicht des BGH, der das Urteil *Magill* des EuGH so versteht, dass mehrere Unternehmen parallel einen Markt im Sinn des Art. 102 AEUV beherrschen können, ist nicht überzeugend. Das competitive bottleneck kann im Unionsrecht adäquat mit einer engen Marktabgrenzung erfasst werden, sodass es nicht nötig ist, auf die Figur der parallelen Einzelmarktbeherrschung zurückzugreifen.

e) Aftermarkets

Letztlich kommen die marktübergreifenden Verbindungen von mehreren Plattformseiten auch in dem Konzept der „Aftermarkets“ zum Ausgleich, das mit dem Konzept des bottlenecks verwandt ist. Dabei handelt es sich um eine Konstellation, in der in einem Primärmarkt ein Produkt verkauft wird, für das auf einem Sekundärmarkt Zubehör angeboten wird, beispielsweise Druckerpatronen für Drucker. Dieses Konzept geht auf die Entscheidung des US Supreme Court in *Kodak* zurück. In diesem Urteil entschied das Gericht, dass ein Unternehmen market power in dem Sekundärmarkt besitzen könne, auch wenn im Primärmarkt Wettbewerb herrscht.¹⁰¹¹ Seitdem wurde der Anwendungsbereich des Konzepts der Aftermarkets jedoch verringert.¹⁰¹² Unter bestimmten Voraussetzungen könne der Wettbewerb auf dem Primärmarkt den Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt hinreichend disziplinieren. So entschied der EuGH in *EFIM*, dass

„... jede beherrschende Stellung auf den Sekundärmärkten, d. h. den Märkten für Tintenpatronen, ausgeschlossen werden kann, wenn erwiesen ist, dass auf dem Primärmarkt, d. h. dem Druckermarkt, Wettbewerb besteht

1011 *Eastman Kodak v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992).

1012 *Crèmer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 89.

und wenn der Primär- und der Sekundärmarkt eng miteinander verbunden sind...“¹⁰¹³

Ob eine enge Verbindung vorliegt, hängt von den folgenden vier Bedingungen ab:

- (1) Der Verbraucher kann eine sachkundige Wahl auch in Bezug auf die Preise während der Lebensdauer der Zubehörteile treffen,
- (2) es ist wahrscheinlich, dass der Verbraucher eine solche sachkundige Wahl beim Kauf trifft,
- (3) im Fall überhöhter Preise auf den Sekundärmärkten würde eine ausreichende Zahl von Verbrauchern ihre Kaufpraktiken auf dem Primärmarkt anpassen, und
- (4) diese Anpassung der Kaufpraktiken würde innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen.¹⁰¹⁴

Üblicherweise betreffen Aftermarkets-Konstellationen Fälle, in denen ein Zubehörprodukt mit einem Primärprodukt verkauft wird, wie bei Druckerpatronen oder – im Falle von *CEAHR* – Zubehörteile für Uhren.¹⁰¹⁵ Dabei kommt den Herstellern des Primärprodukts meist eine gatekeeper-Funktion im Hinblick auf den Zugang zu dem Sekundärmarkt zu. Insofern ist die Rspr. zu Aftermarkets auch auf Internetplattformen übertragbar.¹⁰¹⁶ So lassen sich Fälle wie z.B. *Google Android* als Aftermarket-Konstellation begreifen: hierbei untersuchte die Kommission u.a. den Markt für lizenzierbare mobile Betriebssysteme und den nachgelagerten Markt für App Stores auf dem Betriebssystem Android. Die Abnehmer – die Original Equipment Manufacturer („OEMs“) – erwarben zunächst eine Lizenz für das Betriebssystem Android und installierten sodann auf diesem System den App Store von Google.¹⁰¹⁷ Insofern stellt der Markt für Betriebssysteme den Primärmarkt und der Markt für App Stores den Sekundärmarkt dar. Solche Konstellationen sind besonders bei Plattformen häufig anzutreffen, da es diesen darum geht, mehrere Parteien zu verbinden und da der Primär- und Sekundärmarkt durch Netzwerkeffekte eng verbunden ist. In diesen Fällen geht der Wettbewerbsdruck nicht allein von Anbietern

1013 EuGH, Entscheidung v. 19.09.2013, C-56/12 P, Rn. 37 – *EFIM*. Siehe auch zu einem ähnlichen Fall EuG, Entscheidung v. 13.09.2017, T-751/15 – *Contact Software/Kommission*.

1014 EuGH, Entscheidung v. 19.09.2013, C-56/12 P, Rn. 12 – *EFIM*.

1015 EuG, 15.12.2010, T-427/08, Rn. 105 – *CEAHR*.

1016 Vgl. *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 89.

1017 Kommission, Pressemitteilung v. 18.07.2018, IP/18/4581 – *Google Android*.

auf dem Sekundärmarkt aus, sondern wird außerdem von der Wettbewerbssituation auf dem Primärmarkt beeinflusst.

f) Fazit zu marktexternen Netzwerkeffekten

Internetplattformen können Marktmacht durch marktinterne oder marktexterne Netzwerkeffekte generieren. Marktexterne Netzwerkeffekte entstehen in einem Markt und beeinflussen die Position eines Unternehmens in einem anderen Markt. Die Position von Werbeunternehmen auf dem Werbemarkt ist beispielsweise von dem Nutzermarkt abhängig und die Position von competitive bottlenecks auf der multi-homing-Seite ist von dem Erfolg des Unternehmens auf der single-homing-Seite vorbestimmt.

Marktexterne Netzwerkeffekte ermöglichen Unternehmen den marktübergreifenden Missbrauch ihrer beherrschenden Stellung. In diesen Fällen muss klar benannt werden, welcher Markt beherrscht wird und auf welchem Markt der Missbrauch stattfindet. In der Rspr. wird diese Unterscheidung nicht immer präzise vorgenommen. Fallen die beiden Märkte auseinander („Marktdivergenz“), ist ein zusätzliches Element in der Missbrauchsprüfung erforderlich: im europäischen Recht eine enge Verbindung zwischen beiden Märkten und im deutschen Recht Kausalität zwischen der Marktmacht und dem missbräuchlichen Verhalten. Fälle der Marktdivergenz lassen sich jedoch teilweise auch mit einem Perspektivwechsel als Fälle von „Markteinheit“ auffassen, die vorliegt, wenn der beherrschte und der Missbrauchsmarkt zusammenfallen. In den Fällen von Markteinheit ist kein zusätzliches Prüfungselement erforderlich.

Marktmacht wurde in der bisherigen Praxis der Kartellbehörden bereits mehrfach mit dem Vorliegen von marktexternen Netzwerkeffekten begründet.¹⁰¹⁸ Insbesondere wurde Marktmacht damit begründet, dass Datenbestände aus externen Märkten eine Markteintrittsbarriere im beherrschten Markt schaffen. Die Ausführungen der Behörden dazu blieben jedoch im Ungefähren. Es gibt keine Schwellenwerte oder Kennzahlen, die festlegen, ab wann eine Markteintrittsbarriere erheblich ist und woran die Praxis sich orientieren könnte.

Die Bedeutung der Datenbestände als Markteintrittsbarriere kann jedoch in Gestalt des Marktanteils des Unternehmens auf dem Datenverar-

1018 Dabei wurde jedoch nicht dieser Begriff verwendet, sondern allgemein dargelegt, weshalb eine beherrschende Stellung vorliegt.

beitungsmarkt quantifiziert werden. Marktanteile in diesen Datenverarbeitungsmärkten sind besonders aussagekräftig, da sie nicht nur ausdrücken, welchen Marktanteil ein Unternehmen auf dem betreffenden Markt hält, sondern gleichzeitig, wie groß der Datenbestand ist und damit, wie schwierig es für andere Unternehmen ist, den Markt zu betreten.

Ein Spezialfall der marktexternen Netzwerkeffekte sind competitive bottlenecks. Hier gehen von der einen Seite, auf der die Mitglieder single-homing betreiben, marktexterne Netzwerkeffekte in Richtung der multi-homing-Seite aus. In dieser Situation ist die Plattform gegenüber der single-homing-Seite in einer schwachen Position. Dieser Umstand lässt sich als Ausnahme zu der Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB im Zivilprozess berücksichtigen. Im Verwaltungsverfahren hingegen ist der Nutzen von Vermutungen zweifelhaft.

Auf der multi-homing-Seite ist die Plattform demgegenüber in einer starken Position. Es können sogar mehrere Plattformen in demselben Markt eine beherrschende Stellung innehaben. Dieses Problem sollte jedoch nicht mit der Figur der parallelen Einzelmarktbeherrschung, sondern mit einer engen Marktabgrenzung gelöst werden.

Ein dem competitive bottleneck verwandtes Konzept ist das der Aftermarkets. Hier wird passend zu einem Primärprodukt ein Sekundärprodukt angeboten, wobei die Wettbewerbssituation auf dem Primärmarkt die Marktposition des Anbieters auf dem Sekundärmarkt beeinflussen kann. Die vom EuGH dazu getroffenen Entscheidung *EFIM* ist auf die Situation bei Plattformen übertragbar.

Um Marktmacht von Internetplattformen in praktischer Hinsicht nachzuweisen, bietet es sich an, zunächst die Plattformseite zu untersuchen, auf der ein missbräuchliches Verhalten vorliegen soll. Hier kann Marktmacht bereits aufgrund von marktinternen Netzwerkeffekten festgestellt werden. In einem zweiten Schritt sollten auch die anderen Plattformseiten und insbesondere die von ihnen ausgehenden marktexternen Netzwerkeffekte berücksichtigt werden.

3. Konglomerate Marktmacht

a) Digitale Konglomerate

Neben marktinternen und marktexternen Netzwerkeffekten generieren Internetplattformen Marktmacht außerdem durch konglomerate Effekte. In den Medien und auch in der juristischen Literatur mehren sich die Stim-

men, denen zufolge die Internetwirtschaft seit einigen Jahren durch wenige, sehr große Unternehmen dominiert wird, die in zahlreichen Märkten tätig sind.¹⁰¹⁹ Ein Konglomerat ist ein Unternehmen, dessen Untereinheiten weder vertikal noch horizontal in Verbindung stehen.¹⁰²⁰ Die digitalen Konglomerate sind unter dem Stichwort „GAFA“ bekannt – Google, Amazon, Facebook und Apple.¹⁰²¹ Stellenweise wird auch Microsoft dazu gezählt. Diese Unternehmen begannen ihre Geschäftstätigkeit in unterschiedlichen Märkten und sind mittlerweile derart expandiert, dass sie in zahlreichen Märkten konkurrieren. Beispielsweise entspringt der Kern von Googles Tätigkeit dem Suchmaschinenmarkt. Mittlerweile bietet das Unternehmen mit Google+ aber auch ein soziales Netzwerk an und konkurriert mit Facebook.¹⁰²² Der Kernmarkt von Microsoft ist der Markt für Betriebssysteme, den es mit seinem Windows-Programm dominiert. Amazon ist schwerpunktmäßig im Markt für Online-Handel tätig und Apple für Elektronikprodukte und Software.¹⁰²³

Der Aufbau von Konglomeraten ist für Internetplattformen aus drei Gründen wirtschaftlich sinnvoll und marktmachfördernd:

Erstens ist es aus der Sicht eines Konglomerats leichter als für kleinere Unternehmen, mehrere Produkte erfolgreich aneinander zu koppeln. In der digitalen Wertschöpfungskette sind mehrere Technologien oft wechselseitig miteinander verbunden und müssen aufeinander abgestimmt sein, um zu funktionieren.¹⁰²⁴ Jede technische Hardware wie PCs oder Smartphones sind auf ein Betriebssystem angewiesen, das wiederum davon lebt, dass Programme dafür entwickelt werden. Dafür muss zwischen den Ebenen der Wertschöpfungskette Interoperabilität hergestellt werden.¹⁰²⁵ Ein Unternehmen kann seine Marktmacht ausbauen, wenn es mehrere Ebenen dieser Kette kontrolliert, indem die Nutzung mehrerer Produkte aneinander gekoppelt wird. Die Verbraucher sind dann darauf angewiesen, alle Angebote eines Unternehmens zu nutzen anstatt lediglich einiger ausgewählter. So kann ein Verbraucher beispielsweise die Betriebssysteme von Apple (macOS, iOS) nur nutzen, wenn er auch die Hardware von

1019 Wegweisend *Khan*, 119 Columbia L. Rev. 973 (2019).

1020 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 41.

1021 *Paal*, NZKart 2018, 157.

1022 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 264 – *Facebook*.

1023 *Stylianou*, Competition Law Insight 2017, 16(9), 4, 5.

1024 *Stylianou*, Competition Law Insight 2017, 16(9), 4, 5.

1025 Vgl. Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 3 – *Microsoft I*. Vgl. außerdem den 68. Erwägungsgrund und Art. 20 DSGVO.

Apple (iMac, iPhone) besitzt. Solche geschlossenen Systeme werden „walled garden“ genannt.¹⁰²⁶ Auch Google koppelt die Nutzung seines Android-Betriebssystems an die Nutzung seiner Applikationen wie Google Maps.¹⁰²⁷

Zweitens können Konglomerate ihre Wettbewerber häufig durch Kampfpreise aus dem Markt verdrängen. *Khan* hat dies ausführlich am Beispiel von Amazon dargestellt.¹⁰²⁸ Das Unternehmen ist als Online-Händler tätig und vertreibt über seine Plattform primär Produkte von Drittanbietern. Dadurch ist es in der Lage, die Preisentwicklung und die Nachfrage nach diesen Produkten zu beobachten. *Khan* beschreibt Fälle, in denen das Unternehmen gezielt Produkte von Drittanbietern selbständig produziert hat und die Preise des Drittanbieters unterbot, bis dieser den Markt verlassen musste. Danach konnte Amazon die Preise erhöhen. Durch ihre überlegenen finanziellen Ressourcen sind Konglomerate häufig in der Lage, solche Kampfpreisstrategien langfristig aufrechtzuerhalten (sog. „deep-pocket-Theorie“).¹⁰²⁹ Kleinere Unternehmen stehen dadurch unter hohem Wettbewerbsdruck, selbst wenn das Konglomerat noch nicht in ihrem Markt tätig ist. Ist ein Konglomerat in einem benachbarten Markt tätig, muss das Unternehmen bereits den Eintritt des Konglomerats fürchten. Auf diesen drohenden Eintritt von Google oder Amazon berief sich bspw. das Unternehmen Bazaarvoice in *U.S. v. Bazaarvoice*.¹⁰³⁰

Drittens können Unternehmen ihr Wissen aus einem Markt nutzen, um in einen anderen Markt zu expandieren.¹⁰³¹ Wenn ein Unternehmen bereits ein Betriebssystem entwickelt hat, versteht es die technischen Details der Programme, die auf dem System genutzt werden können, ebenfalls, und kann beginnen, diese selbst zu entwickeln. Das führt dazu, dass Unternehmen, die in einem Markt stark vertreten sind, in benachbarte Märkte expandieren. Insbesondere marktübergreifende Datenbestände können Konglomeraten einen Informationsvorsprung verschaffen. Erhebt ein Unternehmen Daten auf mehreren Märkten, kann es diese Daten ggfs. kombi-

1026 Siehe F.A.Z. v. 22.8.2017, S. 13.

1027 Kommission, Factsheet zur Mitteilung der Beschwerdepunkte für Google zu Android-Betriebssystem und Anwendungen.

1028 *Khan*, 126 Yale L. J. 710, 768–774 (2017).

1029 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 42, 84 f.

1030 *Tierney*, in: Knox, *The Obama Trials*, 91, 93. Das Gericht lehnte dieses Argument ab, siehe *U.S. v. Bazaarvoice*, Case No. 13-cv-00133-WHO, 133 (N.D. Cal. Jan. 8, 2014).

1031 *Stylianou*, *Competition Law Insight* 2017, 16(9), 4, 5.

nieren und sich hieraus ergebende Verbundvorteile nutzen.¹⁰³² Eine solche Datenkombination verfolgte beispielsweise Facebook bei dem Erwerb von WhatsApp.¹⁰³³

b) Rechtliche Berücksichtigung

Die vorstehenden Ausführungen werfen die Frage auf, wie die marktmachtgenerierenden Vorteile von digitalen Konglomeraten in der wettbewerblichen Würdigung rechtliche Berücksichtigung finden können.

aa) Ansicht von Petit

Petit befürchtet eine grundsätzliche Unfähigkeit des Kartellrechts, konglomerate Unternehmensstrukturen angemessen zu erfassen. Das Kartellrecht sei sowohl in der Missbrauchsaufsicht, als auch in der Fusionskontrolle auf die Untersuchung eines Marktes beschränkt, weshalb die marktübergreifende Macht von Konglomeraten systematisch ausgeblendet würde. Zudem konkurrierten Konglomerate auch bereits vor der Marktreife um die Ersteinführung zukünftiger Produkte.¹⁰³⁴ Daher sollte die Marktmachtbestimmung nicht auf einen Markt, sondern auf ein Unternehmen bezogen sein.¹⁰³⁵

bb) Ansicht von Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker

Demgegenüber verweisen *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* für das deutsche Recht auf die Regelungen des § 18 GWB, die konglomerate Macht

1032 *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 108; *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 41 f., 84 f.

1033 Kommission, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover, IP/17/1369.

1034 So *Petit*, Technology Giants, the "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 14, 52 ff., 59 ff., abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502> (zuletzt abgerufen am 27.09.2018).

1035 *Petit*, Technology Giants, the "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 65, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502> (zuletzt abgerufen am 27.09.2018).

ausreichend berücksichtigten. So ist gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB die Finanzkraft des Unternehmens zu beachten, die es ihm erlaubt, langfristig Kampfpreisstrategien zu verfolgen. Darüber hinaus ist gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB den Verflechtungen mit anderen Unternehmen Rechnung zu tragen. Schließlich schreibt § 18 Abs. 3a Nr. 4 die Berücksichtigung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten vor.¹⁰³⁶

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Hinzuzufügen ist, dass wie oben beschrieben die Marktmacht von Konglomeraten meist einem Kernmarkt entspringt, den das Konglomerat beherrscht und von dem aus es mit unterschiedlichen „leverage“-Strategien expandieren kann.¹⁰³⁷ In diesem Kernmarkt wird regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, wie dies beispielsweise von der Kommission im Hinblick auf Googles Position im Suchmaschinenmarkt oder Microsofts Stellung im Markt für Betriebssysteme bejaht wurde.¹⁰³⁸ Diese beherrschenden Stellungen der Konglomerate sind für die Behörden mit dem marktbezogenen Machtkonzept hinreichend fassbar.¹⁰³⁹ Darüber hinaus sind konglomerate Effekte eine Standarderwägung der Kartellbehörden bei Zusammenschlüssen von Unternehmen, die auf benachbarten Märkten tätig sind.¹⁰⁴⁰ Schließlich sind Wettbewerbssituationen vor der Marktreife eines Produkts mit verschiedenen Instrumenten handhabbar, die von den Kartellbehörden bereits genutzt werden.¹⁰⁴¹

Das Kartellrecht ist daher durchaus in der Lage, konglomerate Marktmacht ausreichend zu erfassen. Die oben beschriebenen Faktoren sind insbesondere bei Internetplattformen zu berücksichtigen.

1036 Schweitzer/Haucap/Kerber u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 87 f.

1037 Petit, Technology Giants, the "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 14, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502> (zuletzt abgerufen am 27.09.2018).

1038 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 271 ff. – *Google Shopping*; Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 24 ff. – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1039 Schweitzer/Haucap/Kerber u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 91.

1040 Käseberg, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 16 FKVO, Rn. 96 ff.; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 33 ff.

1041 Siehe oben Kapitel 3 A.IV.

II. Begrenzung digitaler Marktmacht

Internetplattformen können Marktmacht auf die oben beschriebene Weise durch Netzwerkeffekte oder konglomerate Effekte begründen. Sie können die so erlangte Marktmacht jedoch auch wieder verlieren. Trotz starker Netzwerkeffekte sind zahlreiche Plattformmärkte von intensivem Wettbewerb gekennzeichnet, wie die Märkte für Hotelbuchungen oder Essensauslieferungen.¹⁰⁴² Denn das Ausmaß der Wirkung der Netzwerkeffekte auf eine Vermachtung des Marktes wird durch eine Reihe von Faktoren begrenzt: konglomeraten Wettbewerbsdruck (1.), Reverse Network Effects und Wechselkosten (2.), der abnehmende Grenznutzen von Netzwerkeffekten (3.), die Rolle von Qualitätsfaktoren jenseits von Netzwerkeffekten (4.), multi-homing, Transparenz und Produktdifferenzierung (5.), Randsubstitution (6.), sowie schließlich die Dynamik der Branche (7.).

1. Konglomerater Wettbewerbsdruck

Die wettbewerbliche Wirkung von Konglomeraten ist ein zweischneidiges Schwert. Einerseits verschafft sie den Konglomeraten wettbewerbliche Vorteile und verleiht ihnen Marktmacht.¹⁰⁴³ Andererseits wird durch die Marktmacht eines Konglomerats die Macht der anderen Konglomerate beschränkt, sofern die Konglomerate auf benachbarten Märkten tätig sind. So hat *Petit* darauf hingewiesen, dass in den Medien und in der Wirtschaft – im Gegensatz zur Kartellpraxis – die wettbewerbliche Auseinandersetzung der GAFAs primär zwischen ihnen selbst gesehen wird. Börsenanalysen ordnen beispielsweise die GAFAs als Hauptwettbewerber der anderen GAFAs ein. Daher spricht *Petit* von einem „Moligopol“.¹⁰⁴⁴ Auch *Stylianou* und *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* weisen darauf hin, dass die Konglomerate in allen Märkten – auch in ihren Kernmärkten – den Markteintritt eines der übrigen Konglomerate befürchten müssen.¹⁰⁴⁵ Sie stehen

1042 *Waksman*, E.C.L.R. 2019, 207, 208.

1043 Siehe dazu oben Kapitel 4 I.3.

1044 *Petit*, Technology Giants, the "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 7 ff., abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502> (zuletzt abgerufen am 27.09.2018). Der Begriff "Moligopol" ist dabei irreführend. Damit meint *Petit*, dass die GAFAs Monopole in verschiedenen Märkten besitzen und untereinander konkurrieren. Mitglieder eines Oligopols konkurrieren jedoch gerade nicht oder nur in geringem Ausmaß miteinander.

1045 *Stylianou*, Competition Law Insight 2017, 16(9), 4, 5.

daher in einem „Multi-Kontakt-Wettbewerb“ zueinander.¹⁰⁴⁶ Daher ist der potentielle Wettbewerbsdruck höher in einem Markt, wenn ein benachbarter Markt von einem Konglomerat beherrscht wird.

Eine herausgehobene Stellung in diesem Multi-Kontakt-Wettbewerb nehmen häufig Datenbestände und Datenverarbeitungstechnologie ein. So kann es Konglomeraten möglich sein, aufgrund ihrer bestehenden Datenbestände kurzfristig benachbarte Märkte zu betreten und so die Marktposition eines etablierten, anderen Konglomerats anzugreifen. Daher betonen *Clemens/Özcan* zu Recht die Bedeutung der *Angebotssubstituierbarkeit* in Märkten, in denen Daten verarbeitet werden. So habe die Kommission beispielsweise im Verfahren *TomTom/Tele Atlas*¹⁰⁴⁷ unterschätzt, wie schnell und erfolgreich Google aufgrund seiner bestehenden Datenkapazitäten und Verarbeitungsmöglichkeiten den Markt für Navigationssysteme betreten könnte. Hier hätte die Angebotssubstituierbarkeit stärker gewichtet werden sollen. Entsprechendes vertreten *Clemens/Özcan* mit Blick auf das Verfahren *Facebook/WhatsApp*.¹⁰⁴⁸ WhatsApp habe vor dem Zusammenschluss die Möglichkeit gehabt, zu einem Angebot zu wachsen, das mit Facebook auf dem Werbemarkt voll substituierbar ist, sobald WhatsApps umfangreicher Datenbestand dazu genutzt würde.¹⁰⁴⁹ Dem ist insofern zuzustimmen, als die Angebotssubstituierbarkeit gerade in Fällen, die datenverarbeitende Unternehmen betreffen, präzise untersucht werden sollte. Dies bleibt jedoch eine Frage des Einzelfalls. In *Facebook/WhatsApp* hat die Kommission beispielsweise den Online-Werbemarkt untersucht und zu Recht festgestellt, dass selbst bei einer Datenkombination der beiden Unternehmen auf diesem Markt ausreichend Wettbewerb herrschen würde. Dass WhatsApp zu einem großen Werbeanbieter wachsen könnte, erscheint *ex ante* wie *ex post* unwahrscheinlich, weil im Werbemarkt zahlreiche Anbieter – unter anderem Google – tätig sind.¹⁰⁵⁰ Daher ist der Diagnose, dass die Angebotssubstituierbarkeit generell in der Kommissionspraxis vernachlässigt wird, nicht zuzustimmen.

1046 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 86.

1047 Kommission, Entscheidung v. 14.05.2008, COMP/M.4854 – *TomTom/Tele Atlas*.

1048 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

1049 *Özcan/Clemens*, *Concurrences* 2018(4), 3.

1050 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 188 – *Facebook/WhatsApp*.

2. Reverse Network Effects und Wechselkosten

Wie der konglomerate Wettbewerbsdruck können auch Netzwerkeffekte in umgekehrter Richtung wirken. Verliert ein Netzwerk Mitglieder, wird es für die übrigen Mitglieder unattraktiver, wodurch mehr und mehr Mitglieder verloren gehen („reverse network effect“).¹⁰⁵¹ Dieser sich selbst verstärkende Prozess kann dazu führen, dass deutlich mehr Kunden verloren gehen als bei einer Preiserhöhung auf einem einseitigen Markt.¹⁰⁵² So begrenzen Netzwerkeffekte die Fähigkeit der Unternehmen, sich den Nutzern gegenüber unabhängig zu verhalten.¹⁰⁵³ Gleichzeitig können so Konkurrenten schneller Marktanteile hinzugewinnen. Dieser reverse network effect gilt umso mehr, je geringer die Differenz zwischen den Marktanteilen der Anbieter ist. Insofern haben Netzwerkeffekte eine ambivalente, nämlich eine sowohl marktmachtfestigende als auch wettbewerbsfördernde Wirkung.

Das BKartA sah in *Online-Dating-Plattformen* Netzwerkeffekte als wettbewerbsfördernd an, da sie allen und insbesondere auch neuen Marktteilnehmern zugutekämen.¹⁰⁵⁴ Damit ist diese Entscheidung jedoch – soweit ersichtlich – die einzige, die reverse network effects berücksichtigt. In der Mehrheit der internationalen Entscheidungen werden Netzwerkeffekte lediglich als marktmachtfestigender Faktor betrachtet.¹⁰⁵⁵

Reverse network effects werden durch niedrige Wechselkosten verstärkt. Sind die Wechselkosten zwischen den Netzwerken niedrig, fällt den Nut-

1051 *Evans/Schmalensee*, Regulation (CATO Institute) Winter 2017-2018, 36, 38.

1052 *Evans/Noel*, 2005 Columbia Bus. L. Rev. 101, 129 (2005); *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 111 f.

1053 *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 94.

1054 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 143 – *Online-Dating-Plattformen*.

1055 BKartA, 24.07.2015, Fallbericht, B8-67/15, 3 – *Verivox/ProSiebenSat.1*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 3 f. – *Immonet/ImmoWelt*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 84. Für Entscheidungen auf europäischer Ebene siehe Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 25, 106 – *Microsoft II (Internet Explorer)*; Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 420, 470, 520 ff., 878, 980 – *Microsoft I*; Kommission, 13.10.2000, M.2050, 64 – *Vivendi/Canal+/Seagram*. Für die USA siehe FCC, 11.01.2001, Memorandum Opinion and Order, 16 FCC Rec. 6547 (2001) = CS Docket No. 00-30 (01-12), Rn. 152 ff., 175 – *AOL/Time Warner*; *LiveUniverse v. MySpace*, CV 06-6994 AHM, 11 f (C.D. Cal. June 4, 2007); *U.S. v. Bazaarvoice*, Case No. 13-cv-00133-WHO, 7, 16, 75 ff., 132 ff. (N.D. Cal. Jan. 8, 2014); *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 54 f. (D.C. Cir. 2001).

zern der Wechsel leichter und ermöglicht neuen Anbietern den Marktzutritt.¹⁰⁵⁶ Wechselkosten umfassen nicht nur finanzielle Kosten, sondern auch den Aufwand, der dem Nutzer entsteht, wenn er eine andere als die bisherige Plattform für denselben Zweck nutzen möchte.¹⁰⁵⁷ Das kann zum Beispiel darin bestehen, dass der Nutzer sich bei einer anderen Plattform zunächst registrieren und dabei seine Daten eingeben muss.¹⁰⁵⁸ Bei einem Anbieterwechsel gehen die Kontoinformationen verloren, solange die Netzwerke es nicht ermöglichen, die Nutzerdaten von einem Konto auf das andere zu übertragen.¹⁰⁵⁹ Um diesen Wechsel unter Mitnahme der Daten zu ermöglichen, gewährt Art. 20 DSGVO ein Recht auf Datenportabilität.¹⁰⁶⁰ So trägt die DSGVO grundsätzlich zu niedrigeren Wechselkosten bei.

Auf die Wechselkosten weisen auch § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB und die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle hin.¹⁰⁶¹ In der Rspr. zur Fusionskontrolle wird häufig angemerkt, dass geringe Wechselkosten die Marktmacht aus Netzwerkeffekten abmildern können.¹⁰⁶² In *Google Shopping*, einem Missbrauchsfall, verwies die Kommission jedoch lediglich darauf, dass es neben Wechselkosten auch andere Faktoren gebe, die Markteintrittsbarrieren begründen könnten. Die geringen Wechselkosten bei Suchmaschinen wurden als nicht ausschlaggebend für die Marktmachtbeurteilung angesehen.¹⁰⁶³ Das ist vor allem bemerkenswert, weil es schwer vorstellbar ist, dass Wechselkosten geringer als bei Suchmaschinen sind, für deren Wechsel weder eine Registrierung erforderlich noch eine Gebühr fällig ist. Der Wechsel ist tatsächlich mit einem bloßen Mausklick mög-

1056 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 63 ff.; *Evans/Noel*, 2005 Columbia Bus. L. Rev. 101, 120 ff. (2005).

1057 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 55.

1058 *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 57 (2018).

1059 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 49.

1060 Vgl. *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen (ZEW Discussion Paper 16-42), 25 ff.

1061 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 53 ff.

1062 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 158 – *Online-Dating-Plattformen*; EuG, 11.12.2013, T-79/12, Rn. 75 ff. – *Cisco Systems und Messenger/Kommission*; Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 94 – *Facebook/WhatsApp*; Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 92, 130 – *Microsoft/Skype*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 297 – *Google/DoubleClick*.

1063 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 314 – *Google Shopping*.

lich.¹⁰⁶⁴ Gleichzeitig ist jedoch zu beachten, dass die Internetnutzer – in den Worten der Kommission – „träge“ geworden sind, sodass bereits das kostenlose Aufsuchen, Herunterladen und Installieren eines konkurrierenden Internetbrowsers erhebliche Wechselkosten darstellen können.¹⁰⁶⁵

3. Abnehmender Grenznutzen

Netzwerkeffekte wirken außerdem nach dem Erreichen einer kritischen Masse mit jedem zusätzlichen Mitglied in geringerem Ausmaß. Damit sinkt der Grenznutzen eines zusätzlichen Mitgliedes in einem Netzwerk.¹⁰⁶⁶ Der Wert eines zusätzlichen Mitglieds in einem sozialen Netzwerk ist beispielsweise sehr hoch, wenn das Netzwerk lediglich zehn Mitglieder hat, jedoch deutlich geringer, wenn es bereits tausend Mitglieder hat. Das gleiche gilt für Netzwerkeffekte, die sich aus den Daten der Nutzer ergeben. Aus den ersten Informationen, die ein Unternehmen über einen Nutzer erhält, kann es deutlich mehr Rückschlüsse ziehen als aus den Informationen, die danach hinzukommen und das Nutzerprofil lediglich verfeinern oder gar keine neuen Einsichten über den Nutzer bereithalten. Ein Werbeunternehmen zieht beispielsweise nur einen geringen Informationswert daraus, zu wissen, dass ein Nutzer zum fünften Mal nach einem bestimmten Produkt im Internet gesucht hat, da es bereits bei der ersten Suchanfrage das Interesse des Nutzers kannte.¹⁰⁶⁷ Enthält ein Datenbestand viele solcher redundanten Informationen, kann er trotz seiner Größe einen lediglich geringen Wert für den Zweck der Nutzerverhaltensanalyse haben.

Für die Marktmachtbestimmung bedeutet dies, dass von den Nutzern oder Datenbeständen ab einem bestimmten Punkt kontinuierlich geringere Netzwerkeffekte ausgehen. Dadurch kann es eine geringere Aussagekraft haben, wenn ein Unternehmen einen höheren Marktanteil als andere

1064 *Argenton/Prüfer*, 8 J. Comp. L. & Econ. 73, 75 (2012); *Holzweber*, Der Markt-
machttransfer bei digitalen Plattformen, 103.

1065 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 46 ff. – *Microsoft II (Internet Explorer)*. Ähnlich Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 134 – *Facebook/WhatsApp*.

1066 *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 34.

1067 *Graef*, W. Comp. 2015, 473, 486; *Nuys*, WuW 2016, 512, 515 f.; *The Economist* v. 6.5.2017, S. 14 f.; *Autorité de la concurrence/BKartA*, Competition Law and Data, 10.05.2016, 47 f.; *Lerner*, The Role of Big Data in Online Platform Competition, 35 ff.; *Schepp/Wambach*, 7 J. Euro. Comp. L. & Pract., 120-124, 121 (2016).

Unternehmen besitzt. Steigert ein Unternehmen seine Nutzerzahl, kann es sein, dass sich hieraus für das Unternehmen nur ein geringwertig größerer Wettbewerbsvorteil ergibt, weil die Intensität der Netzwerkeffekte vergleichbar bleibt.

Die Kommission hat in *Microsoft/Yahoo! Search Business* sowie in *Google Shopping* auf den abnehmenden Grenznutzen von Datenbeständen hingewiesen.¹⁰⁶⁸

4. Qualitätsfaktoren jenseits von Netzwerkeffekten

Um einen Markt zu beherrschen, wird es außerdem für ein Unternehmen nicht ausreichen, eine große Nutzerbasis zu besitzen. Das gesamte Angebot muss für alle Plattformseiten attraktiv sein. Die Nutzer erwarten eine ansprechende und einfache Benutzeroberfläche, einen sicheren Server ohne Abstürze des Systems und eine hohe Vielfalt der Nutzungsmöglichkeiten. Neben hohen Nutzerzahlen müssen auch diese Voraussetzungen erfüllt werden, damit eine Internetplattform wettbewerbsfähig ist. Ein Konkurrenzunternehmen kann mit einer besseren Datenverarbeitungstechnologie einen qualitativ hochwertigeren Dienst anbieten und so die Marktmacht eines Unternehmens mit hohen Nutzeranteilen einschränken.¹⁰⁶⁹ Dies gilt vor allem bei den im Internet weitverbreiteten kostenlosen Angeboten, bei denen der Preis kein Wettbewerbsparameter ist und die Nutzer ein Angebot vor allem nach der Qualität auswählen.¹⁰⁷⁰

Auch der Verkauf von Internetwerbung hängt nicht alleine von hohen Nutzerzahlen ab. Erst ein fähiger Algorithmus, der die Nutzerdaten verarbeiten kann, führt dazu, dass sie verwertet werden und einen Wettbewerbsvorteil darstellen.¹⁰⁷¹ Das stellte auch die Kommission in *Microsoft/Yahoo! Search Business* fest.¹⁰⁷² Viele Unternehmen kontrollierten große Da-

1068 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 289 – *Google Shopping*; Kommission, 18.02.2010, COMP/M.5727, Rn. 164–174 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

1069 Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 10.05.2016, 9.

1070 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. K28.

1071 *Colangelo/Maggiolino*, 13 Euro. Comp. J. 249, 251 (2017); *Körper*, NZKart 2016, 303, 306; *Nuys*, WuW 2016, 512, 515; *Kaben*, in: Immenga/Körper, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 123, 129 ff.; *Schaefer/Sapi/Lorincz*, DIW Berlin Discussion Papers 1730 (2018), 26.

1072 Kommission, Entscheidung v. 18.02.2010, COMP/M.5727, Rn. 164 ff. – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

tenbestände, ohne dass ihnen daraus ein Wettbewerbsvorteil erwachsen wäre, wie zum Beispiel Yahoo!, MySpace oder AOL.¹⁰⁷³ *Hacker* zufolge sollte man deswegen nur von „algorithmischer Marktmacht“¹⁰⁷⁴ anstatt von „Datenmacht“¹⁰⁷⁵ sprechen.

Dieser Punkt ist jedoch umstritten. Algorithmen sind zunehmend fähig, selbst aus Datenmengen zu lernen, ohne dass der Algorithmus durch menschliche Eingriffe modifiziert werden muss („deep learning“).¹⁰⁷⁶ Es gilt dann: je größer der Datenbestand, desto besser ist der Algorithmus in der Lage, seinen jeweiligen Zweck zu erfüllen.¹⁰⁷⁷ Dem Leiter des Entwicklungsbereichs bei Google *Norvig* zufolge besitzt sein Unternehmen nicht die bessere Verarbeitungstechnologie, sondern schlicht einen größeren Datenbestand als die Konkurrenz.¹⁰⁷⁸ Viele Technologien für die künstliche Intelligenz stehen ohnehin frei zur Verfügung („open source“), sodass die Datenverarbeitungstechnologie keinen individuellen Wettbewerbsvorteil mehr darstellen muss.¹⁰⁷⁹

Festzuhalten ist somit, dass eine große Nutzerbasis alleine noch keinen Wettbewerbsvorteil darstellt und erst in Kombination mit der richtigen Verarbeitungstechnologie wirtschaftlichen Wert erlangt, wobei es eine Frage des Einzelfalls sein wird, welches Gewicht dem Nutzerbestand einerseits und der Verarbeitungstechnologie andererseits beizumessen ist.

5. Multi-homing, Transparenz und Produktdifferenzierung

Die vermachtende Wirkung von Netzwerkeffekten wird weiterhin durch multi-homing relativiert. Setzen die Nutzer mehrere Dienste nebeneinander ein, verschafft das der einzelnen Plattform weniger Spielraum, um sich unabhängig von den Nutzern zu verhalten, da diese die Alternativen be-

1073 *Evans/Schmalensee*, Regulation (CATO Institute) Winter 2017-2018, 36, 39.

1074 *Hacker*, Regulating the Data economy, Vortrag am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 08.06.2017.

1075 *Körper*, NZKart 2016, 303.

1076 *The Economist* v. 6.5.2017, S. 15.

1077 *Surblyte*, WuW 2017, 120, 121 f. Eine Studie dazu hat ergeben, dass der Erfolg eines intelligenten Algorithmus bei der Analyse von Bildern unter anderem von der Größe verfügbarer Datenbestände abhängt: *Sun/Shrivastava/Singh u. a.*, Revisiting Unreasonable Effectiveness of Data in Deep Learning Era (2017), abrufbar unter <https://arxiv.org/pdf/1707.02968.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1078 *Newman*, 31 Yale J. Reg. 401 (421) (2014).

1079 *Surblyte*, WuW 2017, 120, 122 f.

reits in Anspruch nehmen und erkennbar nicht auf eine einzige Plattform angewiesen sind.¹⁰⁸⁰

Multi-homing der Nutzer schränkt insbesondere datenbedingte Größeneffekte ein. Daten sind nicht-rivalisierend, d.h. sie werden nicht dadurch verbraucht, dass sie von einem Unternehmen einmal gespeichert wurden.¹⁰⁸¹ Mobile Ortsdaten können z.B. sowohl von dem Hersteller des Mobiltelefons wie Apple, als auch von Betreibern von mobilen Apps wie Google Maps gesammelt werden. Sowohl der Hersteller des Telefons als auch der App-Betreiber wissen dann darüber Bescheid, wo sich der Telefonnutzer aufhält. Informationen über die Zahlungsbereitschaft eines Nutzers können sich sowohl aus Kreditkartendaten als auch aus Online-Kaufverhaltensdaten ergeben.¹⁰⁸² Das unterscheidet Daten von Rohstoffen, die, einmal abgebaut, nicht erneut von einem anderen Unternehmen abgebaut werden können.¹⁰⁸³ Haben zwei Unternehmen die gleichen Nutzerdaten gespeichert, kann keines von ihnen daraus gegenüber dem anderen einen Wettbewerbsvorteil ziehen. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB fordert zwar die Berücksichtigung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten in der Marktmachtprüfung, womit auch die „exklusive Herrschaft“ über Daten gemeint ist. Dass Daten aber wirklich exklusiv von einem Unternehmen kontrolliert werden, ist bei vielen Online-Plattformen wegen der Nicht-Rivalität von Daten unwahrscheinlich.¹⁰⁸⁴ Wenn die Nutzer multi-homing betreiben, können ihre Daten auch aus mehreren Quellen erlangt werden.¹⁰⁸⁵

Multi-homing wird durch zwei Faktoren begünstigt:

Erstens hängt das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung allgemein davon ab, wie transparent der Markt ist und wie leicht es den Abnehmern fällt, die Produkte zu vergleichen. Sind alle Preise öffentlich einsehbar und leicht zu vergleichen, wird es einem Unternehmen schwerer fallen, Preise über dem Wettbewerbsniveau zu fordern. Kommt es hingegen auf die Qualität eines Produkts an, die schwer vergleichbar ist, hat jedes

1080 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 55; *Armstrong*, 37 RAND J. Econ. 668 (2006); *Yun*, 14 J. Comp. L. & Econ. 311, 318 (2018).

1081 *Louven*, NZKart 2018, 217, 220.

1082 *Colangelo/Maggiolino*, 13 Euro. Comp. J. 249, 253 f. (2017).

1083 *Nuys*, WuW 2016, 512, 513.

1084 *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 264; *Tichem/Tuinstra*, J. Euro. Comp. L. & Pract. 2018, 50, 53.

1085 *Colangelo/Maggiolino*, 13 Euro. Comp. J. 249, 254 f. (2017); *Sivinski/Okuliar/Kjolbye*, 13 Euro. Comp. J., 199, 217 (2017).

Unternehmen einen größeren Verhaltensspielraum z.B. hinsichtlich des Preises. Verbraucher können beispielsweise die Qualität von Suchmaschinen nur schwerlich vergleichen. Dazu müssten sie über einen längeren Zeitraum die gleichen Suchbegriffe bei mehreren Anbietern auf ihre Treffsicherheit hin überprüfen. Diese Intransparenz gibt den Anbietern einen Verhaltensspielraum und damit Marktmacht.¹⁰⁸⁶ Multi-homing spricht hingegen dafür, dass die Nutzer die verschiedenen Angebote vergleichen.

Multi-homing ist zweitens besonders wahrscheinlich, wenn die Plattformen differenzierte Produkte anbieten, da die Nutzer dann verschiedenen Interessen bei unterschiedlichen Plattformen nachgehen.¹⁰⁸⁷ Ein ähnlicher Fall sind Produkte, die sich durch besonderes Prestige von Konkurrenten abheben möchten, wie American Express unter Kreditkartenfirmen.¹⁰⁸⁸ Legen bestimmte Nutzer auf gewisse Produkteigenschaften Wert und andere Nutzer auf andere Eigenschaften, können Unternehmen Kunden gewinnen, indem sie ihr Produkt durch eine individuelle Gestaltung unterscheidbar von Konkurrenzprodukten machen. Online-Dating-Plattformen spezialisieren sich beispielsweise auf bestimmte Kundengruppen.¹⁰⁸⁹ Dann wird es für ein einziges Unternehmen schwieriger, den Markt zu beherrschen. Die Konzentration des Marktes sinkt demnach tendenziell mit einer erhöhten Heterogenität der Nutzerpräferenzen.¹⁰⁹⁰ Hohe Marktanteile haben dann eine geringere Aussagekraft.

In der Rspr. wurden ein hoher Grad an multi-homing und eine starke Produktdifferenzierung als Argumente gegen die Vermachtungswirkung von Netzwerkeffekten verwendet.¹⁰⁹¹ Umgekehrt wurde in anderen Ent-

1086 *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 7 f.

1087 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 71 f.

1088 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, 35.

1089 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 147 ff. – *Online-Dating-Plattformen*.

1090 *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 17.

1091 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 453 ff. – *Facebook*; BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 147 ff. – *Online-Dating-Plattformen*; EuG, 11.12.2013, T-79/12, Rn. 75 ff. – *Cisco Systems und Messenger/Kommission*; Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 133 – *Facebook/WhatsApp*; Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 92, 130 – *Microsoft/Skype*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 307 – *Google/DoubleClick*; Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 16 ff., 79 ff. – *Travelport/Worldspan*.

scheidungen ein niedriger Grad an multi-homing als marktmachtfestigend betrachtet.¹⁰⁹²

Eine besondere Form der Produktdifferenzierung stellen Sortierungsexternalitäten dar: Werbenden geht es beispielsweise üblicherweise darum, einen bestimmten potentiellen Kundenkreis und nicht in pauschaler Weise alle Verbraucher anzusprechen. Von manchen, beispielsweise besonders kaufkräftigen Nutzern gehen stärkere Netzwerkeffekte aus als von anderen Nutzern. Daher ist es für Werbende besonders vorteilhaft, wenn sie durch die Werbung auf einer Plattform eine bestimmte Zielgruppe ansprechen können. Dieser Differenzierungsvorteil wird Sortierungsexternalität genannt.¹⁰⁹³ Ein Werbender kann beispielsweise für bestimmte Produkte besonders gut bei einer Special-Interest-Zeitschrift werben, deren Leser voraussichtlich Interesse an den Produkten des Unternehmens haben werden.¹⁰⁹⁴ Umgekehrt werden die Netzwerkeffekte, die von einer Zeitschrift mit einer hohen Auflage und einer diversifizierten Leserschaft ausgehen, dadurch reduziert, dass Werbeunternehmen auf diesem Wege nur eine allgemeine Leserschaft nach dem „Gießkannenprinzip“ erreichen. Durch den Streueffekt werden viele Leser angesprochen, die das Werbeunternehmen tatsächlich nicht ansprechen möchte.¹⁰⁹⁵ Auch bei hohen Leseranteilen müssen daher die Netzwerkeffekte nicht zwangsläufig stark sein.

Gleichsam kann sich auch eine Internetwerbepattform Sortierungsexternalitäten zunutze machen, wenn sie ein besonderes Nutzerprofil besitzt. Einige Dating-Plattformen wie „Elitepartner“ setzen sich zum Beispiel mit ihrem besonderen Profil von anderen Werbepattformen ab.¹⁰⁹⁶

Hinsichtlich der Sortierungsexternalitäten besteht jedoch zwischen Online- und Offline-Werbung ein erheblicher Unterschied. So könnten Sortierungsexternalitäten Plattformen wie Google oder eBay fehlen, die sich in allgemeiner Weise an alle Internetnutzer richten. Tatsächlich profitieren

1092 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 452 ff. – *Facebook*; BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 180 ff. – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*; BKartA, 23.11.2017, B6-35/17, Rn. 174 ff. – *CTS EVENTIM/Four Artists*; BKartA, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 4; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 306 ff. – *Google Shopping*; Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 344 ff. – *Microsoft/LinkedIn*.

1093 *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 34; *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 127; *Peitz*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006, 317, 322.

1094 *Haucap*, in: *Kruse/Dewenter*, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 17.

1095 *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 127.

1096 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 147 ff. – *Online-Dating-Plattformen*.

jedoch gerade diese allgemeinen Plattformen anders als allgemeine Printmedien auch von Sortierungsexternalitäten. Ein Unterschied zwischen Online- und Offline-Werbung besteht nämlich in der Möglichkeit von Internetwerbung, die Werbenachricht gezielt auf einen Nutzer hin zu individualisieren. So kann die Plattform in gewisser Weise eine für den Werbekunden interessante Nutzergruppe vorsortieren.¹⁰⁹⁷ Der Werbekunde erreicht dann nur die Nutzer, von denen Netzwerkeffekte ausgehen und es gibt keine Verluste durch den Streueffekt wie bei Offline-Werbung.¹⁰⁹⁸ Die Netzwerkeffekte, die von den Nutzern ausgehen, werden damit durch Sortierungsexternalitäten nicht abgeschwächt. In der Internetwerbung haben Sortierungsexternalitäten damit keinen konzentrationschwächenden Effekt. Auf diese Punkte wurde jedoch in der Rspr. zu Internetplattformen bislang soweit ersichtlich nicht hingewiesen. Die Diskussion beschränkt sich bislang nur auf die ökonomische Forschung.¹⁰⁹⁹

6. Randsubstitution

Bei einem hohen Grad von Produktdifferenzierung entsteht in der Marktmachtbestimmung ein weiteres Problem, das in der Marktabgrenzung begründet liegt:

a) Randsubstitution in der rechtlichen Beurteilung

Die Aussagekraft von Marktanteilen wird durch Substitutionswettbewerb bzw. Randsubstitution verringert. Dies liegt vor, wenn von einem Anbieter Wettbewerbsdruck auf einen anderen ausgeht, obwohl ihre Produkte nicht derart austauschbar sind, dass sie demselben Markt zuzuordnen sind.¹¹⁰⁰ Die Produkte werden aber auf benachbarten Märkten angebo-

1097 Vgl. BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 16.

1098 Vgl. *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 127.

1099 Zum Beispiel *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 127; *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 17.

1100 Der Begriff „Substitutionswettbewerb“ ist zwar üblich, aber etwas irreführend. Produkte, die demselben Markt angehören, sind Substitute und stehen damit im Substitutionswettbewerb zueinander. Produkte, die hier gemeint sind und

ten.¹¹⁰¹ Das soll z.B. der Fall sein bei Strom als Substitut für Heizöl als Wärmerezeuger oder bei Online-Zeitungen als Substitut für Printmedien.¹¹⁰² Im Allgemeinen sind davon Multifunktionsprodukte betroffen, deren Zweck auch, aber nur teilweise von anderen Produkten erfüllt werden kann.¹¹⁰³ Steht beispielsweise ein Werkzeugkoffer im Wettbewerb mit einem einzelnen Schraubenzieher? Manche Konsumenten werden bloß einen Schraubenzieher kaufen wollen, andere werden erwägen, den ganzen Koffer zu erwerben. Beide Produkte üben einen gewissen Wettbewerbsdruck aufeinander aus, werden aber nicht demselben Markt zugeordnet.

Nach der deutschen und europäischen Praxis wird dieser Umstand nicht bereits in der Marktabgrenzung, sondern in der nachgelagerten Markt-machtbestimmung berücksichtigt. So kann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss aufgrund der Beschränkung von Substitutionswettbewerb entstehen oder gestärkt werden. Umgekehrt kann ihr Entstehen aber auch durch Randsubstitution verhindert werden.¹¹⁰⁴ Dieses Phänomen findet dabei in der Praxis nur ausnahmsweise Berücksichtigung – im Regelfall wird der Wettbewerbsdruck aufgrund von Randsubstitution als so gering erachtet, dass er nicht in die wettbewerbliche Würdigung mit einfließt.¹¹⁰⁵

aus dem Markt herausfallen, sind gerade nicht austauschbar im Sinne einer Marktgleichwertigkeit. Deswegen ist der Begriff „Randsubstitution“ treffender.

- 1101 BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 30; BKartA, Leitfaden zur Marktbherrschaft in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 77; *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Einl. GWB, Rn. 158 ff.; *Kahlenberg*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 101; *Knöpfle*, NJW 1990, 1219.
- 1102 BGH, 12.12.1978, KVR 6/77, BGHZ 73, 65, Rn. 27 – *Erdgas Schwaben*; BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT Drs. 17/6640, 94 ff.; OLG Düsseldorf, 22.12.2010, VI Kart 4/09 (V), WuW/E DE-R 3173, Rn. 81 ff. – *Anzeigengemeinschaft*.
- 1103 *Knöpfle*, DB 1990, 1385, 1390.
- 1104 BGH, 02.10.1984, KVR 5/83, BGHZ 92, 223, Rn. 54 ff. – *Gruner + Jahr/Zeit*; BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 30 ff.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Einl. GWB, Rn. 158; Kommission, 23.3.1992, M.186, Rn. 17 – *Henkel/Nobel*.
- 1105 BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 32; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 238.

b) Hoher Substitutionswettbewerb bei Online-Plattformen

Substitutionswettbewerb tritt nicht nur bei Internetplattformen, sondern branchenübergreifend auf.¹¹⁰⁶ Bei Online-Plattformen ist das Phänomen aber besonders häufig anzutreffen. Allgemeine Suchmaschinen sind zum Beispiel Multifunktionsprodukte: sie beantworten Suchanfragen aller Art, während es für viele dieser Suchanfragen auch speziellere Suchmaschinen gibt. Sucht ein Verbraucher ein Produkt im Internet, kann er es bei einer allgemeinen Suchmaschine wie Google finden, aber auch bei speziellen Produkthändlern wie Amazon oder eBay. Die Mehrheit der Nutzer (55%) verwendet bei dieser Produktsuche nicht primär Google, sondern Amazon.¹¹⁰⁷ Für die Produktsuche übt Amazon demnach einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf Google aus. Deswegen könnten in den Markt, in dem Google tätig ist, auch Online-Händler wie Amazon oder eBay zugerechnet werden müssen. Google hat sich daher in *Google Shopping* darauf berufen, dass Online-Händler in den Suchmaschinenmarkt zu integrieren sind.¹¹⁰⁸ Trotzdem grenzte die Kommission einen engen Markt nur für allgemeine Suchmaschinen ab. Auch andere spezielle Suchmaschinen wurden nicht in den Markt miteinbezogen.¹¹⁰⁹ Zum Beispiel gibt es für Reisebuchungen neben Google spezialisierte Portale wie Kayak, Booking oder Expedia.¹¹¹⁰ Für die Suche nach Personen gibt es soziale Netzwerke wie Facebook, Twitter, LinkedIn oder Xing.¹¹¹¹ Auch das BKartA grenzte je-

1106 Vgl. EuGH, 21.02.1973, Rs. 6-72, Slg. 1973, 215, Rn. 33 ff. – *Continental Can*. Nachdem die Kommission einen Markt für Leichtverpackungen für Fleischkonserven, einen weiteren für Leichtverpackungen für Fischkonserven sowie einen dritten Markt für Metallverschlüsse für die Konservenindustrie, mit Ausnahme von Kronkorken abgrenzte, hob der EuGH die Entscheidung auf, weil nicht dargestellt worden war, weshalb sich diese Märkte von einem allgemeinen Markt für Leichtmetallverpackungen unterscheiden.

1107 FTC, 03.01.2013, File No. 111-0163 – *Google's Search Practices*; Todd, 13 Euro. Comp. J., 62, 77 (2017). Eine Mehrheit (55%) der Nutzer sucht Produkte zuerst bei Amazon, nicht bei Google, vgl. dazu die Umfrage von Bloomreach aus dem Jahr 2016, abrufbar unter <http://go.bloomreach.com/rs/243-XLW-551/images/state-of-amazon-2016-report.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1108 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 207 ff. – *Google Shopping*; Reynal/Martin, European Competition and Regulatory Law Review 2017, 204, 205.

1109 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 161 ff. – *Google Shopping*.

1110 BKartA, 22.12.2015, B9-121/13, Rn. 131 ff. – *Booking.com*; Kersting/Dworschak, ZUM 2016, 840, 843; Yun, 14 J. Comp. L. & Econ. 311, 318 (2018).

1111 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 178 ff. – *Google Shopping*.

doch einen engen Markt ab, der lediglich allgemeine Suchmaschinen umfasste, ohne die Randsubstitute wettbewerblich zu würdigen.¹¹¹²

Ein weiteres Beispiel sind soziale Netzwerke. Hier entschieden die Kommission und das BKartA, dass zwar Karrierenetzwerke wie Xing und LinkedIn im Substitutionswettbewerb mit Facebook stehen, dieser aber nicht ausreicht, als dass diese Dienste ebenfalls dem Markt für soziale Netzwerke zugeordnet würden.¹¹¹³ Soziale Netzwerke erbringen eine Reihe an Dienstleistungen. Sie ermöglichen den Austausch von Nachrichten, Bildern, Zeitungsartikeln und Meinungen – sowohl für private, als auch für berufliche Zwecke. Dabei gibt es Anbieter, die dieses Leistungsspektrum nur in Teilen anbieten. Twitter beispielsweise bietet es dem Nutzer primär an, die eigene Meinung der Öffentlichkeit zu präsentieren, während der private Nachrichtenaustausch im Hintergrund steht. Die Leistungen sind insofern nur teilweise substituierbar.¹¹¹⁴ Nicht nur mit Twitter, sondern auch mit anderen Diensten bestehen Überschneidungen zu dem Angebot von sozialen Netzwerken. Internetnutzer in den USA nutzen acht verschiedene Applikationen, um mit ihren Bekannten zu kommunizieren, von E-Mails bis zu Kurznachrichten.¹¹¹⁵

Dieser gesteigerte Grad an Substitutionswettbewerb ist vor allem den niedrigen Kosten und der damit einhergehenden höheren Produktdifferenzierung in der Internetbranche geschuldet:

Plattformen haben einen höheren Differenzierungsgrad im Vergleich zu Offline-Angeboten.¹¹¹⁶ Während offline Räume gemietet oder Maschinen gekauft werden müssen, ist es im Internet weniger aufwendig, eine Leistung anzubieten. Es reicht aus, eine Webseite zu mieten oder eine App für ein Smartphone zu programmieren, um ein Produkt zu verkaufen. Der Vertriebskanal beschränkt sich zudem meist auf Anbieter und Endverbraucher, ohne dass Zwischenhändler eingeschaltet werden müssen. Daher

1112 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 142 ff. – *VG Media/Google*; vgl. auch *Boos/Lichtenegger*, L.I.C.L. 2017 (4), 3; LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 65 – *VG Media/Google*.

1113 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 277 ff. – *Facebook*; BKartA, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 3; Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 115 – *Microsoft/LinkedIn*.

1114 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 414-417 – *Facebook*

1115 Senatsanhörung von Mark Zuckerberg mit Senator Lindsey Graham zur Cambridge Analytica-Affäre, 10.4.2018, abrufbar unter <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/04/the-strangest-moments-from-the-zuckerberg-testimony/557672/>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1116 *Graef*, Internet Policy Review 4(3), 2015; *Mandrescu*, E.C.L.R. 2017, 410, 412.

sind die Vertriebskosten gering. Auch die Grenzkosten insgesamt sind gering, da die Leistung an einen neuen Kunden meist in einer automatisierten Handlung besteht (wie bei Suchmaschinen).¹¹¹⁷

Häufig müssen die Plattformen ihre Inhalte außerdem nicht selbst schaffen, sondern können darauf vertrauen, dass die Nutzer selbst z.B. Videos (YouTube) oder Informationen (Twitter) in das Internet hochladen („Web 2.0“). Anders als bei den Offline-Pendants wie Fernsehsendern oder Zeitungen entfällt so der redaktionelle Aufwand.¹¹¹⁸

Hat jedes Unternehmen auch mit geringen Mitteln die Möglichkeit, ein neues Produkt zu entwickeln, entwickelt sich ein Markt, in dem jede Nische besetzt wird und Produkte hoch ausdifferenziert sind. Das führt dazu, dass auch in der Marktabgrenzung viele Produkte voneinander unterschieden werden. Nur wenige Produkte werden als vollständig austauschbar angesehen. Das führt zu einer tendenziell engen Marktabgrenzung. Der von Randsubstituten ausgehende Wettbewerbsdruck fließt dann in den Marktanteil nicht ein. Der Marktanteil kann in dieser Situation die Marktmacht des Unternehmens überzeichnet darstellen.

c) Die Probleme der wettbewerblichen Würdigung von Substitutionswettbewerb

Randsubstitution wirft drei Probleme in der Bestimmung von Marktmacht auf:

aa) Wann ist Substitutionswettbewerb ausschlaggebend für das (Nicht-)Vorliegen einer beherrschenden Stellung?

Erstens stellt sich die Frage, wann Randsubstitution ausschlaggebend für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist. Randsubstitute können nicht in der Marktabgrenzung, sondern nur in der nachgelagerten Ebene der Marktmachtbestimmung berücksichtigt werden.¹¹¹⁹ Abseits der

1117 *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387, 389; *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 273 f.; *Schrepel*, Concurrentialiste Review 2018, 17, 20.

1118 *Harbour/Koslov*, 76 Antitrust L. J. 769, 776 (2010).

1119 BGH, 02.10.1984, KVR 5/83, BGHZ 92, 223, Rn. 54 ff. – *Gruner + Jahr/Zeit*; BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 30 ff.; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Einl. GWB, Rn. 158; Kommission, 23.3.1992, M.186, Rn. 17 – *Henkel/Nobel*.

Feststellung, dass Substitutionswettbewerb existiert, ist es aber für die Praxis schwierig, zu bestimmen, wie stark die Disziplinierungswirkung von Randsubstituten ist und wann sie ausreicht, um zu verneinen, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Es ist selbstverständlich, dass die meisten Märkte benachbarte Märkte haben, auf denen ähnliche, aber nicht voll substituierbare Produkte gehandelt werden. Die Behörden und Gerichte haben jedoch keine Leitlinie, nach der entschieden wird, wann von diesen benachbarten Märkten relevanter Substitutionswettbewerb ausgeht. Das dürfte *Knöpfle* zufolge dazu führen, dass der Substitutionswettbewerb sich im Zweifel nicht auf das Ergebnis der Marktmachtbestimmung auswirkt.¹¹²⁰ Dazu passt, dass kein einziger Fall ersichtlich ist, in dem aufgrund von Substitutionswettbewerb das Vorliegen einer beherrschenden Stellung verneint wurde.¹¹²¹ Gleichwohl wird die prinzipielle Möglichkeit dessen stets bejaht.¹¹²²

bb) Wann ist die Schwelle zwischen Randsubstitution und Marktgleichwertigkeit überschritten?

Zweitens herrscht Unklarheit darüber, ab wann ein Grad an Austauschbarkeit zwischen Produkten erreicht ist, der dazu führt, dass Produkte nicht mehr Randsubstitute sind, sondern demselben Markt zuzuordnen sind. Üblicherweise werden die Abnehmer eines Produkts von den Behörden danach gefragt, ob sie Produkte als austauschbar erachten. Teile der Befragten werden diese Frage bejahen und andere Teile verneinen. Es wird jedoch kein Schwellenwert von zustimmenden Abnehmern genannt, ab dem ein Produkt als substituierbar angesehen werden kann.¹¹²³ Müssen

1120 *Knöpfle*, NJW 1990, 1219.

1121 Lediglich in einem Fall erkannte der BGH dem Substitutionswettbewerb eine „ausschlaggebende Bedeutung“ für die Marktmachtbestimmung im Versorgermarkt zu, ohne dass sich dies jedoch im Ergebnis darauf auswirkte, dass durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung verstärkt wurde, vgl. BGH, 02.10.1984, KVR 5/83, BGHZ 92, 223, Rn. 55 – *Gruner + Jahr/Zeit*; BGH, 12.12.1978, KVR 6/77, BGHZ 73, 65, Rn. 27, 58 – *Erdgas Schwaben; Fischötter/Lübbert*, GRUR 1979, 261.

1122 BGH, 02.10.1984, KVR 5/83, BGHZ 92, 223, Rn. 54 ff. – *Gruner + Jahr/Zeit*; BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 30 ff.; Kommission, 23.3.1992, M.186, Rn. 17 – *Henkel/Nobel*.

1123 *Knöpfle*, DB 1990, 1385, 1390; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 295; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 235 ff.

beispielsweise mindestens die Hälfte der Verbraucher zwei Produkte miteinander als austauschbar betrachten – oder drei Viertel, oder gar alle? Diese Frage wird von der Praxis nicht angesprochen. *Sandrock* fordert daher, Kriterien dafür zu finden, wann die Austauschbarkeit ausreichend „spürbar“ für eine Marktgleichwertigkeit ist.¹¹²⁴

Besonders in *Google Shopping* trat zutage, wie undefiniert die Schwelle vom Randsubstitut zum marktgleichwertigen Produkt ist. Es fällt auf, dass die Marktabgrenzung nicht mehr aus der Perspektive der wirkenden Wettbewerbskräfte ergeht, sondern lediglich allgemeine Unterschiede zwischen den Produkten aufzählt, die belegen sollen, dass die Märkte sich unterscheiden. So nennt die Kommission als Unterschied zwischen allgemeinen und speziellen Suchmaschinen, dass letztere teilweise eine Provision für eine Vermittlung erhalten und sich nicht alleine aus Werbeeinnahmen finanzieren. Außerdem unterscheide sich die Suchtechnologie hinter den beiden Suchmaschinentypen.¹¹²⁵ Diese Faktoren sind jedoch für die Austauschbarkeit aus Verbrauchersicht nicht relevant. Dem Verbraucher kann es gleichgültig sein, welche Technologie hinter dem Suchergebnis steckt. Genauso muss es für ihn keine Rolle spielen, wie die Suchmaschine sich finanziert, solange ihm die für ihn interessanten Ergebnisse gezeigt werden. Dieser Punkt betrifft nur die Beziehung zwischen der Suchmaschine und dem Inhaltenanbieter, nicht das Verhältnis zwischen der Suchmaschine und dem Nutzer. Weiterhin führt die Kommission sogar an, dass spezialisierte und allgemeine Suchmaschinen sich historisch anders entwickelt hätten, was ebenfalls aus Sicht des *aktuellen* Nachfragers nicht relevant ist. Außerdem wird darauf abgestellt, dass Google auf seiner eigenen Hilfe-Website zwischen spezieller und allgemeiner Suche unterscheidet.¹¹²⁶

Die Kommission nimmt hier nicht die Verbrauchersicht, sondern die Sicht des Anbieters ein. An anderer Stelle beruft sie sich nicht auf ihre eigene Marktabgrenzung, sondern führt die Ergebnisse von Marktforschungsunternehmen an.¹¹²⁷ Diese Methode, die nicht mehr auf die Austauschbarkeit aus Verbrauchersicht abstellt, eröffnet die Möglichkeit der Abgrenzung sehr enger Märkte, da sich zwischen allen Produkten an bestimmten Punkten zahlreiche Unterschiede finden lassen, die aber nicht für den Nachfrager ausschlaggebend sind. Das macht es insbesondere bei Randsubstituten einfach, zu begründen, warum diese nicht in den relevan-

1124 *Sandrock*, in: Merz/Schluep, *Recht und Wirtschaft heute*, 449, 463 ff.

1125 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 167 f. – *Google Shopping*.

1126 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 169 ff. – *Google Shopping*.

1127 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 173 – *Google Shopping*.

ten Markt integriert werden sollten. Der von ihnen ausgehende Wettbewerbsdruck wird dann vernachlässigt. In der Marktmachtbestimmung ist daher der Einfluss der Marktabgrenzung auf die Höhe des Marktanteils zu berücksichtigen. Wurde aufgrund von objektiven, aber nicht zwangsläufig relevanten Unterschieden zwischen Produkten ein enger Markt abgegrenzt, sind die Marktanteile in diesem Markt tendenziell höher und damit auch die Wahrscheinlichkeit, das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu bejahen. In diesem Fall muss den ausgegrenzten Randsubstituten besonderes Gewicht in der Marktuntersuchung beigemessen werden, um den Wettbewerbsdruck angemessen widerzugeben.

Die Marktabgrenzung offenbart damit ihre Schwäche, dass sie ein graduelles Phänomen – Wettbewerbsdruck – mithilfe einer kategorischen „Alles-oder-Nichts-Lösung“ – die Verortung eines Produkts *innerhalb* oder *außerhalb* des relevanten Marktes – zu beurteilen versucht. Dass Produkte graduell unterschiedlich stark Konkurrenzdruck aufeinander ausüben, wird dabei stark vereinfacht: entweder ist der Konkurrenzdruck ausreichend hoch und wird im Markt berücksichtigt, oder er wird ausgeblendet.¹¹²⁸

cc) Das Neutralitätsgebot des BGH

Das dritte Problem des Substitutionswettbewerbs besteht in einem Sonderweg der deutschen Rspr. So entschied der BGH:

„Substitutionswettbewerb, also Wettbewerb mit nicht zum relevanten Markt gehörenden Produkten, richtet sich zunächst gegen alle auf diesem Markt angebotenen Produkte, gleich von welchem der auf dem Markt tätigen Unternehmen sie stammen. Sind diese Unternehmen dem Substitutionswettbewerb in gleicher Weise ausgesetzt, so hat dieser auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt keinen Einfluß. Er gehört vielmehr zu den Gegebenheiten, mit denen jeder auf dem Markt tätige Unternehmer sich beim Kampf um den Absatz seiner Erzeugnisse in gleicher Weise auseinandersetzen muß.“¹¹²⁹

Da der Wettbewerbsdruck von Randsubstituten auf alle Marktteilnehmer in gleichem Maße wirkt, soll er für die Marktpositionen der Marktteilnehmer

1128 Bardong, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 12; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 30.

1129 BGH, 02.10.1984, KVR 5/83, BGHZ 92, 223, Rn. 55 – Gruner + Jahr/Zeit.

mer untereinander keine Bedeutung haben. Das gilt jedoch nur, wenn tatsächlich der marktexterne Wettbewerbsdruck auf alle Produkte gleich stark ist. Sind die Produkte unterschiedlich, wird auch der von Randsubstituten ausgehende Wettbewerbsdruck unterschiedlich ausfallen. Es muss demnach nachgewiesen werden, dass die Produkte ausreichend heterogen sind, damit der Wettbewerbsdruck von Randsubstituten auf die Produkte des Marktes unterschiedlich stark ist.¹¹³⁰ Erst dann kann der Substitutionswettbewerb berücksichtigt werden. Diese Regel wird in der Literatur „Neutralitätsgebot“ genannt.¹¹³¹

Allerdings kann auch Substitutionswettbewerb, der auf jedes Produkt im Markt gleichermaßen wirkt, die Wettbewerbsverhältnisse beeinflussen.¹¹³² Schließlich kann der Wettbewerbsdruck von Randsubstituten so groß sein, dass er den Verhaltensspielraum aller Marktteilnehmer im Markt derart einengt, dass keiner von ihnen eine beherrschende Stellung einnimmt.¹¹³³ Substitutionswettbewerb beeinflusst dann zwar nicht die Wettbewerbsverhältnisse der Marktteilnehmer untereinander, erhöht jedoch insgesamt den Wettbewerbsdruck auf alle Marktteilnehmer. Die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Anbietern auf horizontaler Ebene verändern sich nicht: steigt der Wettbewerbsdruck auf den Konkurrenten A, verschafft das B keinen zusätzlichen Verhaltensspielraum gegenüber A, wenn der Druck auf B selbst ebenfalls steigt. Es ändert sich aber die Marktposition von A und B gegenüber den Abnehmern auf der vertikalen Ebene.¹¹³⁴ Die Abnehmer sind in einer gestärkten Stellung, wenn sie notfalls auf Randsubstitute ausweichen können.¹¹³⁵ Das schwächt die Stellung der Anbieter und spricht gegen eine beherrschende Stellung. Insofern hat auch der gleichmäßige Substitutionswettbewerb Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse im Markt.¹¹³⁶ Das Neutralitätsgebot würde dazu führen, zusätzlichen Wettbewerbsdruck von Randsubstituten ohne Rechtfertigung

1130 Monopolkommission, VI. Hauptgutachten, BT Drs. 10/5860, Rn. 429 ff; BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 31.

1131 *Knöpfle*, NJW 1990, 1219, 1220; *Koenigs*, WuW 1985, 876.

1132 So auch *Knöpfle*, NJW 1990, 1219, 1220.

1133 *Koenigs*, WuW 1985, 876, 877; *Möschel*, AG 1986, 187, 189.

1134 *Bechtold*, AfP 1985, 31, 37 f.

1135 *Koenigs*, WuW 1985, 876, 877.

1136 Monopolkommission, VI. Hauptgutachten, BT Drs. 10/5860, Rn. 429 ff.; *Knöpfle*, NJW 1990, 1219, 1220 f. Das gleiche gilt zum Beispiel auch für den potentiellen Wettbewerb: dieser gilt ebenfalls für alle Unternehmen gleichermaßen, kann aber trotzdem die Marktposition eines marktanteilstarken Unternehmens so schwächen, dass es keine beherrschende Stellung innehat – so *Bechtold*, AfP 1985, 31, 37 f.

auszublenden. Die Rspr. wurde deswegen von der Literatur zu Recht kritisiert und soweit ersichtlich vom BGH auch nicht fortgeführt, aber vom BKartA weiter zitiert.¹¹³⁷ Die Ansicht des BGH ist jedenfalls aus den genannten Gründen abzulehnen. Auch ein alle Marktteilnehmer gleichmäßig treffender Substitutionswettbewerb sollte in der Marktmachtbestimmung berücksichtigt werden.

Genauso sollte es Berücksichtigung finden, wenn der Substitutionswettbewerb bei verschiedenen Produkten unterschiedlich stark ist. Es spricht besonders gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, wenn ein Marktführer in einem heterogenen Markt besonders stark vom Substitutionswettbewerb getroffen wird, während kleinere Anbieter unterschiedliche Produkte anbieten, die vom Substitutionswettbewerb weniger betroffen sind.¹¹³⁸

d) Zwischenergebnis zur Randsubstitution

Zusammenfassend ist die Randsubstitution ein Phänomen, das bei Online-Plattformen aufgrund der günstigen Kostensituation besonders häufig auftritt und die Marktmacht von Plattformen erheblich einschränken kann. Daher sollte Randsubstituten gerade bei Internetplattformen in der Marktmachtbestimmung besonderes Gewicht beigemessen werden. Die Rspr. geht bisher jedoch nur in der Marktabgrenzung auf mögliche Substitute ein. Produkte, die sich außerhalb des Marktes finden, werden danach nicht mehr berücksichtigt.

Neben diesem Problem gibt es noch offene Fragen, die von der Rspr. noch nicht beantwortet worden sind. Erstens ist offen, wann der Substitutionswettbewerb stark genug ist, um das Vorliegen einer beherrschenden Stellung abzulehnen. Zweitens ist unklar, wann die Substitutionswirkung ausreicht, um das Produkt als austauschbar anzusehen, Marktgleichwertigkeit zu bejahen und es dem relevanten Markt zuzuordnen. Hier sollten Orientierungspunkte entwickelt werden. Ein drittes Problem nach deutscher Rechtslage ist das – abzulehnende – Neutralitätsgebot des BGH.

1137 *Bechtold*, AfP 1985, 31, 37 f.; BKartA, Auslegungsgrundsätze (Juli 2005), 31; *Knöpfle*, NJW 1990, 1219, 1220; *Möschel*, AG 1986, 187, 189.

1138 Monopolkommission, VI. Hauptgutachten, BT Drs. 10/5860, Rn. 431.

7. Dynamik in der Internetwirtschaft

Ein weiterer Faktor, durch den die Marktmacht von Internetplattformen eingeschränkt werden kann, ist die Dynamik der Branche.

a) Das Phänomen aus wirtschaftlicher Sicht

aa) Beispiele

Seit der Gründung der ersten größeren Internetkonzerne wie Yahoo!, MySpace oder AOL hat sich die Zusammensetzung der Branche deutlich gewandelt. Mittlerweile haben neue Unternehmen wie Google, Amazon, Facebook und Apple ihre Vorgänger abgelöst und werden unter dem Sammelbegriff „GAFA“ zusammengefasst.¹¹³⁹ Diese Unternehmen stellen gemeinsam mit Microsoft fünf der sechs Unternehmen mit der höchsten Marktkapitalisierung weltweit dar.¹¹⁴⁰

Der AOL Instant Messenger, ein Kommunikationsdienst, den die FCC im Jahr 2001 als dominant betrachtete und keine Anhaltspunkte dafür fand, dass sich dies ändern könnte, findet heute keine Nutzer mehr.¹¹⁴¹ Zu der Zeit der Entscheidung der FCC erschien es schwer vorstellbar, dass sich der Markt für elektronische Kommunikation über Desktop-PCs wie bei dem AOL Instant Messenger zu mobilen Applikationen wie WhatsApp verschieben würde.¹¹⁴² Eine ähnliche Entwicklung ist bei sozialen Netzwerken vonstattengegangen, bei denen einstmalig MySpace den Markt beherrschte und derzeit Facebook dominiert.¹¹⁴³

1139 Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1698 Fn. 19.

1140 PriceWaterhouseCoopers, Global Top 100 Companies by Market Capitalisation, Stand 31. März 2017, S. 35, abrufbar unter <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2017-final.pdf>, zuletzt abgerufen am 12.4.2018.

1141 FCC, 11.01.2001, Memorandum Opinion and Order, 16 FCC Rec. 6547 (2001) = CS Docket No. 00-30 (01-12), Rn. 167 – *AOL/Time Warner*.

1142 Vgl. Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 3 – *Facebook/WhatsApp*.

1143 Das ist erkennbar an Daten von Google Trends für die Stichworte „MySpace“ und „Facebook“ (<http://google.de/trends>). Die Zahlen spiegeln nicht Nutzer- oder Marktanteile dar, sondern die Anzahl der Suchanfragen bei Google nach dem Stichwort MySpace bzw. Facebook. Diese Zahl nennt Google das „Interesse der Nutzer“ an dem Dienst. Diese Daten lassen deutlich erkennen, dass das Interesse an MySpace stetig gesunken ist und dabei das Interesse an Facebook korrespondierend gewachsen ist. Im April 2018 lagen der Wert von My-

Einen bedeutenden Anteil an einer dynamischen Entwicklung hat die von *Schumpeter* beschriebene „kreative Zerstörung“, bei der bestehende Geschäftsmodelle von neuen Marktteilnehmern verdrängt werden.¹¹⁴⁴ In der Internetbranche werden stetig neue Unternehmen („Startups“) gegründet, die neue Geschäftsmodelle erproben und alte damit verdrängen.¹¹⁴⁵

Deswegen kommt die Frage auf, ob auch die aktuell dominanten Internetunternehmen in naher Zukunft ebenso ihre starken Stellungen an neue Unternehmen verlieren werden.¹¹⁴⁶ Marktanteile gehen scheinbar schneller als in der analogen Wirtschaft verloren.¹¹⁴⁷ Es ist selten, dass sich eine marktbeherrschende Stellung langfristig hält.

bb) Aktualität und Nachhaltigkeit der dynamischen Entwicklung

Die Fortentwicklung der digitalen Wirtschaft hält bereits derart lange an, dass sich die Frage stellt, ob die Branche mittlerweile den Wandel von einem dynamischen hin zu einem reifen Wirtschaftssektor vollendet hat.¹¹⁴⁸

Das World Wide Web wurde bereits 1989 entwickelt.¹¹⁴⁹ Google wurde 1997 und Facebook 2004 gegründet. Ebay hatte bereits 1998 einen Anteil

Space unter 1% und der Wert von Facebook bei 30%, während im Dezember 2006 noch siebenmal so viele Nutzer Interesse an MySpace als an Facebook zeigten.

1144 Vgl. *Perelman*, 9 J. Econ. Perspectives 189 (1995).

1145 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 17.

1146 So *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 274 f.

1147 Die in 2018 starke Stellung Facebooks (vgl. *Knebel*, in: Mittwoch/Klapstein/Botthof u. a., Netzwerke im Privatrecht, 189, 195.) wird z.B. bereits jetzt durch andere Anbieter wie Snapchat infrage gestellt. Im Jahr 2016 nutzten 35% der Nutzer zwischen 10 und 19 Jahren Snapchat und nur 32% Facebook, siehe Statista, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/541046/umfrage/anteil-der-nutzer-von-social-media-apps-unter-jugendlichen-in-deutschland/>. Nichtsdestotrotz hielt das BKartA Facebook für marktbeherrschend, vgl. BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 438 – *Facebook*

1148 Bejahend *Wambach* in F.A.S. v. 2.9.2018, S. 29.

1149 Im Jahr 1972 wurde die Fähigkeit von ARPANET, dem Vorläufer des Internets, demonstriert, Datenpakete auszutauschen. Zwei Jahre später wurde mit TCP/IP die Technologie entwickelt, mit der auch heute noch das Internet funktioniert, vgl. *Rosenzweig*, 103 American Historical Review 1530, 1534–1536 (1998). Das World Wide Web wurde auf dieser Basis 1989 entwickelt, siehe *Berners-Lee*, Information Management: A Proposal (1989).

von 80% im Markt für Online-Auktionen in den USA.¹¹⁵⁰ Auch der Personenbeförderungsvermittlungsdienst Uber, der mit einer Marktkapitalisierung von etwa 20 Mrd. US-Dollar das wertvollste „Startup-Unternehmen“ der Welt darstellt, existiert bereits seit 2009.¹¹⁵¹ Die Marktkapitalisierung der großen Internetunternehmen übersteigt heute diejenige von klassischen Industriekonzernen.¹¹⁵² Keines dieser Unternehmen wurde in der jüngeren Vergangenheit von neuen Anbietern verdrängt und dies erscheint angesichts ihrer Größe auch unwahrscheinlich.

Diese Entwicklung lässt sich unter anderem mit bestehenden Pfadabhängigkeiten erklären. Neue und innovative Produkte basieren auf vorhergehenden Entwicklungen. Wenn ein Unternehmen bereits Know-How, Personal und technische Ausrüstung aufgebaut hat, sind Innovationen wahrscheinlicher als ohne diese Grundlagen. Das begünstigt etablierte Internetunternehmen und bedeutet für Startup-Unternehmen, dass die Markteintrittsbarrieren stetig steigen.¹¹⁵³ Außerdem hat sich möglicherweise die Weiterentwicklung der für die Internetbranche relevanten Technologie verlangsamt. So galt in der bisherigen Geschichte der Computertechnik das *Moore'sche* Gesetz, nach dem sich die Speicherfähigkeit von Computerchips auf einer gegebenen Fläche in 12 bis 24 Monaten verdoppelt. Das soll jedoch nicht mehr gültig sein, weil die Fortentwicklung der Chips mit einem zu hohen finanziellen Aufwand verbunden ist, der durch die Rendite nicht mehr gerechtfertigt werden kann.¹¹⁵⁴ Aufgrund dessen verlangsamt sich möglicherweise auch die Entwicklung der Produkte, die auf dieser Technologie basieren. Das Phänomen der Dynamik könnte daher bereits beendet sein.¹¹⁵⁵

1150 *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 8.

1151 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 19.

1152 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 16.

1153 *Stucke/Grunes*, Big Data and Competition Policy, 281 ff.

1154 F.A.Z. v. 6.6.2018, S. B4; *Simonite*, MIT Technology Review, Moore's Law Is Dead. Now What? (13.05.2016).

1155 *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 101.

cc) Gründe für eine langfristige Dynamik der Branche

Tatsächlich zeichnet die digitale Wirtschaft aber eine Reihe von Merkmalen aus, die es nahelegen, dass sie auch langfristig eine strukturell höhere Dynamik im Vergleich zu anderen Branchen aufweist.

Erstens wirken Netzwerkeffekte nicht nur zugunsten etablierter Anbieter, sondern gelten auch für neue Wettbewerber: So können Netzwerkeffekte auch dazu führen, dass neue Marktteilnehmer schnell wachsen können, indem sie ab Überschreiten einer kritischen Masse zum Marktführer aufschließen können.¹¹⁵⁶ Gleichzeitig können Unternehmen aufgrund der „reverse network effects“ schnell Nutzer an neue Anbieter verlieren.¹¹⁵⁷ Das führt zu einer höheren Volatilität der Marktanteile.

Zweitens darf bezweifelt werden, inwiefern Datenbestände unüberwindbare Markteintrittsbarrieren darstellen. So ist die Anzahl der derzeit verfügbaren Quellen, aus denen im Internet Informationen über das Nutzerverhalten gewonnen werden können, bereits derzeit unüberschaubar. Jedes Verhalten im Internet generiert in einer Form Daten, die dazu genutzt werden können, etwas über den Nutzer zu lernen. Dieses Argument kursiert unter den Schlagwörtern „data is everywhere“.¹¹⁵⁸ Durch die zunehmende Vernetzung werden mehr Daten über das Verhalten der Nutzer verfügbar.¹¹⁵⁹ Daten über geographische Karten sind dem Office of Fair Trading zufolge bereits zu einem frei verfügbaren Rohstoff geworden. Jeder Anbieter, der plant, ein Software-Kartenprodukt wie Google Maps zu schaffen, sei dazu fähig, indem er Daten aus mehreren Quellen lizenziert. Die Datenbestände sollen demnach keine Marktzutrittsbarrieren mehr darstellen.¹¹⁶⁰ Der Datenmarkt ist damit unüberschaubar groß und dürfte außerdem keine festen Grenzen haben, da er sich stetig erweitert. Daher erscheint es schwierig, davon zu sprechen, dass ein einziges Unternehmen eine Art Marktmacht im Datenmarkt oder „Datenmacht“ besitzen könnte. Vielmehr ist es auch neuen Marktteilnehmern möglich, sich am Wettbewerb zu beteiligen.

1156 *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 112.

1157 Siehe oben Kapitel 4 B.II.2.

1158 *Davilla*, 7 J. Euro. Comp. L. & Pract., 370, 372 (2017); *Marini-Balestra/Tremolada*, E.C.L.R. 2017, 337, 342. Grammatikalisch richtig wäre „data are everywhere“.

1159 *Surblyte*, WuW 2017, 120, 121 f.

1160 Vgl. OFT, Entscheidung v. 11.11.2013, ME/6167/13, Rn. 76 – *Google/Waze; Stucke/Grunes*, Big Data and Competition Policy, 94 ff.

Der dritte Grund für die Dynamik ist die für neue Marktteilnehmer günstige Kostensituation. Die Produktion von Gütern im Internet verursacht den Unternehmen nur geringe Grenzkosten:¹¹⁶¹ digitale Angebote wie Software oder Websites können zwar hohe Entwicklungskosten verursachen. Die Kosten für den Vertrieb und die Herstellung neuer Einheiten desselben Produkts liegen jedoch bei nahezu Null. Die Beantwortung einer neuen Suchanfrage stellt für Google z.B. einen vernachlässigbaren Kostenfaktor dar. Besteht das Produkt aus Daten und wird es über das Internet vertrieben, muss lediglich das Datenpaket versendet werden. Geschäftsmodelle sind außerdem kostengünstig bis auf die globale Ebene skalierbar: wo vor dem Internet noch ein aufwendiges Vertriebsnetz aufgebaut werden muss, kann heute jedes Unternehmen seine Produkte über das Internet weltweit anbieten.¹¹⁶² Das macht es für neue Marktteilnehmer leichter, ihr Produkt, sobald entwickelt, schnell zu verkaufen.¹¹⁶³ Auch aus Verbrauchersicht sind die Transaktionskosten niedrig.¹¹⁶⁴ Das Internet macht es möglich, dass Anbieter und Nachfrager kostengünstig miteinander interagieren. Käufer und Verkäufer können sich bei eBay einfach zusammenfinden, ohne sich lange zu suchen. Ehemals aufwendige Vertriebssysteme wie Auktionen wurden durch die Automatisierung im Internet simplifiziert. Außerdem sind die Kosten für Server, die häufig einen Großteil der Fixkosten einnehmen, mittlerweile durch die Möglichkeit der Anmietung von Speicherkapazitäten in der Cloud zu variablen Kosten geworden.¹¹⁶⁵

Diese niedrigen Kosten senken die Marktzutrittsbarrieren herab, was dazu führt, dass neue, innovative Anbieter schnell in den Wettbewerb eintreten können.¹¹⁶⁶

Letztlich verschafft auch die Fortentwicklung der Internettechnologie neuen Marktteilnehmern die Gelegenheit, mit dominanten Unternehmen

1161 *Schmalensee*, 90 Am. Econ. Rev. 192 (2000); siehe bereits oben Kapitel 4 B.II.6.b).

1162 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, 27 ff.

1163 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 174.

1164 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 87.

1165 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 219.

1166 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, 27 ff.

in Wettbewerb zu treten.¹¹⁶⁷ Zwar soll das *Mooresche* Gesetz nicht mehr gültig sein.¹¹⁶⁸ Das betrifft aber lediglich die Speicherkapazitäten von Chips. Dieser Aspekt des technologischen Fortschritts ist jedoch bei Online-Plattformen nicht unbedingt ausschlaggebend. Hier ist es wichtiger, dass die Übertragungskapazitäten für Daten im Internet über mobile und feste Netze ausreichend groß sind. Viele datenintensive Dienste wie Video-Streaming sind darauf angewiesen.¹¹⁶⁹ Die Weiterentwicklung dieser Übertragungskapazitäten ist aber nicht von dem *Mooreschen* Gesetz betroffen.

Zusammenfassend lässt sich davon ausgehen, dass Internetplattformen aufgrund zahlreicher struktureller Faktoren besonders dynamische Märkte darstellen.

b) Die Rechtsprechung zur Dynamik als Marktmachtfaktor im Internet

Die Rspr. hat die Dynamik in unterschiedlicher Weise berücksichtigt:

aa) Berücksichtigung in der Marktabgrenzung

In der Marktabgrenzung bietet das deutsche und europäische Recht die Möglichkeit, Unternehmen einem Markt zuzuordnen, die aktuell noch nicht in diesem Markt tätig sind, sofern sie den Markt mit nur geringfügigem Aufwand betreten könnten („Angebotsumstellungsflexibilität“).¹¹⁷⁰ Dadurch wird ein weiter Markt abgegrenzt, die Marktanteile sinken und die Annahme einer beherrschenden Stellung wird unwahrscheinlicher. Auch die Horizontal Merger Guidelines der FTC und des DOJ ordnen potentiellen Wettbewerbern, die ungenutzte Kapazitäten zur Verfügung haben, anhand dieser Kapazitäten Marktanteile zu.¹¹⁷¹

Die Angebotsumstellungsflexibilität könnte bei Internetplattformen häufig eine Rolle spielen, weil hier stetig neue Produkte entwickelt werden und sich dadurch die Marktgrenzen verschieben. Außerdem können

1167 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 174.

1168 Vgl. oben Kapitel 4 B. II. 7. a) bb).

1169 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 85.

1170 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1041, 1063; *Wagemann*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16 Rn. 30. Siehe auch oben Kapitel 2 A.I.1.

1171 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 17.

bereits angebotene Produkte mit zusätzlichen Funktionen ausgestattet werden, wodurch sie in einen neuen Markt vordringen. So ermöglichte beispielsweise der mobile Nachrichtendienst WhatsApp in seiner ersten Version nur den Austausch von Textnachrichten. Es ging nur geringer Wettbewerbsdruck von anderen Kommunikationsmitteln wie der Internettelefonie per Skype aus. Die Kommunikation per Ton ist schließlich aus Verbrauchersicht nicht immer mit der Kommunikation per Text austauschbar. Dementsprechend war WhatsApp in einem Markt tätig, der nur Textnachrichtendienste umfasste. Mittlerweile bietet WhatsApp aber auch Internettelefonie an. Die Kommission grenzte daher einen Markt für allgemeine Internetkommunikationsmittel ab, in dem WhatsApp und Skype konkurrieren.¹¹⁷²

Solche potentiellen Substitute können in der Marktabgrenzung in Form der Angebotsumstellungsflexibilität berücksichtigt werden. Geschieht dies nicht, werden in dynamischen Branchen *Graef* zufolge systematisch zu enge Märkte abgegrenzt.¹¹⁷³ *Dreber* möchte daher in innovativen Märkten Produkte, die zwar marktreif sind, aber noch nicht verkauft werden, in der Marktabgrenzung mit einbeziehen.¹¹⁷⁴ *Crémer/Montjoye/Schweitzer* betonen, dass auch auf Nachfrageseite der Bedarf dynamischen Veränderungen unterworfen ist. So soll sich z.B. der Bedarf nach einem Automobil hin zu einem weiter gefassten Bedarf nach allgemeiner Mobilität wandeln.¹¹⁷⁵ *Holzweber* merkt hingegen an, dass eine zu enge Marktabgrenzung, die potentielle Substitute außer Acht lässt, noch in der weiteren Prüfung „saniert“ werden könnte.¹¹⁷⁶ Tatsächlich berücksichtigt die Rspr. potentielle Substitute erst nach der Marktabgrenzung:

bb) Berücksichtigung als potentieller Wettbewerb

Das deutsche und europäische Kartellrecht eröffnen in der Prüfung der Marktbeherrschung mit dem Begriff des „potentiellen Wettbewerbs“ eine Möglichkeit für die Berücksichtigung einer dynamischen Marktentwick-

1172 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 18 ff. – *Microsoft/Skype*.

1173 *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 103 f.

1174 *Dreber*, ZWeR 2009, 149, 165 ff.

1175 *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 47.

1176 *Holzweber*, Der Marktmachtransfer bei digitalen Plattformen, 48.

lung.¹¹⁷⁷ § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB nennt ausdrücklich „innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck“ als Faktor für die Marktstellung eines Unternehmens.¹¹⁷⁸ Bei starkem potentielltem Wettbewerb kann dieser Wettbewerbsdruck dem des aktuellen Wettbewerbs gleichkommen und auch bei hohen Marktanteilen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung verhindern.¹¹⁷⁹ Das hängt davon ab, ob die Wettbewerber ungenutzte Produktionskapazitäten haben, eine Produktionsumstellung einfach möglich ist, zu welchem Grad die Produkte austauschbar sind und wie hoch die Marktzutrittsschranken sind.¹¹⁸⁰ Der Kommission zufolge muss der Markteintritt eines Neulings oder die Expansion eines aktuellen Wettbewerbers „wahrscheinlich, absehbar und ausreichend“ sein.¹¹⁸¹ Auch im US-amerikanischen Recht werden Marktzutrittsschranken zur Ermittlung von monopoly power berücksichtigt.¹¹⁸²

Der potentielle Wettbewerb und die oben beschriebene Angebotsumstellungsflexibilität sind ähnliche Begriffe. In beiden Fällen geht es darum, dass ein aktuell noch nicht im Markt befindlicher Wettbewerber den Verhaltensspielraum eines Unternehmens beschränken kann. Die Begriffe unterscheiden sich jedoch in dreierlei Hinsicht: erstens wird die Angebotsumstellungsflexibilität in der Marktabgrenzung berücksichtigt, während der potentielle Wettbewerb erst danach, in der allgemeinen Marktmachtbestimmung, eine Rolle spielt.¹¹⁸³ Die Angebotsumstellungsflexibilität ist zweitens nur erheblich, wenn die Umstellung unmittelbar erfolgen kann. Bei dem potentiellen Wettbewerb kann es eine längere Zeitspanne benötigen, bis die Wettbewerber in der Lage sind, ein substituierbares Produkt

1177 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 86 ff.; Kommission, 16.07.2003, COMP/38.233, Rn. 222 – *Wanadoo Interactive*.

1178 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 56.

1179 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 97.

1180 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 97 f.

1181 *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 124 ff.; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 58 ff.; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABL. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 16.

1182 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 21.

1183 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABL. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 24.

anzubieten. Drittens sind bei dem potentiellen Wettbewerb mit einem Markteintritt versunkene Kosten verbunden.¹¹⁸⁴ Insofern ist es eine Frage des Einzelfalls, wann zukünftige Substitute in der Marktmachtbestimmung als potentieller Wettbewerb Berücksichtigung finden oder bereits die Marktabgrenzung beeinflussen.

Das BKartA berücksichtigt die Dynamik der Internetbranche im Rahmen des potentiellen Wettbewerbs. Dabei könne jedoch nicht grundsätzlich von niedrigen Marktzutrittsschranken in der gesamten Branche ausgegangen werden. Insbesondere sollen Netzwerkeffekte Barrieren für neue Wettbewerber darstellen und eine überwiegend marktmachtfestigende Wirkung haben. Erst wenn ein neuer Marktteilnehmer eine kritische Masse von Nutzern erreicht, stelle er einen ernstzunehmenden Wettbewerber dar.¹¹⁸⁵ Es seien konkrete Anhaltspunkte für einen solchen dynamischen Prozess innerhalb des Prognosezeitraums erforderlich. Eine abstrakte, zu irgendeinem Zeitpunkt zu erwartende Angreifbarkeit reiche nicht.¹¹⁸⁶ Der Markt müsse „bestreitbar“ sein.¹¹⁸⁷ Konkrete Anhaltspunkte sah das Amt zum Beispiel bei Online-Dating-Plattformen. Insbesondere die mobile Nutzung von Dating-Plattformen stelle potentiellen Wettbewerb dar.¹¹⁸⁸ Im Großteil der Entscheidungen der deutschen Entscheidungspraxis zur digitalen Wirtschaft wurde die Dynamik jedoch nicht als Faktor für potentiellen Wettbewerb berücksichtigt.¹¹⁸⁹

1184 *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU Competition Law and Economics, Rn. 4.22; *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 47. Die Verf. nennen außerdem als zusätzliches Unterscheidungsmerkmal, dass potentieller Wettbewerb sich erst nach dem Markteintritt auswirkt. Tatsächlich aber ist potentieller Wettbewerb nur dann relevant, wenn er ähnlich stark wie aktueller Wettbewerb wirkt, sodass er bereits vor dem Markteintritt eine disziplinierende Wirkung entfalten kann, vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 97; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 16.

1185 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 86 ff.

1186 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 503 – *Facebook*; BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 175 ff. – *Online-Dating-Plattformen*.

1187 Zum Begriff der Contestable Markets siehe BKartA, Hintergrundpapier Digitale Ökonomie, 21; *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure.

1188 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 177 ff. – *Online-Dating-Plattformen*.

1189 Siehe BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 153 ff. – *VG Media/Google*; BKartA, 24.07.2015, Fallbericht, B8-67/15, 3 – *Verivox/ProSiebenSat.1*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 3 f – *Immonet/Immowelt*; BKartA,

Die Europäische Kommission beachtet die Dynamik der Branche ebenfalls als Faktor des potentiellen Wettbewerbs.¹¹⁹⁰ Hervorzuheben ist dabei die Entscheidung *Microsoft/Skype*. Der Zusammenschluss wurde trotz eines Marktanteils der neuen Einheit von über 90% im Markt für Verbraucher-Videotelefonie auf Windows-PCs freigegeben, weil die Branche von schneller Innovation geprägt sei und es niedrige Markteintrittsschranken gebe. Zwar gebe es Netzwerkeffekte, die eine Marktposition festigen können. Die Anbieter seien aber in der Lage, schnell neue Kunden zu gewinnen, weil die Verbraucher die Produkte kostenlos erhalten.¹¹⁹¹ Auch in *Facebook/WhatsApp* wurden Netzwerkeffekte nicht als ausschlaggebend betrachtet und der Zusammenschluss im Ergebnis freigegeben.¹¹⁹² In *Google Shopping* hingegen betonte die Kommission zwar, dass hohe Marktanteile in innovativen Branchen vergänglich sein können und demnach eine beherrschende Stellung nicht unbedingt indizieren müssten. Die Dynamik solle jedoch nicht relevant sein, wenn ein schnell wachsender Markt keine Zeichen von Instabilität zeigt und stattdessen eine feste Hierarchie etabliert wurde. Netzwerkeffekte würden eher zur Verfestigung der Marktverhältnisse beitragen.¹¹⁹³

In den USA wurde die Dynamik der Internetwirtschaft ebenfalls in einer Reihe von Fällen als Grund gegen kartellbehördliches Einschreiten akzeptiert.¹¹⁹⁴

20.12.2013, B9-66/10, Rn. 161 – *HRS*; LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 66 – *VG Media/Google*; OLG Düsseldorf, 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148, Rn. 70 ff. – *HRS*.

1190 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 92 ff., 117 ff. – *Facebook/WhatsApp*; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 13.

1191 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 81 ff. – *Microsoft/Skype*. Bestätigt durch EuG, 11.12.2013, T-79/12, Rn. 65 ff. – *Cisco Systems und Messenger/Kommission*.

1192 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 127 ff. – *Facebook/WhatsApp*.

1193 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 267–270 – *Google Shopping*.

1194 Z.B. FTC, 20.12.2007, 071-0170, 5, 6, 8, 13 – *Google/DoubleClick*; A.A. *Harbour*, Dissenting Statement in the matter of *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 1 ff., abrufbar unter https://www.ftc.gov/sites/default/files/document_s/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf (zuletzt abgerufen am 27.09.2018); *U.S. v. Bazaarvoice*, Case No. 13-cv-00133-WHO, 132 f. (N.D. Cal. Jan. 8, 2014).

cc) Unterscheidung nach Marktphase

In der Rspr. scheint es vom Einzelfall abhängig zu sein, wann die Dynamik dafür ausschlaggebend ist, dass ein Zusammenschluss untersagt wird. Manche Märkte wurden je nach Sachverhalt dynamischer als andere eingeschätzt. Das BKartA nimmt diese Einschätzung vor, indem es zwischen „jungen“ und „reifen“ Märkten unterscheidet. In jungen, dynamischen Märkten sollte der potentielle Wettbewerb eher ausschlaggebend sein als in reifen Märkten.¹¹⁹⁵ Eine besonders frühe Phase sei dadurch gekennzeichnet, dass noch ein Wettbewerb „um den Markt“ stattfindet, wie es im Fall von Myspace war, das von Facebook aus dem Markt für soziale Netzwerke verdrängt wurde.¹¹⁹⁶

In der europäischen Rspr. wird in ähnlicher Weise differenziert. In *France Télécom* entschied das EuG, dass der Markt für ADSL-Dienstleistungen im Jahr 2001 ein Markt war, der das „Entstehungs- oder Erprobungsstadium“ überschritten habe. Den Markt gebe es seit 1997 und Ende 2000 habe es bereits 180.000 Breitbandabonnenten in Frankreich gegeben. Dass der Markt sich in einer starken Wachstumsphase befand, solle die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV nicht ausschließen. Außerdem war der Markt nicht von großer Instabilität gekennzeichnet. Vielmehr hatte sich eine stabile Rangfolge der Unternehmen gebildet. So hielt der Marktführer durchgängig Marktanteile von 50-60% und damit mehr als das Achtfache seiner Konkurrenten.¹¹⁹⁷

In *Google Shopping* beschäftigte sich die Kommission mit dem Entwicklungsstadium des Suchmaschinenmarktes. Sie entschied, dass die Skaleneffekte der Nutzerbasis Markteintrittsbarrieren seien, die potentiellen Wettbewerb verhindern.¹¹⁹⁸ Daran ändere nichts, dass Google in den 1990er Jahren die Marktherrschaft von den damals etablierten Anbietern AltaVista und Lycos übernehmen konnte, weil zu dieser Zeit Skaleneffekte noch eine geringere Rolle spielten, da die Algorithmen der Suchmaschinen das Nutzerverhalten noch nicht analysieren konnten.¹¹⁹⁹ Außerdem zeige auch der Markt für Suchmaschinen Stabilität. Neuzugänge seien selten und bereits im Markt tätigen Unternehmen sei die Expansion nicht gelungen.¹²⁰⁰

1195 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 48.

1196 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 517 – *Facebook*

1197 EuG, 30.1.2007, T-340/03, Rn. 106 ff. – *France Télécom*.

1198 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 269, 285 ff. – *Google Shopping*.

1199 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 290 – *Google Shopping*.

1200 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 298 ff. – *Google Shopping*.

Kriterien für die Unterscheidung von jungen und reifen Märkten sind demzufolge die Stabilität der Marktanteile, die Anzahl der Neuzugänge und die Größe des Marktes (zum Beispiel gemessen an der Kundenzahl). Dass der Markt insgesamt wächst, ist unerheblich, solange die Marktanteile stabil bleiben. Technologische Veränderungen wie im Suchmaschinenmarkt müssen dabei berücksichtigt werden. Es ist denkbar, dass dies auch dazu führen kann, dass ein Markt sich von einem reifen in einen jungen Markt umwandelt. So kann eine etablierte Industrie mit dauerhaft stabilen Marktanteilen eine neue Dynamik erlangen, wenn sich die technologischen Grundbedingungen ändern.¹²⁰¹

dd) Divergenz von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht

Auffällig ist, dass die oben genannten Entscheidungen, in denen die Dynamik als Grund gegen ein behördliches Einschreiten angeführt wird, sämtlich dem Bereich der Fusionskontrolle entnommen sind. Auch in der Missbrauchsaufsicht könnte der potentielle Wettbewerb berücksichtigt werden, um das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen.¹²⁰² Tatsächlich wurde der potentielle Wettbewerb jedoch soweit ersichtlich in keiner einzigen Entscheidung als ausschlaggebend für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung erachtet.

In *France Télécom* berief sich das Unternehmen auf die Dynamik des Marktes und den potentiellen Wettbewerb. Das EuG stimmte der Kommission jedoch in ihrer Feststellung zu, dass der relevante Markt für ADSL-Dienstleistungen das Entstehungs- oder Erprobungsstadium bereits überschritten habe.¹²⁰³ Es handele sich somit um einen reifen Markt, in dem der potentielle Wettbewerb nicht mehr ausschlaggebend sein könnte. Auch in *Google Shopping* sah die Kommission den relevanten Markt für Internetsuche als ausreichend stabil an.¹²⁰⁴ Im ersten Missbrauchsverfahren der Kommission gegen Microsoft berief sich das Unternehmen ausdrücklich auf die Dynamik der Branche. Die Kommission überzeugte das nicht.

1201 Beispielsweise hat das Internet durch die Möglichkeit von Online-Artikeln den Wettbewerb zwischen Zeitungen stark verändert.

1202 EuG, 30.1.2007, T-340/03, Rn. 101 ff. – *France Télécom*; EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 48, 55 – *Hoffmann-La Roche*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 97.

1203 EuG, 30.1.2007, T-340/03, Rn. 106 ff. – *France Télécom*. Das Unternehmen firmierte zunächst unter dem Namen Wanadoo Interactive.

1204 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 298 ff. – *Google Shopping*.

Eine mögliche zukünftige Beschränkung einer beherrschenden Stellung könne keine Beschränkung der gegenwärtigen Marktmacht darstellen. Außerdem seien die Markteintrittsbarrieren aufgrund der Netzwerkeffekte in der new economy höher als in etablierten Industrien.¹²⁰⁵ Im zweiten Microsoft-Verfahren erkannte die Kommission zwar die „immer größere Gefahr“, die von der dynamischen Marktentwicklung für Microsofts Marktstellung ausgeht. In dem Fall ging es um die Frage, ob sich Webbrowser zu Substituten von Betriebssystemen entwickeln könnten. Im Ergebnis verneinte die Kommission aber deswegen nicht das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.¹²⁰⁶

In den USA war Microsoft mit seiner Argumentation ebenfalls nicht erfolgreich. Das Unternehmen schlug vor, in dynamischen Branchen Marktmacht nicht nur anhand von – vergänglichen – Marktanteilen zu messen, sondern anhand von „direct proof“. ¹²⁰⁷ Marktmacht solle nur vorliegen, wenn das Verhalten eines Unternehmens Rückschlüsse auf Marktmacht ziehen lässt. Microsoft zufolge fehle es an solchen Anhaltspunkten für Marktmacht. So investiere Microsoft einen großen Umsatzanteil (17%) in Forschung und Entwicklung und fordere nicht den kurzfristig gewinnmaximierenden Preis für Windows, da das Betriebssystem lediglich einen kleinen Anteil der Kosten eines PCs und weniger als seine Konkurrenzprodukte koste. Außerdem würden Innovationen wie portable Geräte und Portalwebsites bald den relevanten Markt über Betriebssysteme hinaus ausweiten.¹²⁰⁸ Das Gericht entschied, dass der Markt zwar langfristig dynamisch sein könne, aber Microsoft kurzfristig keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei.¹²⁰⁹ Außerdem festigten Netzwerkeffekte die Marktposition des Unternehmens.¹²¹⁰

In ähnlicher Weise wurde in einem Missbrauchsverfahren gegen MySpace das Vorliegen von monopoly power trotz der Marktdynamik bejaht. MySpace berief sich darauf, dass andere Unternehmen den Markt für soziale Netzwerke häufig und auch erfolgreich betreten hatten. Außerdem habe MySpace selbst sehr schnell die Marktführung von seinem Konkurrenten Friendster übernommen. Das Gericht war davon nicht überzeugt. Es ver-

1205 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 465 ff. – *Microsoft I*.

1206 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 57 f. – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1207 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001).

1208 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 56 ff. (D.C. Cir. 2001).

1209 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 56 ff. (D.C. Cir. 2001).

1210 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 54 f. (D.C. Cir. 2001).

wies auf einige gescheiterte Markteintritte sowie auf die marktmachtfestigende Wirkung von Netzwerkeffekten.¹²¹¹

Das BKartA berücksichtigte die Dynamik im Missbrauchsverfahren *VG Media/Google* nicht.¹²¹² In dem Missbrauchsverfahren gegen Facebook wurde die Dynamik berücksichtigt, führte jedoch im Ergebnis nicht dazu, das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung abzulehnen.¹²¹³

Tatsächlich ist auch außerhalb der digitalen Wirtschaft keine Entscheidung ersichtlich, in der potentieller Wettbewerb in einem Missbrauchsverfahren je dazu geführt hat, das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen. Wie in den zitierten Entscheidungen wird potentieller Wettbewerb zwar geprüft, aber nicht als ausschlaggebend angesehen.

Zusammenfassend war die Dynamik in der Marktmachtbestimmung nur in der Zusammenschlusskontrolle ausschlaggebend. In der Missbrauchsaufsicht konnte diese Argumentation nicht durchgreifen.¹²¹⁴ Netzwerkeffekte werden dabei in Missbrauchsverfahren als marktmachtfestigend und in Fusionsentscheidungen als wettbewerbsfördernd eingeordnet.

Dieser Befund wirft die Frage auf, ob der potentielle Wettbewerb in der Fusionskontrolle bzw. in der Missbrauchsaufsicht kategorisch unterschiedlich behandelt wird. Das ist nicht unbedingt der Fall. Schließlich ist es denkbar, dass der potentielle Wettbewerb in den Missbrauchsfällen tatsächlich schwächer ausgeprägt war als in den Fällen zur Fusionskontrolle. Die Rspr. hat dann keine unterschiedlichen Verständnisse des potentiellen Wettbewerbs zugrunde gelegt. Dafür spricht auch, dass ein missbräuchliches Verhalten einem Unternehmen leichter fallen dürfte, wenn es den Markt beherrscht. Das macht es wahrscheinlicher, dass in einem Missbrauchsverfahren die marktbeherrschende Stellung bejaht wird und der potentielle Wettbewerb nicht ausschlaggebend ist. Liegt eine beherrschende Stellung nach Ansicht der Kommission nicht vor, wird es erst gar nicht zu einem Missbrauchsverfahren kommen. Die Kommission führt ein Verfahren meist über mehrere Jahre und ist während dieses Zeitraums in der Lage, die Marktsituation langfristig zu beobachten und zu ermitteln, wie

1211 *LiveUniverse v. MySpace*, CV 06-6994 AHM, 13 ff. (C.D. Cal. June 4, 2007).

1212 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38 – *VG Media/Google*.

1213 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 501 ff. – *Facebook*

1214 Für ein Gegenbeispiel außerhalb der Vergleichsordnungen siehe die Besprechung des Urteils des Chinesischen Obersten Gerichtshofs zum „3Q War“, in dem das Gericht trotz eines Marktanteils von 80% wegen der Dynamik der Branche die beherrschende Stellung verneinte, siehe *Wei/Guizhen*, *Competition Law Insight* 11(1) 2015, 62, 68.

stark sich der potentielle Wettbewerb tatsächlich ausgewirkt hat.¹²¹⁵ Bei hoher Dynamik wird die marktbeherrschende Stellung verloren gegangen sein, bevor eine finale Entscheidung ergeht. Sind die Marktanteile aber unverändert hoch, bedeutet dies, dass der Markt nicht ausreichend dynamisch ist.¹²¹⁶ Im Gegensatz dazu müssen in der Fusionskontrolle alle angemeldeten Zusammenschlüsse auch freigegeben oder untersagt werden, so dass naturgemäß auch in einigen Fällen keine beherrschende Stellung vorliegen wird.

Trotzdem ist die auffällige Tendenz nicht von der Hand zu weisen. Schließlich gibt es soweit ersichtlich nicht eine einzige Entscheidung in einem Missbrauchsverfahren, in der der potentielle Wettbewerb den Ausschlag gegeben hat. Zwar wird die Kommission nur Fälle verfolgen, in denen sie den potentiellen Wettbewerb als schwach ausgeprägt ansieht. Das hindert jedoch nicht das EuG oder den EuGH daran, eine andere Ansicht einzunehmen und auch in einem Missbrauchsverfahren das Vorliegen einer beherrschenden Stellung aufgrund des potentiellen Wettbewerbs abzulehnen. Tatsächlich ist eine unterschiedliche Behandlung von potentiell dem Wettbewerb in der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht sogar geboten:

c) Divergenz von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht geboten?

Zwar sprechen einige Gründe dafür, dem potentiellen Wettbewerb in der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht das gleiche Verständnis zugrunde zu legen. Der erste Grund ist ein entscheidungstheoretischer Imperativ:

aa) Entscheidungstheoretischer Imperativ

Kartellrechtliche Entscheidungen sind stets Prognoseentscheidungen darüber, wie sich ein bestimmtes Verhalten auf den Wettbewerb auswirkt und besitzen damit ein Element der Unwägbarkeit. Auch komplexe öko-

1215 So dauerte das Verfahren *Google Shopping* annähernd sieben Jahre, s. Kommission, 27.06.2017, AT.39740 – *Google Shopping*.

1216 „Perhaps the most natural way of judging whether harm occurs to the competitive process is to watch the outcome from competition.“ – *Niels/Jenkins/Kavanagh*, *Economics for competition lawyers*, 185.

nomische Modelle können nicht mit Sicherheit alle Wirkungen bestimmter Verhaltensweisen vorhersehen und beurteilen. Das gilt insbesondere für Fusionskontrollentscheidungen, jedoch auch für Entscheidungen über missbräuchliche Verhaltensweisen und Kartelle, die nur verboten sind, wenn durch sie der effektive Wettbewerb beeinträchtigt wurde.

Dieser Gedanke ist der Ausgangspunkt für die „decision theory“, die in den USA eine übliche Erwägung der Rspr. in Kartellsachen ist.¹²¹⁷ Sie geht auf den Beitrag „Limits of Antitrust“ des Richters *Easterbrook* zurück.¹²¹⁸ Nach der decision theory ist im Kartellrecht grundsätzlich Zurückhaltung vor hoheitlichem Einschreiten geboten. Begründet wird das mit einem Vergleich der Kosten von falsch-positiven und falsch-negativen Entscheidungen: greift eine Kartellbehörde in den Wettbewerbsprozess ein, ist dieser Eingriff final. Bußgelder werden zum Beispiel nicht deswegen zurückgefordert, weil sich im Nachhinein herausstellt, dass ein Missbrauch den Wettbewerb nicht geschädigt hat. Vielmehr bleibt das Bußgeld als Schadensposten bei dem betroffenen Unternehmen und benachteiligt es gegenüber seinen Wettbewerbern. Der Wettbewerb wird bei einer solchen falsch-positiven Entscheidung nicht geschützt, sondern verzerrt.¹²¹⁹ Diese Verzerrung betrifft nicht nur das Unternehmen, das unmittelbarer Schuldner des Bußgelds ist, sondern langfristig auch andere Unternehmen, da die Gerichte in den USA nach dem Prinzip „stare decisis“ grundsätzlich an vergangene Entscheidungen gebunden sind. Im Gegensatz zu diesen falsch-positiven Entscheidungen sind die Auswirkungen von falsch-negativen Entscheidungen nicht unbedingt dauerhaft: bleibt die Kartellbehörde untätig, kann der freie Markt sich selbst korrigieren. Überhöhte Monopolpreise machen den Markteintritt attraktiver und ziehen Konkurrenten an. Marktbeherrschende Unternehmen können so von neuen, innovativen Anbietern verdrängt werden. Das wettbewerbliche Problem – sollte es eines geben – löst sich von selbst.¹²²⁰ Im Gegensatz zu den falsch-positiven Entscheidungen, bei denen den betroffenen Unternehmen definitiv Kosten entstehen, besteht bei falsch-negativen Entscheidungen zumindest die

1217 Z.B. in *Matsubita Electric Industrial v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574, 594 (1986); *Popofsky*, 73 Antitrust L. J. 435, 448-452 (2006); *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398, 414 (2004). Für die Anwendung der decision theory auch in der Union siehe *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 50 f.

1218 *Easterbrook*, 63 Tex. L. Rev. 1, 2-3 (1984).

1219 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 30.

1220 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 16 ff.

Chance, dass keine Kosten für die Wohlfahrt anfallen. Mit anderen Worten ist es aus Sicht der Behörden günstiger, nicht einzugreifen und sich zu irren als einzugreifen und sich zu irren. Grundsätzlich sollten die Kartellbehörden deswegen Zurückhaltung vor jedem Eingriff üben.¹²²¹

Die decision theory wird gerade im Kartellrecht verwendet, weil dort häufig Vorhersagen und ökonomische Einschätzungen abgegeben werden, denen eine prognostische Unsicherheit innewohnt.¹²²² Darüber entscheiden zudem Richter, die in der Regel nicht ökonomisch ausgebildet sind.¹²²³ Diese Unsicherheit ist in dynamischen Märkten besonders hoch, da sie sich schneller entwickeln.¹²²⁴ Gerade die Dynamik sollte deswegen dazu führen, von einem Einschreiten abzusehen. Daher sollte insbesondere auf dynamischen Märkten der potentielle Wettbewerb stark gewichtet werden.

bb) Vergleich mit der Rechtsprechung

Zahlreiche Entscheidungen der Missbrauchsaufsicht wurden aus rechtsökonomischer Sicht dafür kritisiert, die Dynamik und Unwägbarkeit der wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht ausreichend berücksichtigt und aus diesem Grund ungerechtfertigt eingegriffen zu haben. Diese Entscheidungen untermauern *prima facie* den entscheidungstheoretischen Imperativ im Kartellrecht:

Die Kommission verbot Microsoft unter anderem die Kopplung des Webbrowsers Internet Explorer an das Betriebssystem Windows, weil dies gegen Art. 102 S. 2 lit. d AEUV verstoß.¹²²⁵ Der Internet Explorer war davor auf allen Windows-Versionen vorinstalliert. Microsoft machte sich damit den „status quo bias“ seiner Kunden zunutze: die meisten Nutzer ver-

1221 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 16 ff.; *Easterbrook*, 63 Tex. L. Rev. 1, 2–3 (1984); *Popofsky*, 73 Antitrust L. J. 435, 448–452 (2006); *Oblhausen*, Antitrust Enforcement in the Digital Age, Global Antitrust Enforcement Symposium, September 12, 2017, S. 5; *Manne/Wright*, 34 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 171, 178–189 (2011).

1222 Das gilt insb. für die Fusionskontrolle, vgl. *Montag/Bonin*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 2 FKVO, Rn. 482. Die Orientierung an ökonomischen Prognosen ist dabei kartellbehördlich erwünscht („more economic approach“), vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 46 ff.

1223 *Arthur*, 69 N.Y.U. L. Rev. 1, 18 (1994).

1224 S.o. Kapitel 4 B. II.7.a).

1225 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

blieben bei dem vorinstallierten Produkt von Microsoft und nur wenige installierten einen anderen Webbrowser, wodurch insbesondere der Konkurrent Netscape viele Nutzer verlor.¹²²⁶ Als die Entscheidung der Kommission erging, war der Marktanteil des Internet Explorers jedoch bereits seit einem Jahr stetig zugunsten neuer Anbieter wie Google Chrome gesunken. Der potentielle Wettbewerb setzte sich so stark durch, dass der Marktanteil des Internet Explorers auf 10% im Jahr 2017 gesunken war.¹²²⁷ Die Netzwerkeffekte, die die Kommission als marktmachtfestigend ansah,¹²²⁸ halfen nun den Wettbewerbern. Rückblickend könnte deswegen die Entscheidung als nicht zwingend notwendig für den Schutz des Wettbewerbs betrachtet werden. Der freie Markt hat scheinbar das Problem von selbst und ohne Hilfe der Kartellbehörde gelöst.

Andererseits ist es nicht auszuschließen, dass es gerade erst aufgrund der Kommissionsentscheidung den potentiellen Wettbewerbern gelungen ist, den Markt zu betreten. Das Verbot einer Kopplung sollte es erfahrungsgemäß einfacher für Unternehmen machen, mit den gekoppelten Produkten separat zu konkurrieren. In zeitlicher Hinsicht fallen die Kommissionsentscheidung und der Aufstieg der anderen Browser zusammen.¹²²⁹ Daraus könnte man schließen, dass es gerade die Kommissionsentscheidung war, die bewirkt hat, dass der Wettbewerbsdruck stieg. Vielleicht ist es den Wettbewerbern jedoch auch aus eigener Kraft gelungen, mit Microsoft zu konkurrieren, zumal der Internet Explorer über lange Zeit kein Update erhalten hatte und dadurch anfällig für die Konkurrenz geworden war.¹²³⁰ Die rechtsökonomische Analyse der Entscheidungen ist an dieser Stelle damit sehr aufwendig und unsicher, da nur schwer nachzuweisen ist, welche Umstände für die Entwicklung des Wettbewerbs ursächlich waren.¹²³¹ Ge-

1226 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 32 ff., 47 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1227 Der weltweite Marktanteil des Internet Explorers sank von über 60% im Dezember 2008 auf ca. 10% im Mai 2017; im gleichen Zeitraum stieg der Anteil von Chrome von 0% auf ca. 60% – Daten von Statista, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157944/umfrage/marktanteile-der-browser-bei-der-internetnutzung-weltweit-seit-2009/>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1228 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 25 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1229 S.o. Fn. 1160 bzgl. der Statistiken zu Browseranteilen.

1230 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 54 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1231 In der Ökonomie wird versucht, diese Ursache mithilfe einer ökonometrischen Regression zu finden. Dabei wird ausgeschlossen, dass andere Faktoren für das Ergebnis relevant waren.

rade dies ist die Prämisse der decision theory. Bei solchen Unwägbarkeiten – die nicht nur *ex ante*, sondern sogar *ex post* weiter bestehen – sollte nach der Theorie nicht eingegriffen werden.

Auch ein anderer Teil des Microsoft-Verfahrens, das in ähnlicher Weise kritisiert wurde, zeigt die Unwägbarkeiten, auf denen die Entscheidung fußt:

Microsoft hatte außerdem den Windows Media Player („WMP“) an das Betriebssystem Windows gekoppelt. Der WMP war beim Kauf jedes Windows-Systems vorinstalliert, sodass die Nutzer nur selten zu einem anderen Media Player wechselten, sondern bei dem Standard-Player verblieben.¹²³² Auch hier profitierte Microsoft vom status quo bias seiner Kunden. Daraufhin übernahm der WMP die Marktführung von einem Wettbewerber.¹²³³ Die Kommission sah dieses Verhalten als ein verbotenes Kopplungsgeschäft im Sinne von Art. 102 S. 2 lit. d AEUV an.¹²³⁴ Nachdem der WMP nach der Entscheidung zunächst einige Marktanteile gewonnen hatte, stagnierte sein Anteil. Neue, innovative Angebote wie iTunes von Apple oder neue technische Möglichkeiten wie die Medienwiedergabe im Internet bei YouTube haben die Bedeutung des WMP später schrumpfen lassen. Die Dynamik des Marktes hat es nicht erlaubt, dass ein Anbieter längere Zeit dominant bleibt.¹²³⁵ Die Schadenstheorie der Kommission, nach der das Kopplungsgeschäft den Wettbewerb verhindert hatte, soll *Larouche* zufolge den Test der Realität nicht bestanden haben.¹²³⁶ Auch dieser Fall zeigt die Unwägbarkeiten der Entscheidung und spricht für die Anwendung der decision theory in dynamischen Märkten.

In ähnlicher Weise entwickelte sich das Schicksal des Unternehmens MySpace nach dem Verfahren *LiveUniverse v MySpace*.¹²³⁷ Auch MySpace verlor einige Zeit, nachdem es als marktbeherrschend eingestuft wurde, diese Stellung an Facebook,¹²³⁸ was sich zur Zeit des Urteils bereits abzeichnete.¹²³⁹

1232 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 313 – *Microsoft I*. Die Entscheidung wurde bestätigt durch das EuG, 17.09.2007, T-201/04 – *Microsoft I*.

1233 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 900 ff. – *Microsoft I*.

1234 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 792 ff. – *Microsoft I*.

1235 *Larouche*, 75 Antitrust L. J. 933, 955 (2009).

1236 *Larouche*, 75 Antitrust L. J. 933, 954 (2009).

1237 *LiveUniverse v. MySpace*, CV 06-6994 AHM (C.D. Cal. June 4, 2007).

1238 Vgl. oben Fn. 1083

1239 Bereits zur Zeit der Entscheidung hatte Facebook erfolgreich den Markt betreten – *LiveUniverse v. MySpace*, CV 06-6994 AHM, 13 ff. (C.D. Cal. June 4, 2007).

Rückblickend waren diese Entscheidungen für den Schutz des Wettbewerbs nicht unbedingt notwendig und basierten auf einer umstrittenen ökonomischen Beurteilung. Damit liefern sie Beispiele für die *raison d'être* der decision theory. Gerade in diesen Entscheidungen hätte die Dynamik der Branche stärker berücksichtigt und auf dieser Grundlage das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung abgelehnt werden können.

cc) Unterschiedliche zeitliche Ausrichtung der Tatbestände

Trotz der vorgenannten Argumente sprechen die besseren Gründe dafür, den Begriff des potentiellen Wettbewerbs in der Fusionskontrolle und in der Missbrauchsaufsicht unterschiedlich zu verstehen. Es ist entgegen der Kritik ausreichend und sinnvoll, wie die Rspr. den potentiellen Wettbewerb in dynamischen Märkten berücksichtigt:

Grund für die unterschiedliche Berücksichtigung der Dynamik in der Fusionskontrolle beziehungsweise der Missbrauchsaufsicht ist nämlich die andere zeitliche Ausrichtung der Tatbestände.¹²⁴⁰ Ein Zusammenschluss wird untersagt, wenn die Marktlage sich nach Ansicht der Behörde so entwickeln wird, dass der Wettbewerb beeinträchtigt wird, insbesondere wenn die neue Einheit eine marktbeherrschende Stellung erlangt, Art. 2 Abs. 3 FKVO. Der zu beurteilende Sachverhalt liegt demnach in der Zukunft, wobei Daten aus der Vergangenheit nur Indizien sein können.¹²⁴¹ Bei der Beurteilung eines Missbrauchs hingegen liegt der Sachverhalt in der Vergangenheit. Eine Prognoseentscheidung wird nicht getroffen. Eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV liegt nur vor, wenn das Unternehmen über einen signifikanten Zeitraum hinweg die Preise erhöhen konnte.¹²⁴² Während die Fusionskontrolle *ex ante* versucht, eine ungünstige Marktstruktur zu vermeiden, will die Missbrauchsaufsicht *ex post* wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen verbieten.¹²⁴³ Um das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung in Art. 102 AEUV zu erfüllen, ist es ausreichend, dass diese Stellung in dem Zeitraum vorlag, in

1240 *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 47; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 101.

1241 *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, 207 f.

1242 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 79.

1243 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 37; *Bronett*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 22, 10; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 20 f.

dem das missbräuchliche Verhalten getätigt wurde.¹²⁴⁴ Geht die Stellung danach wieder verloren, ist das für die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ohne Belang. Art. 102 AEUV verfolgt nämlich auch das Ziel, missbräuchliche Verhaltensweisen präventiv mit einer abschreckenden Wirkung zu verhindern.¹²⁴⁵ Dieses Ziel könnte nicht mehr erreicht werden, wenn marktbeherrschende Unternehmen sich missbräuchlich verhalten dürften, sofern sie ihre Stellung danach wieder verlieren. Das liefe auf einen „Freibrief“ für Marktmachtmissbrauch hinaus. In diesem Sinne stellte ebenfalls das BKartA in *Facebook* fest, dass die Missbrauchsaufsicht auf die gegenwärtige Situation abstellt. Auch in Zeiträumen von abgesicherten Marktpositionen, die später angreifbar werden, seien missbräuchliche Verhaltensweisen nicht hinnehmbar.¹²⁴⁶

dd) Bessere Verortung in der Missbrauchsprüfung

Nichtsdestotrotz ist der entscheidungstheoretische Imperativ auch in den Entscheidungen der Missbrauchsaufsicht zu berücksichtigen. Die Bestimmung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung ist dafür jedoch nicht der richtige Prüfungsschritt. Denkbar ist es vielmehr, die Dynamik in einer späteren Stufe der Missbrauchsprüfung zu berücksichtigen. Missbräuchlich sind Verhaltensweisen nur, wenn sie objektiv „die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung ... behindern“.¹²⁴⁷ Es ist erforderlich, darzulegen, dass das betreffende Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.¹²⁴⁸ Wird das Verhalten aber voraussichtlich den Wettbewerb nicht langfristig beeinträchtigen, weil die Dynamik diese Wirkung begrenzt, kann das Vorliegen eines Missbrauchs verneint werden.

1244 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 87; Kommission, 5.12.1988, 31.900, ABl. (EU) 1989 L 10/50, Rn. 115 – *BPB*. Die Kommissionsentscheidung wurde insgesamt bestätigt durch EuGH, 6.4.1995, C-310/93 P, Slg. 1995 I-865 – *BPB Industries und British Gypsum/Kommission*.

1245 *Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 3.

1246 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 503 – *Facebook*.

1247 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche; Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 178; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 262 ff.

1248 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 145.

Auf diese Weise wird auch die Kritik an den Microsoft-Verfahren sachgerecht berücksichtigt. Gerade diese Verfahren zeigen, dass die Dynamik nicht in der Bestimmung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt werden sollte. In beiden Microsoft-Verfahren ging es unter anderem um ein Kopplungsgeschäft.¹²⁴⁹ Dabei wird das Unternehmen auf zwei Märkten tätig: dem des koppelnden und dem des gekoppelten Produkts. Es reicht aus, wenn das Unternehmen auf dem Markt des koppelnden Produkts eine marktbeherrschende Stellung innehat.¹²⁵⁰ Diese Stellung besaß Microsoft mit Windows auf dem Markt für PC-Betriebssysteme.¹²⁵¹ Ob auch auf dem Markt des gekoppelten Produkts, d.h. für Webbrowser eine beherrschende Stellung vorlag, ist für das Vorliegen eines Missbrauchs nicht erheblich.¹²⁵² Dynamisch war aber nur der Markt für Webbrowser. In dem Markt für Betriebssysteme, in dem eine beherrschende Stellung vorlag, hatte Microsoft bereits seit zehn Jahren konstant einen Marktanteil von ca. 90%.¹²⁵³ Microsoft berief sich auch nicht darauf, dass es in diesem Markt an einer dominanten Stellung fehlte.¹²⁵⁴ In diesem Verfahren kam es damit ohnehin nicht in Betracht, die marktbeherrschende Stellung aufgrund der Dynamik zu verneinen. Zweifelhaft war stattdessen, ob das Verhalten tatsächlich den Wettbewerb beeinträchtigte. Diese Frage betrifft jedoch das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens und nicht die marktbeherrschende Stellung. Das gleiche gilt für das WMP-Verfahren, in dem ebenfalls Microsofts beherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme, d.h. des koppelnden Produkts ausreichte.¹²⁵⁵ Die Literatur kritisierte die Kommissionsentscheidungen auch nicht im Hinblick auf die

1249 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, 32 ff. – *Microsoft II (Internet Explorer)*; Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 792 ff. – *Microsoft I*.

1250 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 278.

1251 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 24 ff. – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1252 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 278.

1253 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 24 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

1254 Anders im Verfahren in den USA. Dort berief sich Microsoft darauf, dass es auch im Markt für Betriebssysteme hohem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei. Das Gericht lehnte dieses Argument jedoch ab, indem es entschied, dass eine langfristige Dynamik des Marktes es nicht verbiete, eine marktbeherrschende Stellung anzunehmen, solange es an einer kurzfristigen Dynamik wie vorliegend fehle. *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 56 f. (D.C. Cir. 2001).

1255 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 428 ff. – *Microsoft I*.

Marktmachtbestimmung, sondern hinsichtlich der Berücksichtigung der Dynamik im Allgemeinen.¹²⁵⁶

Die Dynamik des Marktes sollte demnach in Missbrauchsverfahren vorwiegend Berücksichtigung auf der Stufe des missbräuchlichen Verhaltens finden und nicht bereits in der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung.

8. Fazit zum Marktmachtverlust bei Internetplattformen

Internetplattformen generieren Marktmacht durch Netzwerkeffekte. Die so gewonnene Marktmacht kann jedoch durch eine Reihe von Faktoren beschränkt werden:

Erstens beschränkt der Wettbewerbsdruck, der von Konglomeraten ausgeht, sowohl den Verhaltensspielraum der anderen Konglomerate, als auch den der übrigen Unternehmen. Ein Konglomerat steht meist in Wettbewerb mit anderen Konglomeraten, auch wenn diese noch nicht in demselben Markt tätig sind. Dadurch ist der potentielle Wettbewerbsdruck hoch.

Zweitens wirken Netzwerkeffekte nicht nur zugunsten des Marktführers. Reverse network effects ermöglichen es auch kleineren Anbietern, ihre Nutzerbasis schnell wachsen zu lassen. Diese Effekte sind besonders stark, wenn die Wechselkosten aus Nutzersicht gering sind.

Drittens schwächen sich die Netzwerkeffekte, die von den Nutzern ausgehen, ab einer bestimmten Nutzeranzahl ab. Für Plattformen ist es besonders wichtig, eine kritische Masse an Nutzern zu erreichen. Danach erbringt jeder weitere Nutzer nur einen geringeren Grenznutzen.

Viertens ist eine große Nutzerbasis allein kein Garant für Marktmacht. Daneben konkurrieren Internetplattformen mit weiteren Qualitätsfaktoren, die neuen Unternehmen die Möglichkeit eines Markteintritts offenhalten.

Fünftens wird die Marktmacht von Internetplattformen eingeschränkt, wenn die Nutzer mehrere Dienste parallel nutzen (multi-homing). Daran zeigt sich, dass die Nutzer nicht auf einen Anbieter angewiesen sind. Mul-

1256 Kritisch sehen einige z.B. die Feststellung, dass es sich bei dem WMP und Windows um zwei unterschiedliche Produkte handle, vgl. *Ahlborn/Evans*, 75 Antitrust L. J. 887, 917 ff. (2009); *Apon*, E.C.L.R. 2007, 327, 330. *Larouche*, 75 Antitrust L. J. 933, 945–946 (2009) kritisierte darüber hinaus die von der Kommission angeordnete Rechtsfolge.

ti-homing ist wahrscheinlicher, wenn die Nutzer heterogene Präferenzen haben und für jede Präferenz eine andere Plattform zur Verfügung steht. Durch die niedrigen Kosten und einfachen Vertriebswege gibt es bei Internetplattformen auf der Anbieterseite einen hohen Grad an Heterogenität und Produktdifferenzierung. Dadurch gibt es für viele Plattformprodukte zumindest teilweise austauschbare Alternativen, sogenannte Randsubstitute.

Randsubstitute werden – sechstens – in der Marktabgrenzung nicht berücksichtigt, sollten jedoch deswegen nicht gänzlich aus der Marktmachtbestimmung herausfallen, sondern später berücksichtigt werden. Offen bleibt hier, wann die Schwelle zur Marktgleichwertigkeit überschritten ist und wann der Wettbewerbsdruck von Randsubstituten sich auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auswirken kann.

Weiterhin können kleinen Plattformen Sortierungsexternalitäten zugutekommen. Diese Externalitäten wirken, wenn eine Plattform ein typisiertes Kundenprofil hat, auf das Werbenende und andere Kunden ihr Angebot gezielt ausrichten können. Bei Internetplattformen wirken diese Sortierungsexternalitäten jedoch auch marktmachtfestigend, wenn Plattformen mit hoher Nutzerzahl bestimmte Nutzer als Werbeobjekte für die Werbenenden sortieren können, indem sie Individualisierungsalgorithmen nutzen.

Siebtens wird die Marktmacht von Internetplattformen durch die Dynamik der Branche infrage gestellt. Einige Internetunternehmen sind bereits in „reifen“ Märkten tätig. Größtenteils handelt es sich jedoch aufgrund einiger struktureller Faktoren der Internetbranche um junge und dynamische Märkte. Die Rspr. berücksichtigt das zwar in der Fusionskontrolle. So wurden auch Zusammenschlüsse, die zu hohen Marktanteilen führen, wegen der Marktdynamik freigegeben. In der Missbrauchsaufsicht ist die Praxis aber deutlich zurückhaltender. Bislang wurde kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund der Dynamik verneint.

Diese Ungleichbehandlung leuchtet nicht auf den ersten Blick ein, weil in beiden Fällen wegen des gleichen Schutzzwecks ein Einschreiten nicht geboten ist, solange der Wettbewerbsprozess nicht beeinträchtigt wird. Das kann bei einem Missbrauch, der wegen der Dynamik langfristig nicht den Wettbewerb schädigt, genauso wie in der Fusionskontrolle der Fall sein. Gerade in der digitalen Wirtschaft ist dabei Vorsicht vor einer vor-schnellen Intervention geboten, wie die decision theory zeigt. Mit der Figur des potentiellen Wettbewerbs besteht auch ein rechtlicher Rahmen, um die Dynamik in der Marktmachtbestimmung zu berücksichtigen.

Die Dynamik ist jedoch nicht nur in der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung, sondern auch in der Prüfung des Vorliegens eines miss-

bräuchlichen Verhaltens zu verorten. Wirkt sich ein Verhalten tatsächlich langfristig nicht negativ auf den Wettbewerb aus, sollte ein Missbrauch verneint werden, auch wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Dafür bietet das Missbrauchsverbot bereits *de lege lata* ein ausreichendes Instrumentarium.

C. Indikatoren digitaler Marktmacht

I. Der Marktanteil

Der zentrale Faktor in der Marktmachtbestimmung ist der Marktanteil.¹²⁵⁷ Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 40% vermutet. Der EuGH geht davon aus, dass Anteile von 50-70% ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern.¹²⁵⁸

1. Der theoretische Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Marktmacht

Hohe Marktanteile begründen nicht nur bei Kartellrechtlern, sondern auch bei Laien intuitiv einen Eindruck von Marktmacht. Ein Unternehmen, das einen Großteil der Verkäufe eines Marktes kontrolliert, muss diesen Markt beherrschen. Gerade im Hinblick auf die digitale Wirtschaft lohnt aber ein genauerer Blick darauf, aus welchem Grund Marktmacht anhand von Marktanteilen gemessen werden soll. Der EuGH begründet es wie folgt:¹²⁵⁹

„Wenn die Bedeutung der Marktanteile auch von einem Markt zum anderen unterschiedlich sein kann, so kann man doch zu Recht annehmen, daß besonders hohe Anteile — von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Ein Unternehmen, das während längerer Zeit einen besonders hohen Marktanteil innehat, befindet sich allein durch den Umfang seiner Produkti-

1257 *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 49.

1258 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 521, Rn. 41 – *Hoffmann-La Roche; Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 87. Siehe auch oben Kapitel 1 A II.

1259 Vgl. *Wingterter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 176.

*on und seines Angebotes in einer Position der Stärke, die es zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeit, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist; die Inhaber von erheblich geringeren Anteilen wären nicht in der Lage, kurzfristig die Nachfrage zu befriedigen, die sich vom Marktführer abwenden wollte.*¹²⁶⁰

Diese Erklärung überzeugt, wenn man einen industriellen Markt vor Augen hat: ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes hat bestimmte Produktionskapazitäten; es nimmt damit einen hohen Marktanteil für ein bestimmtes Produkt ein. Die Produktion ist aufwendig und erfordert beispielsweise ein großes Know-How und erhebliche Produktionsmittel wie Maschinen und vorgefertigte Teile. Es ist deswegen schwer für andere Unternehmen, ihre Produktion rasch auszuweiten oder den Markt zu betreten. Dafür wäre es nötig, neue Fabriken zu errichten und neue Mitarbeiter einzustellen.¹²⁶¹ Insbesondere Abnehmer mit einer großen Nachfrage, die zeitlich unflexibel ist, sind dann auf dieses Unternehmen angewiesen, zum Beispiel bei Spezialteilen in der Automobilindustrie, („Zwangspartner“).¹²⁶² In der Wettbewerbstheorie wird davon ausgegangen, dass die Fähigkeit, seine Produktion auszuweiten, proportional vom aktuellen Marktanteil abhängt.¹²⁶³ Auch wenn der Marktanteil meistens nach dem Umsatz berechnet wird, kommt es nicht unmittelbar hierauf an, sondern auf die ungenutzten Kapazitäten der Unternehmen, über die die Marktanteile etwas aussagen.¹²⁶⁴ Ein marktbeherrschendes Unternehmen mit hohen Marktanteilen kann daher seine Ausbringungsmenge reduzieren, um die Preise zu erhöhen, ohne dass es seinen Wettbewerbern rechtzeitig in ausreichendem Umfang gelänge, darauf mit einer Produktionsausweitung zu reagieren.¹²⁶⁵ Das Unternehmen ist in der Lage, die Preise zu erhöhen, zumindest für den Zeitraum, den die Konkurrenten bräuchten, um die Nachfrager, die von den höheren Preisen des Marktbeherrschers abgeschreckt werden, zu bedienen.

1260 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 41 – *Hoffmann-La Roche*.

1261 *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 63.

1262 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 74 ff.

1263 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 535 f.

1264 *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 62 f.

1265 *Hildebrand*, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, 132; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 124.

Auch bei einem Unternehmen, das Dienstleistungen verkauft, ist diese Herleitung des Zusammenhangs von Marktmacht und Marktanteil plausibel. Die personellen Kapazitäten des Unternehmens spiegeln sich üblicherweise im Marktanteil wider. Erhöht ein Anbieter seine Preise, können andere Unternehmen die zusätzliche Nachfrage nur bedienen, wenn sie noch nicht vollständig ausgelastet sind.

2. Keine Gültigkeit des Zusammenhangs bei Internetplattformen

Bei Internetplattformen hingegen fehlt dieser Zusammenhang von Marktmacht und Marktanteilen. Das Produkt, das die Plattformen „herstellen“ und dem Endverbraucher anbieten, erfordert keinen industriellen Herstellungsprozess mit hohen Kosten und Investitionen in Know-How oder Ressourcen. Vielmehr bietet eine Plattform als Produkt den Zugang zu seiner Plattform an, zum Beispiel im Fall von Suchmaschinen Suchergebnisse oder bei sozialen Netzwerken die Möglichkeit zur Kommunikation mit anderen Nutzern. Dieses Produkt ist für die Plattform jedoch mit sehr geringen Grenzkosten verbunden, die nahe Null liegen können. Entscheidend für das Unternehmen sind vielmehr die Fixkosten.¹²⁶⁶ Das bedeutet, dass Plattformen sehr kurzfristig sehr viele zusätzliche Produkte herstellen können. Eine Suchmaschine z.B. kann eine Vielzahl an zusätzlichen Suchanfragen beantworten, bevor die Server ausgelastet sind.¹²⁶⁷ Darüber hinaus ist es möglich, durch Cloud-Dienste sehr kurzfristig Serverkapazitäten anzumieten und so zusätzliche Anfragen zu beantworten. Die Monopolkommission schreibt dazu:

„Im Fall von Suchmaschinen dürften Kapazitäten zur Beantwortung von Suchanfragen und zur Indexierung von Webseiten bei entsprechender Ausweitung der Serverkapazitäten durch den Einsatz finanzieller Mittel relativ problemlos erweiterbar sein... Konkret bedeutet dies, dass einer Suchmaschine durch Kapazitätsbeschränkungen keine Grenzen gesetzt sind, schnell hohe Marktanteile zu erzielen. Dies kann einerseits dazu beitragen, dass eine Suchmaschine hohe Marktanteile schnell weiter ausbauen kann. Anderer-

1266 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 200; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 61 f.

1267 Patterson, Antitrust Law in the New Economy, 62 f; Patterson, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 6; vgl. auch Stylianou, Competition Law Insight 2017, 16(9), 4, 5.

*seits wären Suchmaschinen mit niedrigem Marktanteil in der Lage, kurzfristig eine steigende Anzahl von Suchanfragen zu beantworten.*¹²⁶⁸

Das gilt nicht nur für Suchmaschinen, sondern auch für andere Online-Plattformen, die bei der „Produktion“ ihres Angebots, meist eine Art von Information, nur an Serverkapazitäten gebunden sind, die unschwer auszuweiten sind. Ein Konkurrent von Facebook im Markt der sozialen Netzwerke könnte beispielsweise ohne hohe Zusatzkosten eine Vielzahl von Mitgliedern aufnehmen.¹²⁶⁹ Daher könnte eine Online-Plattform ihre Marktanteile sehr kurzfristig in bedeutender Weise erhöhen, wenn die Nutzer dies nachfragen. Erhöht ein Unternehmen mit hohen Marktanteilen seine Preise, können die Wettbewerber umgehend darauf reagieren, indem sie ihre Produktion ausweiten und zusätzliche Nutzer aufnehmen. Die Nutzer sind dementsprechend nicht in einer Abhängigkeitsbeziehung, wie sie in der analogen Wirtschaft vorkommen kann. Daher kann ein Unternehmen mit hohen Marktanteilen schwerlich einen vermeintlichen Verhaltensspielraum ausnutzen.¹²⁷⁰

Das gleiche gilt, wenn eine Internetplattform ihre Ausbringungsmenge reduzieren möchte, um die Preise zu erhöhen. Das wäre der Fall, wenn beispielsweise jeder Nutzer nur eine bestimmte Anzahl an Suchanfragen pro Tag bei Google beantworten lassen dürfte oder ein soziales Netzwerk wie Facebook nur eine bestimmte Nutzungsdauer pro Tag erlauben würde. Bei einem derartigen Verhalten würden die Nutzer kurzfristig zu einem anderen Anbieter wechseln, der gerne bereit wäre, die neuen Nutzer aufzunehmen. Das zeigt, wie schon der Gedanke einer Reduzierung der Ausbringungsmenge der Natur von Internetplattformen widerspricht. Eine erfolgreiche Plattform benötigt eine besonders große Ausbringungsmenge, um sich starke Netzwerkeffekte zunutze und so ihr Angebot attraktiver für weitere Nutzer zu machen. Außerdem finanzieren sich Plattformen durch eine große Ausbringungsmenge. Je mehr Facebook genutzt wird, desto mehr Umsatz kann das Unternehmen mit Werbung erwirtschaften. Bei einer Reduzierung der Ausbringungsmenge würden diese Netzwerkeffekte verloren gehen. Insofern begrenzen die Netzwerkeffekte den Verhaltensspielraum der Plattform auf dieser Plattformseite.¹²⁷¹ Daher

1268 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 219.

1269 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 305.

1270 So auch *Patterson*, *Antitrust Law in the New Economy*, 63 f.

1271 *Holzweber*, *W. Comp.* 2017, 563, 578.

besteht schon kein Anreiz für die Plattformen, ihre Ausbringungsmenge zu reduzieren. Selbst wenn eine Plattform dies trotzdem tun sollte, würde ihre Erfolgswahrscheinlichkeit nicht durch einen hohen Marktanteil gesteigert. Andere Plattformen könnten kurzfristig die wechselbereiten Nutzer aufnehmen.

In manchen Märkten im Internet ergibt sich Marktmacht jedoch auch durch Mechanismen, die denen der analogen Wirtschaft ähneln. Eine Werbepattform wie eine Suchmaschine kann beispielsweise nur so viel Werbung verkaufen, wie sie Nutzer hat, die diese Werbung wahrnehmen können. Kleinere Wettbewerber können eine zusätzliche Nachfrage nicht bedienen, wenn sie nicht ausreichend Nutzer aufweisen, die als Werbepublikum dienen könnten. Insofern verleiht die Nutzerzahl einer Werbepattform eine bestimmte Produktionskapazität und in diesem Fall auch Marktmacht. Gleichzeitig ergibt sich auch bei analogen Plattformen Marktmacht nicht aus Produktionskapazitäten, sondern auf andere Weise (Siehe unten Kapitel 4 C.I.4.).

Festzuhalten ist jedoch, dass die klassische Begründung für das Abstellen auf Marktanteile für die Bestimmung von Marktmacht bei Internetplattformen grundsätzlich nicht überzeugt. Grundsätzlich sollten daher Marktanteile innerhalb der Marktmachtbestimmung mit Vorsicht berücksichtigt werden.

3. Berücksichtigung als potentieller Wettbewerb?

Die Rspr. ist bislang nicht auf dieses Problem eingegangen. Zur Berücksichtigung der nicht ausgeschöpften Produktionskapazitäten von Internetplattformen könnte aber auf vorhandene Instrumente des Kartellrechts zurückgegriffen werden. Die Rechtsprechung trägt unausgeschöpften Produktionskapazitäten der Konkurrenz mit zwei miteinander verwandten und oben bereits beschriebenen Konzepten Rechnung, der Angebotsumstellungsflexibilität und dem potentiellen Wettbewerb.¹²⁷²

Die Angebotsumstellungsflexibilität bezeichnet eine Situation, in der ein Unternehmen ein Produkt noch nicht produziert, aber seine Produktion darauf hin umstellen könnte.¹²⁷³ Ist das der Fall, ist der Markt dementsprechend weiter abzugrenzen, sodass er auch die anderen Produkte um-

1272 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 104.

1273 EuGH, 21.02.1973, Rs. 6-72, Slg. 1973, 215, Rn. 33 – *Continental Can; Kühnen*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 45.

fasst.¹²⁷⁴ Bei den unausgeschöpften Kapazitäten von Online-Plattformen geht es aber nicht darum, dass diese ihre Produktion von der Herstellung eines Produkts auf die Herstellung eines anderen umstellen können. Das beträfe den Fall, dass zum Beispiel eine Suchmaschine auch Online-Auktionen anbietet. Es geht vielmehr darum, dass Konkurrenten große ungenutzte Produktionskapazitäten für ein Produkt zur Verfügung stehen, das sie bereits produzieren. Es soll nicht ein anderes, sondern das gleiche Produkt mit größerem Absatz produziert werden. Aus diesem Grund können die Plattformen kurzfristig eine erhöhte Nachfrage danach befriedigen. Dann ist der vermeintliche Marktbeherrscher trotz eines hohen Marktanteils nicht in der Lage, die Preise zu erhöhen, ohne dass er erhebliche Absatzeinbußen hinnehmen müsste.

Diese Situation wird vielmehr von dem Begriff des potentiellen Wettbewerbs erfasst, der nicht auf der Ebene der Marktabgrenzung, sondern auf der nachgelagerten Ebene der Marktmachtbestimmung geprüft wird.¹²⁷⁵

Potentieller Wettbewerb wird nach den Prioritätenmitteilungen der Kommission als erheblich für die Marktmachtbestimmung betrachtet, wenn die Expansion von Wettbewerbern „wahrscheinlich, absehbar und ausreichend ist“. Wahrscheinlich ist eine Expansion, wenn sie für den Wettbewerber hinreichende Gewinne verspricht. Dabei werden Expansionshindernisse und die voraussichtlichen Reaktionen des Marktbeherrschers sowie das Risiko des Scheiterns berücksichtigt. Absehbar ist die Expansion, wenn sie so zügig erfolgen kann, dass die Ausübung von Marktmacht uninteressant oder unmöglich gemacht wird. Eine Expansion ist ausreichend, wenn sie nicht nur in geringem Umfang, zum Beispiel in einer Marktnische erfolgt, sondern in so großem Umfang stattfindet, dass jeglichen etwaigen Versuchen des Marktbeherrschers, die Preise zu erhöhen, entgegengewirkt wird.¹²⁷⁶

Die nicht ausgeschöpften Produktionskapazitäten konkurrierender Internetplattformen erfüllen diese Voraussetzungen:

Jede Plattform kann ihre Einnahmen unter anderem dadurch erhöhen, dass sie neue Nutzer akquiriert. Die Nutzer zahlen Gebühren oder sind po-

1274 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 64; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 102.

1275 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 47, 55 – *Hoffmann-La Roche*; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 24.

1276 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 16.

tentielle Werbesubjekte. Suchmaschinen erwirtschaften beispielsweise mit einer höheren Nutzerzahl mehr Gewinn, weil mehr Nutzer mehr Werbeanzeigen anklicken.¹²⁷⁷ Die Expansion der Produktion, d.h. die Bearbeitung zusätzlicher Nutzer verspricht demnach zusätzlichen Gewinn. Die Expansionshindernisse dafür sind gering: die Grenzkosten sind niedrig, weil die Bearbeitung von Suchanfragen oder anderen Nutzungsvorgängen im Internet automatisiert erfolgt.¹²⁷⁸ Es gibt auch kein Risiko des Scheiterns bezüglich der Frage, ob ein produziertes Gut auch nachgefragt wird – das Gut wird nämlich erst dann produziert, wenn es nachgefragt wird, denn Serverkapazitäten werden erst beansprucht, wenn ein Nutzer eine Webseite in Anspruch nimmt. Damit ist die Expansion wahrscheinlich im Sinne der Prioritätenmitteilung.

Die Expansion kann auch sehr kurzfristig und in absehbarer Zeit geschehen, insbesondere durch das temporäre Anmieten zusätzlicher Serverkapazitäten.¹²⁷⁹ Will der vermeintliche Marktbeherrscher unter diesen Voraussetzungen seine Preise erhöhen, stünden ausreichend andere Online-Plattformen bereit, um die durch die Preiserhöhung wechselbereiten Nachfrager aufzunehmen. Wegen der niedrigen Grenzkosten können konkurrierende Plattformen auch in erheblichem Umfang und damit ausreichend expandieren. Somit hat das Unternehmen kein Interesse am Ausnutzen seiner vermeintlichen Marktmacht. Die Expansion ist damit auch absehbar und ausreichend. Daher sind die Voraussetzungen der Kommission für die Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs erfüllt. Für die Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB gelten vergleichbare Anforderungen.¹²⁸⁰

Es erscheint allerdings nicht sachgerecht, die ungenutzten Produktionskapazitäten der Plattformen lediglich als potentiellen Wettbewerb zu berücksichtigen. Die Kapazitäten stellen nicht nur eine marginale Beeinträchtigung der Marktmacht einer Plattform mit hohen Marktanteilen dar, sondern brechen den Zusammenhang von Marktmacht und Marktanteilen an sich auf. Werden die unausgeschöpften Kapazitäten lediglich als potentieller Wettbewerb berücksichtigt, wird damit weiterhin an dem analogen

1277 Holzweber, NZKart 2016, 104, 106.

1278 Vgl. oben Kapitel 4 B.II.6.b).

1279 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 200, 219.

1280 Es wird ebenfalls eine wahrscheinliche, zeitnahe und ausreichende Expansion gefordert, s. *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 124 ff; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 58 ff.

Konzept der Marktmacht festgehalten, bei dem Marktmacht durch umfangreiche Produktionskapazitäten generiert wird. Internetplattformen generieren ihre Marktmacht jedoch gerade nicht durch Produktionskapazitäten. Es wird dem grundlegenden Unterschied der Funktionsweise von Internetplattformen im Vergleich zur industriellen Produktion nicht gerecht, wenn die Produktionskapazitäten lediglich als potentieller Wettbewerb berücksichtigt werden. Marktmacht muss daher bei Internetplattformen aus einer grundlegend anderen Perspektive betrachtet werden. Es stellt sich die Frage, wie Internetplattformen, wenn nicht aus der umfangreichen Kontrolle der Produktionskapazitäten, Marktmacht generieren.

4. Marktmacht aus Netzwerkeffekten

Wie oben dargestellt, verfolgen Plattformen das Ziel, möglichst starke Netzwerkeffekte in sich zu bündeln, um wertvoller und bestenfalls unverzichtbar für die Nutzer zu werden.¹²⁸¹ Erhöht eine Plattform ihre Preise oder verschlechtert sie in anderer Weise ihr Angebot, lässt sich grundsätzlich davon ausgehen, dass die Nutzer wechseln möchten. In analogen Industrien werden die Abnehmer daran gehindert, wenn der Konkurrenz nicht ausreichend Produktionskapazitäten zur Verfügung stehen. Beherrscht eine Plattform ihren Markt, werden die Nutzer jedoch nicht durch die fehlenden Kapazitäten am Wechsel gehindert, sondern durch die fehlenden Netzwerkeffekte der anderen Plattformen. Das kann die Nutzer in eine Situation bringen, in der sie auf einen Anbieter angewiesen sind, sodass dieser sich unabhängig verhalten kann. Grundsätzlich generieren Internetplattformen mithin Marktmacht durch Netzwerkeffekte.

In einigen Fällen hängen die Produktionskapazitäten von der Stärke der Netzwerkeffekte ab. Dann wird Marktmacht sowohl durch Netzwerkeffekte, als auch durch die Produktionskapazitäten generiert. Beispielsweise hängt die Marktmacht von Werbeplattformen von ihren Produktionskapazitäten ab. Erhöht eine Werbeplattform ihre Preise, können konkurrierende Plattformen die zusätzliche Nachfrage nur auffangen, wenn sie ihrerseits genügend Werbung vermitteln können. Das ist jedoch nur der Fall, wenn sie Zugang zu einer ausreichend großen Nutzerbasis haben. Die Werbekapazität hängt somit von der Nutzerzahl ab. Gleichzeitig gehen von den Nutzern marktexterne Netzwerkeffekte in Richtung der Werber

1281 Siehe oben Kapitel 4 B.I.1. und 2.

aus. Insofern definieren die Netzwerkeffekte die Produktionskapazitäten der Werbeplattform.

Da die Marktmacht von Plattformen durch Netzwerkeffekte entsteht, stellt sich für die Praxis die Frage, wie diese Effekte gemessen und quantifiziert werden können:

5. Quantifizierung von Netzwerkeffekten

Bislang gibt es keine etablierten Methoden, Netzwerkeffekte zu messen.¹²⁸² Dass Netzwerkeffekte wirken, lässt sich aber meist bereits an den Interessen der Parteien ablesen. Haben die Nutzer auf einer Plattformseite ein Interesse an der Interaktion mit der jeweils anderen Plattformseite, kann die Plattform Netzwerkeffekte bündeln. Diese Interessen können beispielsweise anhand von Umfragen nachgewiesen werden.¹²⁸³ Darüber hinaus ist es aber erforderlich, zu bestimmen, in welcher Intensität die Netzwerkeffekte bei einer Plattform wirken. Eine Plattform, von der starke Netzwerkeffekte ausgehen, kann Marktmacht gegenüber ihren Nutzern generieren. Bündelt eine Plattform hingegen nur schwache Netzwerkeffekte, wird es aus ihrer Perspektive schwierig sein, Marktmacht auszuüben.

a) Der CEAHR-Test

Eine Möglichkeit, die Intensität von Netzwerkeffekten nachzuweisen, besteht in dem oben bereits beschriebenen CEAHR-Test des EuG: erhöht die Plattform auf einer Plattformseite den Preis und gehen daraufhin auf der anderen Plattformseite Nutzer verloren, müssen Netzwerkeffekte wirken.¹²⁸⁴ Denn dies zeigt, dass die Preiserhöhung zunächst einen Nutzerverlust auf der ersten Plattformseite zufolge hatte, der die Plattform unattraktiver machte, sodass auch auf der anderen Plattformseite Nutzer verloren gingen. Je geringer die Preiserhöhung und je höher der Nutzerverlust ausfällt, desto stärker hängt der Wert der Plattform von der Nutzerzahl ab. Damit wird gemessen, wie sensibel die Nutzer auf Preisänderungen auf

1282 Tamke, NZKart 2018, 503, 505.

1283 Collyer/Mullan/Timan, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 71, 79; Filistrucchi, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 37, 41.

1284 EuG, Entscheidung v. 15.12.2010, T-427/08, Rn. 105 – CEAHR.

der anderen Plattformseite reagieren.¹²⁸⁵ Anstatt einer Preiserhöhung kann auch als Gedankenexperiment eine Qualitätsverschlechterung beobachtet werden, wenn kein Preis gezahlt wird.¹²⁸⁶

Reduziert sich die Nutzerzahl auf beiden Plattformseiten nach einer Preiserhöhung in deutlichem Umfang, zeigt dies, dass Netzwerkeffekte zwischen den Parteien wirken und dass die Plattform für die Nutzer nicht besonders wertvoll ist. Die Nutzer können dann zu anderen Plattformen ausweichen und sind nicht derart auf die Plattform angewiesen, als dass sie bereit wären, dafür einen höheren Preis zu entrichten. Bei diesem Ergebnis des CEAHR-Tests ist somit das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf der Plattformseite, auf der die Preise erhöht wurden, unwahrscheinlich.

Kommt der Test zum gegenteiligen Ergebnis, nämlich, dass die Nutzer, deren Preise nicht erhöht wurden, nicht zu anderen Plattformen wechseln, kann es dafür zwei Erklärungen geben:

Einerseits ist es denkbar, dass zwischen den Plattformseiten keine oder nur schwache Netzwerkeffekte wirken. In dieser Situation stellt es für die eine Nutzergruppe keinen Grund für einen Plattformwechsel dar, wenn auf der anderen Plattformseite Nutzer verloren gehen. Beispielsweise wird eine Werbepattform ihre Nutzer wahrscheinlich nicht verlieren, wenn sie weniger Werbekunden hat. Wirken keine Netzwerkeffekte, kann die Plattform hieraus auch keine Marktmacht generieren. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist dann unwahrscheinlich.

Andererseits kann der Grund für das Verbleiben der Nutzer bei der Plattform trotz der Preiserhöhung sein, dass ihnen keine Auswahlmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Die Nutzer befinden sich dann in einem lock-in und die Plattform kann Marktmacht ausüben. Dann liegt wahrscheinlich eine marktbeherrschende Stellung vor.

Wechseln die Nutzer trotz der Preiserhöhung auf der anderen Plattformseite nicht den Anbieter, lässt sich mithin nicht entscheiden, ob die Plattform Marktmacht besitzt. Kommt der CEAHR-Test zu diesem Ergebnis, ist er daher für die Marktmachtbestimmung nicht zu verwenden. Nur in dem gegenteiligen Fall, in dem die Nutzer wechseln, lässt sich daraus ableiten, dass die Plattform wahrscheinlich ihren Markt nicht beherrscht.

Der CEAHR-Test ist darüber hinaus in einer weiteren Hinsicht in seiner Anwendbarkeit beschränkt: er erfasst nur die Situation, dass die Nutzer-

1285 *Collyer/Mullan/Timan*, in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* (2018), 71, 79.

1286 Vgl. zum SSNDQ-Test oben Kapitel 3 C.II.2.

gruppe auf einer Plattformseite auf eine Veränderung der Nutzerzahl auf der anderen Seite reagiert. Dann wirken indirekte Netzwerkeffekte. Wirken jedoch direkte Netzwerkeffekte, d.h. ist der Wert der Plattform für die Nutzer von der Zahl der Nutzer auf der gleichen Plattformseite abhängig, kann die Plattform auch hieraus Marktmacht generieren. Der CEHR-Test misst jedoch nur die Wechselwirkungen zwischen den Plattformseiten untereinander. Die Form von Marktmacht, die sich aus direkten Netzwerkeffekten ergibt, kann damit nicht bestimmt werden.

b) Marktanteile

Darüber hinaus kann die Intensität der Netzwerkeffekte, die eine Plattform in sich bündelt, anhand der Nutzerzahl gemessen werden, die die Plattform im Vergleich zu anderen Plattformen besitzt. Eine große Nutzerbasis generiert Netzwerkeffekte. Die Nutzeranteile einer Plattform geben mithin Aufschluss darüber, ob die Plattform Marktmacht ausüben kann. Bei der Berechnung der Anteile sind aber einige Besonderheiten der digitalen Märkte zu beachten:

aa) Nutzeranteile

Marktanteile werden üblicherweise anhand des Umsatzes der untereinander austauschbaren verkauften Produkte berechnet.¹²⁸⁷ Auf unentgeltlichen Märkten wird jedoch nichts verkauft, sodass Marktanteile nicht an dem Wert der Verkäufe gemessen werden können.¹²⁸⁸ Google hat sich deswegen in *VG Media/Google* darauf berufen, die Vermutung der beherrschenden Stellung ab einem Marktanteil von 40% in § 18 Abs. 4 GWB würde für den Suchmaschinenmarkt nicht gelten.¹²⁸⁹ Der Marktanteil im

1287 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 109; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5, Rn. 53.

1288 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 78; Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 275 – *Google Shopping*; *Collyer/Mullan/Timan*, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 71, 75.

1289 LG Berlin, Entscheidung v. 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 47 – *VG Media/Google*.

Rahmen des § 18 Abs. 4 GWB bezieht sich jedoch nicht ausschließlich auf Umsatzanteile, sondern auf Anteile vielfältiger Art. Sowohl die Kommission als auch das BKartA haben sich in ihrer Praxis bereits auf Marktanteile verlassen, die nicht anhand des Umsatzes berechnet wurden, sondern zum Beispiel anhand des Transaktionsvolumens einer Plattform,¹²⁹⁰ der Anzahl der beförderten Passagiere einer Fluglinie¹²⁹¹ oder der Anzahl der Nutzer eines Media Players.¹²⁹²

Es reicht dabei jedoch nicht aus, schlicht auf die Anzahl der Nutzer abzustellen und diese zu vergleichen. Von einem zusätzlichen Nutzer gehen nämlich nur Netzwerkeffekte aus, wenn dieser sich aktiv an der Plattform beteiligt. Eine Handelsplattform ist aus Verkäufersicht wenig attraktiv, wenn bei ihr zwar viele potentielle Käufer registriert sind, die jedoch nicht aktiv handeln. Eine höhere Nutzerzahl bedeutet damit nicht zwangsläufig auch ein Mehr an Marktmacht. Das BKartA unterscheidet daher „usage externalities“ und „membership externalities“.¹²⁹³ Membership externalities sind eine Art von indirekten Netzwerkeffekten, bei denen sich bereits die Mitgliedschaft eines Nutzers positiv für die anderen Mitglieder auswirkt. Ein Mitglied eines Kommunikationsnetzwerks ist für alle anderen Mitglieder wertvoll, da es darüber potentiell erreichbar ist, auch wenn es selbst das Netzwerk aktiv nur selten nutzt. Bei den meisten Plattformen werden aber usage externalities im Vordergrund stehen, d.h. Netzwerkeffekte, die erst bei aktiver Nutzung der Plattform entstehen, wie bei Handelsplattformen.¹²⁹⁴ Inaktive Nutzer sind bei Online-Plattformen ein nicht zu unterschätzendes Phänomen. In dem sozialen Netzwerk Google+ waren zum Beispiel im Jahr 2015 circa drei Viertel der Nutzer inaktiv.¹²⁹⁵

Eine Nutzerbasis ist außerdem für die Zwecke der Internetwerbung wertvoller, wenn sie aus aktiven Nutzern besteht. Werbung kann nur sinnvoll individualisiert werden, wenn die Daten über die Interessen der Nut-

1290 BKartA, Entscheidung v. 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15 – *Immonet/Immo-welt*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 80.

1291 Kommission, 27.6.2007, M.4439, Rn. 340 – *Ryanair/Aer Lingus*. Vgl. auch *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 125.

1292 Kommission, Entscheidung v. 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 900 ff. – *Microsoft I*.

1293 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 78 f.; *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645 (2006).

1294 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 78 f.

1295 Monopolkommission, 68. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 296.

zer aktuell sind. Das Internetsurfverhalten und das Kaufverhalten können sich mit den wechselnden Konsuminteressen des Verbrauchers schnell ändern.¹²⁹⁶ Diese Daten sind flüchtig und altern schnell.¹²⁹⁷

Allerdings basiert die Fähigkeit einer Plattform, Daten zu analysieren, darauf, dass sie auf einen großen Datenbestand zurückgreifen kann. Hat ein Unternehmen aktuell eine große Nutzerbasis, muss das nicht zwingend bedeuten, dass es auch den größten Datenbestand besitzt. Vielmehr kann ein etabliertes Unternehmen seine alten Datenbestände teilweise auch zu Analyse Zwecken nutzen. Daher sollten die Marktanteile über einen längeren Zeitraum betrachtet werden. Hinsichtlich der Daten kann Marktmacht nur aus hohen Marktanteilen geschlossen werden, wenn die Anteile für eine gewisse Dauer eine bestimmte Höhe erreicht haben.¹²⁹⁸

Das BKartA stellt primär auf die tatsächliche Aktivität der Nutzer ab. So lassen sich die Anzahl der Nutzerinteraktionen mit einer Webseite anhand der „page impressions“ (Seitenaufrufe) messen.¹²⁹⁹ Die page impressions stellen die Anzahl der Links dar, die auf einer Webseite angeklickt werden. Sieht sich ein Nutzer beispielsweise auf der Webseite einer Online-Zeitung eine Bilderstrecke mit zehn Bildern an, nachdem er die Homepage besucht und einen Artikel gelesen hat, sind zwölf page impressions entstanden. Ist die Webseite aber so strukturiert, dass alle zehn Bilder unter einem Link auf einer Seite angezeigt werden, liegen lediglich drei page impressions vor. Deswegen kann diese Zahl die gewonnene Datenmenge und die wirkenden Netzwerkeffekte ggfs. unrichtig wiedergeben. Das BKartA fasst daher die zwölf page impressions nach einer alternativen Kennzahl zu einem einzigen „visit“ zusammen, d.h. dem Besuch einer Webseite innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens.¹³⁰⁰

Bei sozialen Netzwerken stellt das BKartA jedoch auf die Zahl der „unique visitors“ ab, d.h. auf die Anzahl der Nutzer, die in einem bestimmten Zeitraum die Seite besucht haben, ohne dass die Häufigkeit der Nutzung

1296 Nuys, WuW 2016, 512, 513, 516.

1297 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 289 – *Google Shopping*

1298 *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 7.

1299 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 79; Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 297.

1300 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 79.

eine Rolle spielt.¹³⁰¹ In *Facebook* war beispielsweise die Anzahl der Nutzer maßgeblich, die ein soziales Netzwerk mindestens täglich nutzen.¹³⁰² Damit werden die aktiven Nutzer gezählt. Wie häufig sie mit der Plattform interagieren, wird dabei nicht mehr berücksichtigt, solange sie in einem bestimmten Zeitraum einmal die Seite besucht haben. Die Kommission gibt deswegen zu bedenken, dass diese Kennzahl, die sie „reach“ (Reichweite) nennt, die Marktposition einiger Marktteilnehmer unterschätzen kann.¹³⁰³ Stattdessen ließe sich auf die Aktivität der Nutzer in Minuten abstellen, da so gemessen wird, welcher Dienst für den Nutzer am interessantesten ist und welchem er die größte Aufmerksamkeit schenkt. Um den Grad der Bindung eines Nutzers an einen Dienst zu messen, auf den es für die Marktposition ankomme, sei es wichtiger, dessen langfristige und steti- ge Interaktion mit der Webseite zu messen.¹³⁰⁴ Die Reichweite sei eine näherungsweise ausreichende Berechnungsmethode für Marktanteile bei unentgeltlichen Online-Märkten.¹³⁰⁵ In *Microsoft/LinkedIn* stellte die Kommission außerdem auf den „traffic“, d.h. den Besucherverkehr ab, wobei unklar bleibt, ob damit die visits, unique visits oder page impressions gemeint sind.¹³⁰⁶ In *Microsoft/Skype* wurde auf den „unique user“ abgestellt, womit ein Nutzer gemeint ist, der in einem bestimmten Zeitraum einen Dienst aktiv genutzt hat.¹³⁰⁷

Das BKartA variiert die Berechnungsmethode je nach Plattfortmty: bei sozialen Netzwerken sei auf die unique visitors abzustellen; bei Immobilienplattformen wurde neben dem Transaktionsvolumen ebenfalls auf die unique visitors abgestellt.¹³⁰⁸ Wo es primär auf membership externalities ankommt, wie bei Dating-Plattformen, erachtet das BKartA die Zahl der

1301 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 79; Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 297.

1302 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 400 – *Facebook*.

1303 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 97 Fn. 44 – *Facebook/WhatsApp*.

1304 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 97 Fn. 45 – *Facebook/WhatsApp*.

1305 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 98 – *Facebook/WhatsApp*.

1306 Kommission, Entscheidung v. 6.12.2016, M.8124, Rn. 286 – *Microsoft/LinkedIn*.

1307 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 79 – *Microsoft/Skype*.

1308 BKartA, Entscheidung v. 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15 – *Immonet/Immowelt*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 80.

registrierten Nutzer als maßgeblich.¹³⁰⁹ Bei Suchmaschinen hingegen sei auf den Anteil der bearbeiteten Suchanfragen abzustellen, d.h. auf die Transaktionszahl.¹³¹⁰

bb) Umsatzanteile

Darüber hinaus kann auch für die Ermittlung der Intensität von Netzwerkeffekten eine Berechnung der Umsatzanteile hilfreich sein.

Bei Plattformen können mehrere Plattformseiten zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden.¹³¹¹ Dabei kann es vorkommen, dass nur auf einer Seite kein Preis bezahlt wird. Auf der anderen Seite wird aber ein Entgelt entrichtet und die Anbieter erwirtschaften einen Umsatz. Jede Plattform muss sich auf eine Weise finanzieren, sodass Einnahmen entstehen, die als Marktanteil gemessen werden können.

Das BKartA berücksichtigt in *Facebook* nicht den Umsatzanteil, weil es lediglich auf die Nutzerseite der Plattform ankam, auf der kein Umsatz erwirtschaftet wurde. Vielmehr stellte das BKartA allein auf die Anzahl der täglich aktiven Nutzer ab.¹³¹²

Die Berücksichtigung des Umsatzes hat den Vorteil, dass nicht nur die Anzahl der Nutzer beachtet wird, sondern auch der finanzielle Wert, den die Nutzer aus Sicht der Plattform darstellen. Stellt man auf die Werte der Transaktionen oder der Gebühren ab, ändern sich die Anteile durch hochpreisige Produkte beziehungsweise hohe Gebühren.¹³¹³ Hochpreisige Transaktionen werden so stärker gewichtet als solche mit niedrigen Prei-

1309 BKartA, Entscheidung v. 22.10.2015, B6-57/15, Rn. 132 ff. – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 79. Daneben wurde auch auf die „unique visitors“ abgestellt. S. auch Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 297.

1310 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 80; Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 191 ff. Siehe auch *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 115.

1311 Vgl. zur einheitlichen Abgrenzung bei reziprokem Bedarf oben Kapitel 3 B.IV.2.

1312 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 404 – *Facebook*.

1313 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 109; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 102.

sen.¹³¹⁴ So werden Plattformen mit hohen Transaktionswerten am Umsatz gemessen einen hohen Marktanteil einnehmen, auch wenn ihr Nutzeranteil vergleichsweise gering ist. Kommt es für die Wirkung der Netzwerkeffekte nicht nur allein auf die Anzahl der Nutzer an, sondern auch auf ihre Kaufkraft, wie zum Beispiel bei Handelsplattformen für Luxusgüter, kann es sinnvoll sein, ebenfalls die Umsatzanteile zu berücksichtigen. Kommt es hingegen für die Intensität der Netzwerkeffekte in erster Linie auf die Nutzeranzahl an, sollte diese primär berücksichtigt werden. Eine Handelsplattform mit vielen Nutzern, die vorwiegend günstige Artikel handeln, kann eine starke Marktstellung einnehmen, aber im Vergleich zu einer Plattform für hochpreisige Güter unbedeutend erscheinen, wenn nur der Umsatz betrachtet wird. Eine Plattform mit wenigen Teilnehmern, aber hohen Transaktionswerten wäre demgegenüber überrepräsentiert.

Der Umsatz kann außerdem die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse verzerrt darstellen, wenn das Finanzierungsmodell noch nicht ausgereift ist: WhatsApp beispielsweise erwirtschaftete zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses mit Facebook nur einen geringen Umsatz, weil es sich nicht durch Werbung und nur teilweise durch Mitgliedschaftsgebühren finanzierte.¹³¹⁵ Mit einem werbefinanzierten Geschäftsmodell wie bei anderen sozialen Netzwerken wäre der Umsatz deutlich höher gewesen. Diese nur partielle finanzielle Verwertung der großen Nutzerbasis führte dazu, dass der Umsatz im Vergleich zu den Konkurrenten geringer ausfiel. Während WhatsApp gegenüber den Nutzern dank direkter Netzwerkeffekte eine starke Stellung einnahm,¹³¹⁶ gab der Umsatz des Unternehmens ein anderes Bild wider. Das BKartA stellt daher nur auf die Nutzerzahl ab, wenn sie „nachhaltig“ ist, d.h. wenn sichergestellt ist, dass die Nutzerbasis zur Finanzierung des Geschäftsmodells genutzt wird. Dabei könnte der Erlös pro Nutzer eines werbefinanzierten Dienstes mit dem eines kostenpflichtigen Dienstes verglichen werden.¹³¹⁷ So ist es möglich, auch bei einem

1314 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 125 ff.; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 102. So soll zum Beispiel im Smartphone-Markt Samsung Marktführer nach der Anzahl der verkauften Telefone gewesen sein, Apple jedoch nach Umsatz, vgl. *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 99.

1315 Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 3, 19 f. – *Facebook/WhatsApp*.

1316 Vgl. Kommission, Entscheidung v. 03.10.2014, M.7217, Rn. 41, 129 – *Facebook/WhatsApp*.

1317 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, Az. B6-113/15, 78.

noch nicht ausgereiften Finanzierungsmodell wie bei WhatsApp einen Umsatzanteil zu schätzen.

Der Umsatzanteil sollte zudem nur berücksichtigt werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Wettbewerbsbedingungen auf der unentgeltlichen beziehungsweise entgeltlichen Plattformseite homogen sind. Das ist bei reziprokem Bedarf und beiderseitig positiven indirekten Netzwerkeffekten eine zulässige Annahme.¹³¹⁸ Werden hingegen separate Märkte entlang der Plattformseiten abgegrenzt, weil der Bedarf nicht reziprok ist, kann auch nicht von homogenen Wettbewerbsbedingungen ausgegangen werden. Bei heterogenen Wettbewerbsbedingungen gibt der Marktanteil auf der einen Plattformseite nicht unbedingt Aufschluss über die Marktsituation auf der anderen Seite. Das ist bei Plattformen der Fall, die sich durch Werbung finanzieren. Hier kann der Werbeumsatz grundsätzlich nicht herangezogen werden, um Marktanteile auf einer anderen Plattformseite zu berechnen. Es ist demnach eine Voraussetzung für die Berücksichtigung des Umsatzanteils als Marktanteil, dass der Bedarf reziprok ist. Ist das nicht der Fall, sollte allein auf die Anteile auf der relevanten Plattformseite abgestellt werden.

cc) Gesamtbetrachtung mehrerer Kennzahlen

Es wird in den meisten Fällen der wettbewerblichen Würdigung nutzen, mehrere Kennzahlen wie den Umsatz und die Nutzerzahl zu berücksichtigen und zu vergleichen. Die Marktmachtbestimmung muss vor dem Hintergrund erfolgen, welche Zahl am sachnächsten die Fähigkeit eines Unternehmens zu unabhängigem Verhalten ausdrücken kann.¹³¹⁹

Die Kommission stellt bei einer erheblichen Diskrepanz mehrerer Kennzahlen auf den Wert ab, der ein „besserer Maßstab für die Beurteilung der Stärke eines Unternehmens“ ist.¹³²⁰ Der Umsatzwert sei ein besserer Maßstab als die Mengenzahl der verkauften Produkte, wenn die Produkte

1318 Vgl. oben Kap. 3 B IV.2. sowie *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 388 ff.

1319 Vgl. *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 71.

1320 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 109; Kommission, Entscheidung v. 10.11.1992, IV/33.440, ABl. (EG) 1993 L 116/21, Rn. 22 – *Warner-Lambert/Gillette*; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 102.

heterogen und die Preise hoch differenziert sind.¹³²¹ Die Mengenzahl lässt sich dabei mit der Transaktionszahl bei Handelsplattformen beziehungsweise mit der Zahl der aktiven Nutzer bei sozialen Netzwerken vergleichen.

Die Kommission begründet diese Regel nicht. Tatsächlich birgt das Abstellen auf den Umsatzwert aber die Gefahr einer verzerrten Marktdarstellung, weil hochpreisige Produkte ein vergleichsweise hoher Marktanteil zugeordnet wird, obwohl von ihnen nicht zwangsläufig ein höherer Wettbewerbsdruck ausgeht.¹³²² Anbieter hochpreisiger Produkte werden dadurch benachteiligt. Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb in dem von der Kommission entschiedenen Fall (Nassrasur-Artikel)¹³²³ hochpreisige Produkte stärker gewichtet werden sollten. Schließlich üben gerade in solchen Segmenten mit vergleichsweise niedrigen Preisen günstigere, neue Anbieter einen hohen Wettbewerbsdruck auf ihre Konkurrenten aus.¹³²⁴ Dieser Wettbewerbsdruck wird vernachlässigt, wenn auf den Umsatzwert abgestellt wird. Außerdem ist nicht ersichtlich, weshalb gerade bei hoch differenzierten Preisen und heterogenen Gütern der Umsatz maßgeblich sein müsste. Stattdessen sollte nur dann auf den Umsatz abgestellt werden, wenn der Transaktionswert von Bedeutung für die Wettbewerbsbedingungen ist, was dann der Fall ist, wenn von kaufkräftigen Nutzern stärkere Netzwerkeffekte ausgehen.

In vielen Fällen werden sich die Werte nach den verschiedenen Kennzahlen ähneln, da meistens der Großteil der registrierten Nutzer auch aktiv ist und somit die Plattform mit den meisten Nutzern auch in den anderen Messkategorien hohe Werte erreichen dürfte. In *Google Shopping* stellte die Kommission für die Berechnung des Marktanteils bei allgemeinen Suchmaschinen fest, dass nach allen Berechnungsmethoden Google Marktanteile von über 80% besaß. Das galt für die Anzahl der Suchanfragen, die Nutzeranzahl, die Seitenaufrufe sowie die Sitzungsanzahl.¹³²⁵ Weiterhin wollte

1321 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 109; Kommission, Entscheidung v. 10.11.1992, IV/33.440, ABl. (EG) 1993 L 116/21, Rn. 22 – *Warner-Lambert/Gillette*; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5, Rn. 55.

1322 Vgl. oben Kapitel 4 C.I.5.b)bb).

1323 Kommission, 10.11.1992, IV/33.440, ABl. (EG) 1993 L 116/21, Rn. 22 – *Warner-Lambert/Gillette*.

1324 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines (19.08.2010), 17.

1325 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 275 ff. – *Google Shopping*.

die Kommission den Umsatz pro Suchanfrage berechnen. Von den Suchmaschinenanbietern erhielt sie jedoch keine präzisen und verifizierbaren Werte.¹³²⁶

dd) Berücksichtigung von Offline-Wettbewerb

Ein weiteres Problem der Marktanteilsberechnung von Internetplattformen entsteht, wenn in einem Markt sowohl Offline-, als auch Online-Anbieter tätig sind. Zu dieser Frage hat die französische Autorité de la concurrence in der Prüfung des Zusammenschlusses der beiden französischen Elektronik Einzelhandelsketten Fnac und Darty Stellung genommen.¹³²⁷ Im Vorfeld der Entscheidung hatte die Behörde beobachtet, dass sich die Online- und Offline-Angebote im Elektronikhandel zunehmend angleichen. So wurde der Online-Service verbessert, Lieferungszeiten verkürzt und die Preise glichen sich an. Besonders bei Anbietern, die sowohl online als auch offline verkaufen, wurde eine einheitliche Preispolitik verfolgt, da sich die Verkäufe über die verschiedenen Vertriebskanäle kannibalisieren: ein Preisnachlass in einem Kanal führte zu einem geringeren Absatz im anderen Kanal. Auch aus Verbrauchersicht waren die Angebote zunehmend austauschbar.¹³²⁸

Entscheidend für den Fall war es, den Wettbewerbsdruck zu messen, der von den auf nationaler Ebene agierenden Online-Anbietern auf die lokal tätigen Offline-Händler ausging. Die Autorité de la concurrence hatte in räumlicher Hinsicht lokale Märkte abgegrenzt, die die Einzugsgebiete der Offline-Händler umfassten.¹³²⁹ Zwar waren die Umsätze der Offline-Anbieter in den jeweiligen Einzugsgebieten bekannt. Es fehlten jedoch entsprechende Daten der Online-Händler. Deswegen schätzte die Autorité de la concurrence den Marktanteil der Online-Händler mithilfe einer Prämisse: Die Behörde nahm an, dass die Online-Händler denselben Marktanteil in allen lokalen Märkten besaßen. Dafür sprach, dass die Marktbedingungen den Online-Händlern zufolge landesweit homogen waren. Außerdem war die Bereitschaft der Verbraucher, zu Online-Angeboten zu wechseln, in jedem lokalen Markt vergleichbar. Der Wettbewerbsdruck, der von den

1326 Kommission, Entscheidung v. 27.06.2017, AT.39740, Rn. 275 ff., Fn. 271 – *Google Shopping*.

1327 Autorité de la concurrence, 27.07.2016, Décision n° 16-DCC-111 – *Fnac/Darty*.

1328 *Genevaz/Vidal*, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 30, 31 f. (2017).

1329 *Genevaz/Vidal*, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 30, 33 f. (2017).

Online-Händlern in Richtung der Offline-Anbieter ausging, war demnach landesweit einheitlich. Es galt somit:

$$\frac{\text{Nationaler Offline – Umsatz}}{\text{Nationaler Online – Umsatz}} = \frac{\text{Lokaler Offline – Umsatz}}{\text{Lokaler Online – Umsatz}}$$

Mit dieser Annahme wurde dann der nationale Online-Umsatz auf die lokalen Märkte übertragen. Dafür wurden zuerst die gesamten Offline-Verkäufe in allen lokalen Märkten errechnet (Umsatz (national; offline)). Außerdem wurde der Gesamtumsatz der Online- und Offline-Verkäufe aller Anbieter auf nationaler Ebene errechnet (Umsatz (national; gesamt)). Dann schätzte die Behörde die Online-Umsätze in den lokalen Märkten anhand des Verhältnisses der nationalen Online-/Offline-Umsätze. Dadurch vergrößerten sich die lokalen Märkte um ungefähr 10% und die Marktanteile der lokalen Offline-Anbieter sanken entsprechend.¹³³⁰

Der Marktanteil eines Offline-Anbieters A in seinem lokalen Einzugsgebiet in einem gemeinsamen Online- und Offline-Markt (Marktanteil (A; gesamt)) berechnet sich dann wie folgt:

$$\text{Marktanteil}(A; \text{gesamt}) = \frac{\text{Umsatz (national; offline)}}{\text{Umsatz (national; gesamt)}} \times \text{Marktanteil}(A; \text{offline})$$

ee) Die Schwelle zur Marktbeherrschung: das „tipping“

Nach der Berechnung des Marktanteils stellt sich die Frage, ab welchem Schwellenwert regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ab einem Marktanteil von 40% vermutet. Im Unionsrecht gilt eine vergleichbare Vermutung ab einem Anteil von 50-70%.¹³³¹

Diese Werte sind jedoch auf Wirtschaftssektoren ausgerichtet, in denen Marktmacht anhand des Umfangs der Produktionskapazitäten definiert wird. Entsteht Marktmacht demgegenüber durch Netzwerkeffekte, können andere Anteilsschwellen geeignet sein. Auf Märkten, auf denen Netzwerkeffekte wirken, verfolgen die Anbieter das Ziel, die Netzwerkeffekte auf einer einzigen Plattform zu bündeln. Dies verschafft der Plattform

1330 *Genevaz/Vidal*, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 30, 34 f. (2017).

1331 Siehe oben Kapitel 1 A.II.

Marktmacht und die Möglichkeit, höhere Preise zu fordern. Die Plattform mit den meisten Nutzern wird aufgrund der Netzwerkeffekte weitere Nutzer anziehen. Netzwerkmärkte tendieren daher dazu, dass es einen einzigen dominanten Anbieter gibt. Dabei gibt es einen Zeitpunkt, an dem der Markt zugunsten eines Anbieters „kippt“. Dieser Zeitpunkt wird „tipping“ genannt.¹³³² Erst ab diesem tipping-Punkt wird deutlich, welches Unternehmen die Netzwerkeffekte derart in sich bündelt, dass es sich von anderen Unternehmen unabhängig verhalten kann.¹³³³ Die Netzwerkeffekte sorgen ab dem tipping dafür, dass die Nutzer nur zu dem größten Netzwerk wechseln, während andere Netzwerke stetig unattraktiver werden. Zu diesem Zeitpunkt steht der Sieger im „winner-takes-it-all“-Markt fest.¹³³⁴ Ist es noch nicht zu einem tipping gekommen, kann sich kein Unternehmen unabhängig von seinen Wettbewerbern verhalten, da alle Marktteilnehmer noch um die Marktherrschaft konkurrieren. Erst ab dem tipping-Punkt ist die Schwelle zur Marktbeherrschung überschritten.¹³³⁵

Das BKartA fordert jedoch für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung nicht, dass es zu einem tipping bereits gekommen sein muss. In *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)* bejahte es das Vorliegen einer beherrschenden Stellung, ließ aber offen, ob ein tipping drohte oder bereits eingesetzt hat.¹³³⁶ In *Facebook* stellte das BKartA zwar fest, dass im Markt für soziale Netzwerke ein tipping-Prozess stattfindet, der zugunsten des Quasimonopolisten Facebook entschieden sei. Dies wurde allerdings nicht als Voraussetzung für die Marktbeherrschung angesehen.¹³³⁷

Das BKartA erklärt jedoch nicht, weshalb in einer Situation vor dem tipping-Punkt, in der der Markt auch zugunsten eines anderen Unternehmens kippen könnte, die marktbeherrschende Stellung feststehen kann. Es mag denkbar sein, dass das Unternehmen sich bis zu einem gewissen Grad

1332 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 142 – *Online-Dating-Plattformen*; Esser/Höft, NZKart 2017, 259, 263; Podszun/Kreifels, EuCML 2016, 33, 36; Podszun/Schwalbe, NZKart 2017, 98, 100.

1333 Vgl. Louven, NZKart 2018, 217, 220.

1334 Körber, ZUM 2017, 93, 95; Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1699.

1335 So auch Silva, *Concurrences* 2018 (2), 39, 45. Dabei gibt sie die Ansicht ihrer Behörde wider, s. Autorité de la concurrence, 1.2.2018, Az. 18-DCC-18 – *Axel Springer/Concept Multimedia*. Ebenso Filistrucchi, in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* (2018), 37, 41; Schweitzer/Haucap/Kerber u. a., *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 40, 61.

1336 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 169 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*.

1337 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 387, 432 ff. – *Facebook*.

bereits vor dem tipping unabhängig verhalten kann. Solange das tipping nicht erreicht ist, wird es jedem Marktteilnehmer aber darum gehen, die Marktführung zu erlangen. Aus ihrer Sicht sind alle Anbieter dazu gezwungen, da sie sonst im winner-takes-all-Markt nicht weiter bestehen könnten. Dadurch wird ihr Verhaltensspielraum maßgeblich eingeschränkt. Vor dem tipping ist demnach jedes Unternehmen starkem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Vorzugswürdig ist es daher, erst ab dem tipping-Zeitpunkt das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu bejahen. Zu Recht merkte die Monopolkommission zu der Entscheidung an, dass nur auf Basis einer Analyse der mit indirekten Netzwerkeffekten zusammenhängenden Gefahr eines tippings die damit einhergehenden absichernden Wirkungen der Marktstellung hinreichend belegt werden können.¹³³⁸

Damit bleibt jedoch die Frage unbeantwortet, ab welchen Marktanteilen eine beherrschende Stellung angenommen werden kann. Dass es ab einem Marktanteil von 40% oder 50% zu einem tipping kommt, lässt sich pauschal nicht festlegen. Entscheidend ist auch nicht alleine die absolute Höhe der Marktanteile, sondern außerdem der relative Abstand des Marktanteils zu den Marktanteilen der Konkurrenten des Unternehmens.¹³³⁹ Halten beispielsweise zwei Unternehmen vergleichbar hohe Marktanteile von 40%, ist der Markt noch zugunsten keines der Unternehmen gekippt. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob die Vermutung in § 18 Abs. 4 GWB auch bei Plattformen Anwendung finden sollte.¹³⁴⁰ Jedenfalls sollte es niedrigeren Anforderungen unterliegen, die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB zu widerlegen, wenn die Anzeichen für ein tipping im Übrigen fehlen.¹³⁴¹ Hält hingegen ein Unternehmen sehr hohe Marktanteile, während die übrigen Unternehmen lediglich Bruchteile dessen besitzen, scheint der Markt bereits gekippt zu sein.

Das BKartA stellt für die Bewertung des Fortschritts des tipping-Prozesses auf den ökonomischen Begriff der „installierten Basis“ eines Netzwerks ab, wobei sowohl die Nutzerzahl, als auch die Wechselmöglichkeiten einfließen.¹³⁴² Dem ist insofern zuzustimmen, als dass das tipping jedenfalls

1338 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 767.

1339 Die relative Höhe der Marktanteile ist auch herkömmlich für die Marktmachtbestimmung relevant, vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 88.

1340 So auch BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 401 – *Facebook/Telle*, in: Taeger, Recht 4.0, 421, 428.

1341 Ähnlich *Tamke*, NZKart 2018, 503, 508.

1342 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 405 – *Facebook*.

nicht singular anhand des Marktanteils bestimmt werden kann, sondern nur aufgrund einer umfassenden Markt Betrachtung, in der mehrere Faktoren berücksichtigt werden.

Im Ergebnis lässt sich daher sowohl im analogen als auch im digitalen Sektor Marktmacht anhand von Marktanteilen bestimmen. Dabei bestehen einige wichtige Unterschiede zwischen den Sektoren. Marktmacht ergibt sich bei Plattformen perspektivisch auf andere Weise. Dass der Grund für Marktmacht nicht Produktionskapazitäten, sondern Netzwerkeffekte sind, sollte bei der Marktmachtbestimmung stets berücksichtigt werden.

Festzuhalten ist somit, dass die Marktmacht von Internetplattformen sich aus Netzwerkeffekten ergibt, was mit dem CEHR-Test sowie mit Umsatz- und Nutzeranteilen nachgewiesen werden kann. Ein Unternehmen beherrscht den Markt erst zu dem Zeitpunkt, zu dem zu seinen Gunsten ein tipping stattgefunden hat.

6. Die Aussagekraft von Marktanteilen

Marktanteile spiegeln die wettbewerbliche Situation, in der sich ein Unternehmen befindet, jedoch nicht in allen Fällen vollumfänglich wider. Oben wurde bereits eine Reihe an Faktoren aufgelistet, die die Marktmacht von Plattformen einschränken und die Aussagekraft von Marktanteilen relativieren.¹³⁴³ Trotz hoher Marktanteile muss ein Unternehmen seinen Markt nicht beherrschen, wenn es beispielsweise in einem dynamischen Markt tätig ist oder die Produkte einen hohen Differenzierungsgrad aufweisen. Umgekehrt kann ein Unternehmen trotz niedriger Marktanteile eine erhebliche Marktmacht ausüben, wenn es ein competitive bottleneck darstellt. Zu diesen Faktoren kommen weitere Aspekte, die die Aussagekraft von Marktanteilen in grundsätzlicher Weise infrage stellen:

a) Subjektivität der Marktabgrenzung

Die Höhe der Marktanteile ist stets davon abhängig, welcher Markt abgegrenzt wurde. Wird ein enger Markt abgegrenzt, steigen die Marktanteile der Unternehmen in dem Markt. Bei einer weiten Marktabgrenzung sind die Marktanteile naturgemäß niedriger. Die Marktabgrenzung kann daher als eine Stellschraube in der Marktmachtbestimmung betrachtet werden.

1343 Siehe oben Kapitel 4 B.II.

Die Marktabgrenzung ist jedoch von subjektiven Prioritäten abhängig. Nach dem Bedarfsmarktkonzept kommt es auf die funktionale Austauschbarkeit der Produkte aus Verbrauchersicht an. Welche Produkte als funktional austauschbar angesehen werden, kann jedoch von Verbraucher zu Verbraucher variieren. So bietet das Bedarfsmarktkonzept eine Vielzahl an Einfallstoren für subjektive Bewertungen.¹³⁴⁴ Je nach persönlichem Geschmack sind bestimmte Produkte austauschbar oder nicht austauschbar: viele Verbraucher vertrauen traditionell einer bestimmten Marke, ohne andere Anbieter zu berücksichtigen. Außerdem haben Produkte bei einem höheren Preis häufig eine höhere Qualität.¹³⁴⁵ Einige Verbraucher bezahlen den höheren Preis, um ein haltbares Produkt zu erhalten, andere halten auch das kostengünstigere für ausreichend und würden das teure Produkt nicht erwerben. Das kann dazu führen, dass die Ansichten über die Austauschbarkeit von Produkten erheblich auseinandergehen.

Klaue und *Knöpfle* bezeichnen aus diesen Gründen die Marktabgrenzung als willkürlich. Ein Anzeichen dafür sei die Tatsache, dass die verschiedenen Gerichte des Instanzenzuges die Märkte häufig anders abgrenzen, obwohl es sich um denselben Fall handelt.¹³⁴⁶ *Kaplow* und *Whish* zufolge machen die Behörden sich meist zunächst ein intuitives Bild von der Marktmacht eines Unternehmens, woraufhin dann die Marktabgrenzung angepasst wird.¹³⁴⁷ Dabei machen sie sich die Dehnbarkeit des relevanten Marktes zunutze:

1344 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 121.

1345 *Knöpfle*, DB 1990, 1385, 1390.

1346 *Klaue*, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Schwerpunkte des Kartellrechts 1987/88, 51, 54; *Knöpfle*, DB 1990, 1385, 1390. *Knöpfle* liefert dazu das Beispiel des sieben Jahre andauernden Verfahrens zum Zusammenschluss von Gruner+Jahr mit dem Zeit-Verlag, in dem von den verschiedenen Instanzen drei verschiedene Märkte abgegrenzt wurden – *Knöpfle*, DB 1990, 1385, Fn. 43. Anzumerken ist aber, dass es gerade die Funktion des Instanzenzuges ist, zu verschiedenen Ansichten kommen zu können. Würden alle Instanzen stets zu dem gleichen Ergebnis kommen, wären Rechtsmittel überflüssig.

1347 „I’ve been in this business long enough to remember market definition when it was a sort of intuitive skill of the Commission to decide what the relevant market was... market definition by its nature is uncertain... then the market share test was introduced in the block exemptions... and so in a sense, we all learned how to do market definition and I think there were a lot of lawyers who rather preen themselves to be economists now – aren’t we good? We can also do open heart surgery at the weekends.” – *Whish*, Seminar der Konkurrentenverket, Stockholm, 3.11.2017, “Pros and Cons of Market Definition”,

“Under any plausible criterion for deeming one market definition to be better than another — the central question in any market definition analysis — the only way of applying the criterion presupposes that one has already formulated a best estimate of market power. However, since the only purpose of the market definition inquiry is to aid in making inferences about market power, the entire procedure is revealed to be pointless.”¹³⁴⁸

Vor dem Hintergrund, dass die Marktabgrenzung von einer Vielzahl von subjektiven Einflüssen abhängt, sollte der im relevanten Markt ermittelte Marktanteil mit Vorsicht berücksichtigt werden. Stattdessen stellt der Marktanteil das primäre Kriterium in der Marktmachtbestimmung dar.¹³⁴⁹ Zwar betont die Rspr., dass Marktanteile alleine nicht ausreichen, um das Vorliegen einer beherrschenden Stellung zu ermitteln, sondern dass auch andere Faktoren zu Rate gezogen werden müssen.¹³⁵⁰ § 18 Abs. 3 und Abs. 3a GWB liefern eine Liste an Faktoren neben dem Marktanteil, die eine Rolle spielen sollen. Gleichzeitig wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung aber gemäß § 18 Abs. 4 GWB ab einem Marktanteil von 40% im deutschen Recht und ab einem Marktanteil von 50-70% im Unionsrecht vermutet, während die übrigen Faktoren lediglich sekundär Berücksichtigung finden.¹³⁵¹

Außerdem können hohe Marktanteile eine prädisponierende Wirkung auf die Entscheidungsfindung entfalten. In diesem Zusammenhang ist der unter anderem von *Kahneman* beschriebene „Ankereffekt“ zu beachten: der Begriff beschreibt das Phänomen, dass Personen einen Sachverhalt, z.B. eine Schätzfrage unterschiedlich beurteilen, wenn sie vor ihrem Urteil eine besonders hohe oder niedrige Zahl wahrgenommen haben, auch wenn diese Zahl keinerlei Bezug zum Sachverhalt hat. Die Zahl bildet dann einen „Anker“ für die Bewertung des Sachverhalts.¹³⁵² Zu einer Fehler wird dieses Verhalten, wenn anschließend keine angemessene Korrektur

abrufbar unter <http://www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/pros-and-cons-2017/>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018; vgl. auch *Emmerich*, AG 1984, 309, 311.

1348 *Kaplow*, 142 Harvard L. Rev. 437, 516 (2010).

1349 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 104.

1350 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 75; Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 99 – *Facebook/WhatsApp*.

1351 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 104.

1352 *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 119 ff. Für praktische Beispiele siehe *Bennett*, 104 J. Criminal L. & Criminology 489 (2014); *Englich*, 28 L. & Pol'y 497,

tur des Ausgangswertes stattfindet und das Ergebnis in Richtung des Ausgangswertes verzerrt bleibt.¹³⁵³

In dieser Weise könnte auch ein hoher Marktanteil das Urteil über die Marktbeherrschung beeinflussen. Würde zum Beispiel von der Kartellbehörde ein enger Markt abgegrenzt, in dem das betreffende Unternehmen aufgrund der engen Marktabgrenzung einen hohen Marktanteil besitzt, spricht der erste Eindruck dieses Anteils aus der Sicht eines Richters für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei könnte jedoch der Marktanteil aufgrund einer zu engen Marktabgrenzung ein falsches Bild der Wettbewerbsverhältnisse vermitteln. Der prägende Ersteindruck eines hohen Marktanteils führt dann jedoch dazu, dass die übrigen Faktoren der wettbewerblichen Würdigung nicht im ausreichenden Maße gewichtet werden. Das Gericht unterliegt dann dem Ankereffekt.

Festzuhalten ist damit, dass die Aussagekraft von Marktanteilen durch eine Reihe subjektiver Faktoren relativiert wird.

b) Die erforderliche Höhe des Marktanteils

Weiterhin ist es aus ökonomischer Perspektive bislang offen, ab welchem Marktanteil eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Zwar suggerieren die Schwellenwerte der Vermutungsregelungen, dass es einen festen Marktanteil gibt, ab dem das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung angenommen werden könnte. Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ab einem Marktanteil von 40% vermutet. Im Unionsrecht liegt die Schwelle bei 50-70%.¹³⁵⁴ Dabei lässt bereits die Differenz zwischen den beiden Vermutungsregelungen erahnen, dass es keinen universellen Marktanteilsschwellenwert für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gibt. Tatsächlich ist weder die deutsche noch die europäische Anteilsschwelle ökonomisch indiziert. Zwar begründete die Bundesregierung die Anhebung der Vermutungsschwelle von einem Marktanteil von einem Drittel auf 40% in der 8. GWB-Novelle folgendermaßen:

500 (2006); *Englich/Mussweiler/Strack*, 32 *Personality & Soc. Psychol. Bull.* 188 (2006). Für die ähnliche Wirkung des Konzepts „Take the best“ siehe *Gigerenzer/Goldstein*, in: *Gigerenzer/Todd*, *Simple Heuristics That Make Us Smarter*, 75, 80 f.

1353 *Korch*, *Haftung und Verhalten*, 40.

1354 S. o. Kapitel 1 A.II.

„Dabei wird die bisherige Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel maßvoll auf 40 Prozent angehoben, um das Gesetz an den Stand ökonomischer Erkenntnisse anzupassen und der Fortentwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes Rechnung zu tragen. Die behördliche Praxis hat gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkommt.“¹³⁵⁵

Es wird dabei nicht erklärt, weshalb ein Anteil von 40% angemessen sein soll, statt von beispielsweise 50% oder 60%.¹³⁵⁶ Außerdem gibt es tatsächlich keine ökonomischen Erkenntnisse, nach denen Marktmacht ab einem Marktanteil von 40% vermutet werden könne. Vielmehr fehlt nach der h. M. in der ökonomischen Forschung der Nachweis eines Zusammenhangs zwischen bestimmten Marktanteilen und Marktmacht.¹³⁵⁷ Zwar wurden seit den 1960er Jahren zahlreiche Studien zu diesem Zusammenhang durchgeführt.¹³⁵⁸ Sie finden z.B. eine Korrelation zwischen einem erhöhten Herfindahl-Hirschman-Index oder hohen Marktanteilen und dem Preisniveau eines Marktes.¹³⁵⁹ Die Studien haben die ökonomische Forschungsgemeinschaft jedoch aus drei Gründen nicht überzeugen können:¹³⁶⁰

Erstens hängt die Höhe der Marktanteile von der subjektiven Marktabgrenzung ab. Die Marktabgrenzung ist dehnbar, sodass sich mit einer entsprechenden Marktabgrenzung stets Märkte finden lassen, in denen ein bestimmtes Preisniveau herrscht. Je nach Marktabgrenzung korrelieren dann

1355 Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle, BTDr. 17/9852, S. 23.

1356 Vgl. *Kaplow*, 142 *Harvard L. Rev.* 437, 515 (2010).

1357 *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, Rn. 3-018 f.; *Cameron/Glick*, 17 *Manag. & Dec. Econ.* 193, 199 (1996); *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organisation*, 259 ff., 265; *Kerber*, in: *Apolte/Bender/Berg u. a., Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, 369, 407; *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, 60 f.

1358 Siehe z.B. für den Markt für Finanzdienstleistungen *Rhoades*, 37 *J. Econ. Bus.* 343 (1985). Für das produzierende Gewerbe siehe *Bain*, 65 *Quart. J. Econ.* 293 (1951). Allgemein siehe *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organisation*, 259 ff.; *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, 58 ff.

1359 Der HHI ist eine Kennzahl zur Messung von Konzentration im Markt. Er wird berechnet durch die Summe der quadrierten Marktanteile aller Marktteilnehmer, vgl. *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, Rn. 3–16. Es gibt auch Studien, die direkt an individuelle Marktanteile statt an die Marktkonzentration anknüpfen, vgl. *Hildebrand*, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 136.

1360 Vgl. insg. *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organisation*, 259 ff.

Marktanteile und das Preisniveau miteinander oder stehen in keinem Zusammenhang.¹³⁶¹

Zweitens sind die empirischen Ergebnisse widersprüchlich. So gibt es Märkte mit hoher Konzentration und hohem Wettbewerbsdruck sowie umgekehrt Märkte mit niedriger Konzentration und niedrigem Wettbewerbsdruck. Die Marktstruktur wirkt sich dort nicht in der prognostizierten Weise auf die Marktergebnisse aus.¹³⁶²

Drittens stellen die Studien als Maßstab für Marktmacht auf die Profitabilität des Unternehmens ab.¹³⁶³ Dies ist zwar in der Ökonomie eine gängige Definition für Marktmacht.¹³⁶⁴ Die juristische Definition ist jedoch davon zu unterscheiden. Eine beherrschende Stellung hat ein Unternehmen inne, wenn es sich unabhängig verhalten kann und die Preise selbständig festsetzt.¹³⁶⁵ Ein Unternehmen kann aber hoch profitabel sein, ohne sich von seinen Wettbewerbern unabhängig verhalten zu können, z.B. weil die Profitabilität in der gesamten Branche hoch ist. Außerdem sind auch hier die empirischen Ergebnisse widersprüchlich. So gibt es Studien, die lediglich einen schwachen Zusammenhang von Profitabilität und Marktkonzentration finden.¹³⁶⁶

Zusammenfassend gibt es keinen bestimmten Marktanteilsschwellenwert, der für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung spricht. Die Vermutungswerte im deutschen und europäischen Kartellrecht sind ökonomisch nicht indiziert. Daher kann nur eingeschränkt aus bestimmten Marktanteilen Marktmacht gefolgert werden.

Insgesamt wird die Aussagekraft des Marktanteils durch einige spezifisch den Internetplattformen zuzuschreibenden, aber auch durch grundsätzliche Zweifel relativiert. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* und die OECD erwägen daher, im Bereich der Internetplattformen das Missbrauchsverbot zu reformieren, sodass eine Marktabgrenzung nicht mehr erforderlich ist und stattdessen auf andere Weise ein durch Wettbewerb

1361 *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, Rn. 3–19; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 59 ff; *Wingarter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 145.

1362 *Kerber*, in: Apolte/Bender/Berg u. a., Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, 369, 407.

1363 *Bain*, 65 Quart. J. Econ. 293 (1951); *Carlton/Perloff*, Modern Industrial Organization, 259 ff; *Rhoades*, 37 J. Econ. Bus. 343 (1985).

1364 *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, Rn. 3-002.

1365 Vgl. oben Kapitel 1 A.II.

1366 *Schmalensee*, in: Schmalensee/Willig, Handbook of Industrial Organization, 951, 973 ff.

nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum festgestellt werden müsste.¹³⁶⁷ Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, den Marktanteil nicht als einzigen Indikator für Marktmacht zu verwenden, sondern in einer Gesamtbetrachtung unterschiedliche Faktoren zu berücksichtigen. Die US-amerikanische und europäische Rspr. stellen neben dem Marktanteil unter anderem auf das Unternehmensverhalten ab:

II. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator

1. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator in der Rechtsprechung

Die Rspr. in den USA gibt den Klägern die Möglichkeit, market power im Sinne des Sec. 1 Sherman Act entweder anhand hoher Marktanteile oder anhand unmittelbarer Beweise („direct evidence“) nachzuweisen. Für einen unmittelbaren Beweis muss dargelegt werden, dass das Unternehmen die Preise kontrollieren, Wettbewerb verhindern oder die Ausbringungsmenge reduzieren kann.¹³⁶⁸ Diese Indizien sollen sogar stichhaltiger sein als ein hoher Marktanteil, der trügerisch sein könne.¹³⁶⁹ Eine Markt- abgrenzung ist – zumindest bei horizontalen Absprachen – nicht mehr erforderlich, wenn ein wettbewerbsschädliches Verhalten nachgewiesen wurde.¹³⁷⁰ Der Grund dafür ist, dass der Zweck der Markt- abgrenzung und Marktmachtbestimmung ohnehin darin liegt, das Vorliegen eines wettbe- werbsschädlichen Verhaltens zu ermitteln.¹³⁷¹

Auch der EuGH stellt auf das Verhalten des Unternehmens als Markt- machtsindikator ab, jedoch nicht alternativ, sondern als zusätzliches Argu- ment kumulativ neben der Markt- abgrenzung und der Ermittlung der

1367 Pike, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 9, 13; Schweitzer/Haucap/Kerber u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 34.

1368 *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460–461 (1986); *Hawk*, United States, Common Market and International Antitrust, Vol. II, 567; *K.M.B. Warehouse v Walker MFG*, 61 F.3d 123, 129 (2d Cir. 1996); *Todd v. Exxon*, 275 F.3d 191, 206–207 (2d Cir. 2001); *Tops Markets v Quality Markets*, 142 F.3d 90, 98 (2d Cir. 1998); *Toys "R" Us v. FTC*, 221 F.3d 928, 937 (7th Cir. 2000); *Toys "R" Us v. FTC*, 221 F.3d 928, 937 (7th Cir. 2000).

1369 *Todd v. Exxon*, 275 F.3d 191, 206–207 (2d Cir. 2001); *U.S. v. American Express*, Docket No. 15-1672, 42 f. (2d Cir. Sep. 26, 2016).

1370 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 11, Fn. 7 (2018).

1371 *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460 (1986).

Marktanteile.¹³⁷² Die Marktabgrenzung ist in der europäischen Rspr. eine notwendige Bedingung für den Nachweis von Marktmacht. So entschied der EuGH in *United Brands*, dass es in der Marktmachtbestimmung zweckmäßig sein kann, gegebenenfalls Tatsachen zu berücksichtigen, die im Verfahren als missbräuchliches Verhalten angeführt worden sind, ohne dass damit ein Missbrauch bereits als festgestellt gelten müsste.¹³⁷³ In *Hilti* entschied das EuG, dass es zulässig ist, vom Missbrauch auf das Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung zu schließen, wenn das Verhalten nur einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung möglich ist.¹³⁷⁴ In *Hoffmann-La Roche* und *Intel* entschieden der EuGH bzw. die Kommission, dass das Fordern von Treuerabatten unter bestimmten Voraussetzungen nur Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung möglich sei und eine solche Praxis das Vorliegen dieser Stellung indiziert.¹³⁷⁵ Die Kommission stellte in *Michelin I* fest, dass ein Hersteller mit einer starken Marktposition seinen Händlern Bedingungen auferlegen kann, die nicht unbedingt mit den Bedingungen übereinstimmen, die auf einem Markt gelten würden, auf dem ein wirksamer Wettbewerb besteht. Wie oft in solchen Fällen stehe die Feststellung einer beherrschenden Stellung daher in einem engen Zusammenhang mit dem Nachweis ihres Missbrauchs.¹³⁷⁶ In *Michelin II* sah die Kommission in der Geschäftspraxis des Unternehmens, in großem Maße Treuerabatte zu gewähren, die erst mit erheblicher Verzögerung ausbezahlt wurden, einen „klaren Beweis“ für die beherrschende Stellung des Unternehmens. Die Händler waren im Fall gezwungen, Michelin-Reifen in Erwartung der erst im Folgejahr auszuzahlenden Rabatte zunächst unter Einstandspreis, d.h. mit Verlust weiterzuverkaufen.¹³⁷⁷ Letztlich sahen die Kommission und das EuG in *TACA* die durch hohe Marktanteile ausgelöste Vermutung zugunsten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung dadurch bestätigt, dass das Unternehmen eine

1372 O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 165; Schröter/Bartl, in: v. d. Groeben/Schwarze, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 102 AEUV, Rn. 118.

1373 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 68 – *United Brands*.

1374 EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 87, 93 – *Hilti*.

1375 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 76 – *Hoffmann-La Roche*; Kommission, 13.5.2009, COMP/37.990, Rn. 910 – *Intel*.

1376 Kommission, 07.10.1981, IV/29.491, ABl. (EG) 1981 L 353/33, Rn. 35 – *Michelin I*.

1377 Kommission, 29.06.2001, 36.041, ABl. (EU) 2002 L 143/1, Rn. 198 f. – *Michelin II*.

diskriminierende Preisstruktur aufrechterhalten konnte.¹³⁷⁸ In diesen Fällen ging die Rspr. davon aus, dass die fallgegenständlichen missbräuchlichen Verhaltensweisen Marktmacht indizierten.

Die deutsche Rspr. hat soweit ersichtlich keine vergleichbare Indizwirkung bejaht. § 18 GWB stellt nicht auf bestimmte Verhaltensweisen ab, um das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung festzustellen.¹³⁷⁹ Der Schwerpunkt der in § 18 Abs. 3 GWB aufgelisteten Kriterien liegt auf der Marktstruktur und in § 18 Abs. 3a GWB auf bestimmten Besonderheiten von Plattformen.¹³⁸⁰ Das Unternehmensverhalten wird nicht als Faktor aufgezählt.

2. Zulässigkeit im deutschen Kartellrecht

Auch im deutschen Kartellrecht ist es denkbar, auf das Unternehmensverhalten bei der Ermittlung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Dagegen sprechen weder der Wortlaut der §§ 18, 19, 36 GWB (a) noch ein vermeintlicher Zirkelschluss (b):

a) Wortlaut

In der Literatur wurde gegen die Berücksichtigung des Unternehmensverhaltens eingewendet, eine solche Marktmachtbestimmung sei mit dem Wortlaut der §§ 18, 19, 36 GWB nicht vereinbar:

Im deutschen Recht erwähnen §§ 18, 19, 36 GWB den Begriff der marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich. § 18 Abs. 1 GWB spricht sogar von einem „sachlich und räumlich relevanten Markt“. Auch § 18 Abs. 2 GWB erwähnt den „räumlich relevanten Markt“, und § 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB den Marktanteil, der durch die Vermutung in § 18 Abs. 4 GWB eine herausragende Bedeutung erlangt.¹³⁸¹ Daher verbietet es der Wortlaut der Normen,

1378 EuG, 30.9.2003, T-191/98, Slg. 2003 II, 3275, Rn. 904 – *Atlantic Container Line u.a./Kommission*; Kommission, 16.9.1998, IV/35.134, ABl. (EG) 1999 L 95/1, Rn. 533 ff. – *TACA*.

1379 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 124.

1380 *Kühnen*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 68 ff.

1381 *Habne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 228 f.

wie im amerikanischen Recht auf eine Marktabgrenzung zu verzichten.¹³⁸² Außerdem gilt im Rahmen des § 18 GWB das „Marktmachtkonzept“. Danach lässt sich wirtschaftliche Macht nicht allgemein anhand von abstrakten, von einem Markt losgelösten Kriterien wie der Unternehmensgröße, sondern nur innerhalb konkret abgegrenzter Märkte bestimmen.¹³⁸³ Letztlich wäre selbst bei einer Änderung des Wortlauts der §§ 18, 19, 36 GWB ein Verzicht auf die Marktabgrenzung *de lege ferenda* kritisch zu sehen, da der Amtsermittlungsgrundsatz das Bundeskartellamt dazu zwingt, den Sachverhalt umfassend zu ermitteln, § 57 Abs. 1 GWB, §§ 24, 26 VwVfG. Bei der Bestimmung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung gehört dazu auch die Ermittlung der Marktanteile des Unternehmens.

Wurmnest zufolge soll auch Art. 102 AEUV eine Marktabgrenzung erfordern, da eine „teleologische Reduktion des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung ... nicht möglich [ist], entscheidet dieses Tatbestandsmerkmal doch darüber, ob ein Unternehmen erhöhten Verhaltensanforderungen unterworfen wird oder nicht.“¹³⁸⁴ Einer teleologischen Reduktion bedarf es aber erst, wenn der Wortlaut die Marktabgrenzung tatsächlich vorschreiben würde. Art. 102 AEUV spricht aber, anders als § 18 GWB, nicht ausdrücklich von einem sachlich und räumlich relevanten Markt, sondern lediglich von einer beherrschenden Stellung. Damit fehlt außerdem der Wortlautbezug der beherrschenden Stellung zum Markt, wie es im deutschen Recht mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung zum Ausdruck kommt. Die englische und französische Fassung sprechen ebenfalls jeweils von einer „dominant position“ bzw. „position dominante“, ohne auf einen relevanten Markt Bezug zu nehmen.¹³⁸⁵

Das Erfordernis einer Marktabgrenzung könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass Art. 102 AEUV eine beherrschende Stellung „auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben“ fordert. Dies stellt jedoch ein Spürbarkeitskriterium dar: Art. 102 AEUV soll nicht Machtmissbräuche auf lokalen oder regionalen Märkten verhindern, sondern schützt die

1382 *Habne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 228 ff.; *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 126; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 267.

1383 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 22; *Kühnen*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 10; *Paschke*, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 238.

1384 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 267. Kritisch gegenüber dem verhaltensbasierten Ansatz auch *Roth*, in: Schmidtchen/Albert/Voigt, The More Economic Approach to European Competition Law, 37, 39.

1385 *Wingarter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 194.

Wirtschaftsordnung des Binnenmarkts. Damit ist eine binnenmarktrelevante beherrschende Stellung erforderlich.¹³⁸⁶ Um diese festzustellen, ist aber keine Marktabgrenzung erforderlich, die die Substituierbarkeit von Produkten prüft. Vielmehr prüft der EuGH das Gebiet, in dem das betreffende Unternehmen tätig ist und entscheidet, ob die dortige wirtschaftliche Tätigkeit ausreichend umfangreich ist, um eine unionsweite Bedeutung aufzuweisen.¹³⁸⁷ Dafür wird nicht die Austauschbarkeit der Produkte betrachtet, sondern das tatsächliche Tätigwerden des Unternehmens. Die Spürbarkeitsprüfung erfordert demnach keine Marktabgrenzung.

Dieses europäische Verständnis könnte auch Einfluss auf die Auslegung der deutschen Normen haben, da Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 vorschreibt, dass die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedsstaaten im Falle der Anwendung ihres mitgliedstaatlichen Missbrauchsverbots ebenfalls Art. 102 AEUV anwenden.

Der Wortlaut der §§ 18, 19, 36 GWB verbietet es jedoch nicht, das Unternehmensverhalten neben der Marktabgrenzung als zusätzliches Argument in der Marktmachtbestimmung zu berücksichtigen. Zwar führt § 18 Abs. 3 GWB das Verhalten nicht als Marktmachtfaktor auf. Der Norm zufolge sollen jedoch lediglich „insbesondere“ die genannten Faktoren berücksichtigt werden. Die Liste ist damit nicht abschließend und die Marktmachtbestimmung grundsätzlich offen für andere Faktoren, die in § 18 Abs. 3 GWB nicht aufgeführt sind.

Anzudenken ist außerdem, dass sich aus § 20 Abs. 1 S. 2 GWB die Zulässigkeit des verhaltensbasierten Ansatzes ableiten lässt. Der Norm zufolge wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden. Damit stellt § 20 Abs. 1 S. 2 GWB auf eine bestimmte Verhaltensweise ab, um das Vorliegen relativer Marktmacht zu vermuten. Die Folgerungen, die sich aus dieser Norm im Hinblick auf §§ 18, 19 GWB ziehen lassen, sind jedoch ambivalent: entweder ließe sich § 20 Abs. 1 S. 2 GWB analog anwenden mit der Folge, dass im Rahmen des § 18 GWB eine marktbeherrschende Stellung vermutet würde, wenn ein bestimmtes Ver-

1386 Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 56; *Wingerter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 194.

1387 Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 58; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 102 AEUV, Rn. 22.

halten vorliegt. Da eine entsprechende Vermutung in § 18 GWB fehlt, besteht eine Regelungslücke. Sowohl in § 18, als auch in § 20 Abs. 1 GWB geht es um die Ermittlung von Marktmacht, sodass die Lage vergleichbar ist und die Voraussetzungen einer Analogie erfüllt wären. Andererseits lässt sich aus dem Fehlen einer entsprechenden Vermutung auch im Umkehrschluss zu § 20 GWB für § 18 GWB folgern, dass dort eine solche Regelung nicht erwünscht ist und damit keine planwidrige Regelungslücke besteht, zumal mit § 18 Abs. 4 GWB bereits eine Vermutung geregelt ist. Somit lässt sich aus § 20 Abs. 1 S. 2 GWB die Zulässigkeit des verhaltensbasierten Ansatzes im Rahmen des § 18 GWB nicht ableiten. Bereits aus § 18 GWB ergibt sich jedoch, wie oben beschrieben, dass der Wortlaut offen für eine kumulative Berücksichtigung des Unternehmensverhaltens neben der Marktabgrenzung ist. § 20 Abs. 1 S. 2 GWB könnte jedoch eine Vorbildfunktion für Regelungen *de lege ferenda* erfüllen, die im Rahmen des § 18 GWB bei bestimmten Verhaltensweisen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vermuten.

Die Berücksichtigung des Unternehmensverhaltens in der Marktmachtbestimmung ist dabei nicht mit dem „direct effects approach“ zu verwechseln, nach dem es ausreichen soll, wettbewerbsschädigende Effekte eines Verhaltens darzulegen, um das Vorliegen eines Missbrauchs nachzuweisen. Nach diesem Ansatz ist der separate Nachweis einer beherrschenden Stellung nicht mehr erforderlich.¹³⁸⁸ Die Vertreter des Ansatzes gehen davon aus, dass ein Unternehmen mit seinen Verhaltensweisen nur den Wettbewerb schädigen kann, wenn es seinen Markt beherrscht – andernfalls würde das Verhalten von der Konkurrenz korrigiert.¹³⁸⁹ Der Verzicht auf einen solchen Nachweis ist jedoch mit dem Wortlaut – sowohl des § 18 GWB als auch des Art. 102 AEUV in den unterschiedlichen Sprachfassungen, die alle eine beherrschende Stellung fordern – nicht vereinbar.¹³⁹⁰

1388 EAGCP, Report: An economic approach to Article 82, Juli 2005, 5 ff.; *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 64.

1389 Vgl. *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition, Rn. 4.133.

1390 So auch *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 267. Außerdem spricht gegen den „direct effects approach“, dass die Beweislast für das Vorliegen der beherrschenden Stellung von der Kartellbehörde auf das betreffende Unternehmen verlagert wird, wenn das Unternehmen aktiv das Nichtvorliegen einer beherrschenden Stellung beweisen muss, während die Behörde diese Stellung nicht mehr beweisen muss, solange sie wettbewerbsschädigende Effekte nachweisen kann. Beweisbelastet sind aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes das BKartA gemäß §§ 57 Abs. 1 GWB, 24, 26 BVwVfG bzw. die Kommission gemäß Art. 2 S. 1 VO 1/2003.

Zur Abgrenzung vom direct effects approach wird daher für die Berücksichtigung des Unternehmensverhaltens hier der Begriff „verhaltensbasierter Ansatz“ verwendet.

b) Zirkelschluss?

Der Literatur zufolge soll der verhaltensbasierte Ansatz jedoch auf einem Zirkelschluss basieren.¹³⁹¹ Jones/Sufrin formulieren es folgendermaßen mit Blick auf Art. 102 AEUV:

*„This reasoning causes concern ... on account of its circularity: the conduct leads to finding dominance which leads to finding the conduct is an abuse because the undertaking is dominant.“*¹³⁹²

Ritter/Braun drücken es so aus:

*„[T]here is an obvious danger of circular reasoning in inferring dominance from conduct and then going on to infer that because the firm is dominant the conduct is an abuse.“*¹³⁹³

Ein Zirkelschluss liegt vor, wenn die Prämissen die Schlussfolgerung bereits enthalten oder wenn – anders gewendet – das zu Beweisende in den Prämissen bereits vorausgesetzt wird.¹³⁹⁴ Das ist dem BGH zufolge z.B. der Fall, wenn aus der Aussage eines Zeugen selbst auf ihre Glaubwürdigkeit geschlossen wird.¹³⁹⁵

Formalisiert liegt ein Zirkelschluss in folgendem Fall vor:

Prämisse 1: A

Prämisse 2: B

Prämisse 3: C

1391 Eilmansberger/Bien, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 117; Faull/Nikpay, The EU Law of Competition, Rn. 4.172; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 109 m.w.N.; Jones/Sufrin, EU Competition Law, 342; O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 166.

1392 Jones/Sufrin, EU Competition Law, 342.

1393 Ritter/Braun, European Competition Law, 407.

1394 Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 230; Schneider, Logik für Juristen, 258.

1395 BGH, 8.12.2004, Az. 2 StR 441/04, 5 m.w.N.; Joerden, Logik im Recht, 364; Schneider, Logik für Juristen, 170 f.

Schlussfolgerung: B

Die Schlussfolgerung B ist bereits in den Prämissen enthalten und deswegen zirkelschlüssig.

Berücksichtigt man das Unternehmensverhalten in der Marktmachtbestimmung, liegt es jedoch anders. Formalisiert man die Zitate oben, kommt man zu folgendem Bild. Dabei steht D für dominance, C für conduct und A für Abuse:

Prämisse 1: D

Prämisse 2: C

Prämisse 3: wenn C, dann D

Schlussfolgerung: A

Liegen eine marktbeherrschende Stellung (D) und ein bestimmtes Verhalten (C) vor, kann das Vorliegen eines Missbrauchs bejaht werden.¹³⁹⁶ Es spricht für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung, wenn ein bestimmtes Verhalten vorliegt (Prämisse 3). Die Schlussfolgerung ist erkennbar nicht in den Prämissen enthalten.

Den verhaltensbasierten Ansatz als Zirkelschluss darzustellen, gelingt vielmehr nur, wenn man sich sprachliche Ungenauigkeiten, die im Tatbestand des Missbrauchsverbots vorkommen, zunutze macht: im Deutschen ist die Rede von dem „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ und im Englischen von „abuse of a dominant position“.¹³⁹⁷ Diese Terminologie unterscheidet nicht zwischen dem Missbrauch einerseits und dem missbräuchlichem Verhalten andererseits. Die Unterscheidung ist aber im Tatbestand angelegt: „Missbrauch“ bzw. „abuse“ bezeichnet den gesamten Tatbestand, während „missbräuchliches Verhalten“ bzw. „abusive conduct“ lediglich ein Tatbestandsmerkmal darstellt.¹³⁹⁸ Verboten ist nur der Missbrauch, d.h. ein bestimmtes Verhalten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen es tätigt. Die Verhaltensweisen, die in den Regelbeispielen des Art. 102 S. 2 AEUV und § 19 Abs. 2 GWB aufgezählt werden, sind jedoch isoliert betrachtet neutral und grundsätzlich erlaubt.

Ein gutes Beispiel für diese sprachliche Verworrenheit liefert ein Auszug aus der Michelin I-Entscheidung der Kommission:

„Ein Hersteller, der ein Erzeugnis mit einer so starken Marktposition verkauft, kann seinen Händlern Bedingungen auferlegen, die nicht unbedingt

1396 Die nicht relevanten Tatbestandsmerkmale des Missbrauchstatbestands wurden hier ausgelassen.

1397 Art. 102 Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”).

1398 *Jones/Sufrin*, EU Competition Law, 356 ff. Siehe allg. zur Begriffsvertauschung *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 236 ff.

mit den Bedingungen übereinstimmen, die auf einem Markt gelten würden, auf dem ein wirksamer Wettbewerb besteht. Wie oft in solchen Fällen steht die Feststellung einer beherrschenden Stellung daher in einem engen Zusammenhang mit dem Nachweis ihres Mißbrauchs. ¹³⁹⁹

Der enge Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem Missbrauch besteht darin, dass die beherrschende Stellung ein Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs darstellt. Wie aus dem Kontext erkennbar wird, will die Kommission aber darauf hinaus, dass aus dem missbräuchlichen Verhalten (C) von Michelin auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung (D) geschlossen werden kann. Denn die Kommission stellt fest, dass Michelin nur in der Lage war, seinen Händlern bestimmte Bedingungen aufzuerlegen, weil es seinen Markt beherrschte. Präzise ausgedrückt müsste es demnach heißen: „Wie oft in solchen Fällen steht die Feststellung einer beherrschenden Stellung daher in einem engen Zusammenhang mit dem Nachweis des missbräuchlichen Verhaltens.“

Noch deutlicher wird die Begriffsvertauschung im Hilti-Urteil des EuG, in dem es feststellt, dass aus dem Vorliegen eines Kopplungsgeschäfts auf Marktmacht geschlossen werden könne:

*„[Das Kopplungsgeschäft] der Klägerin stelle daher einen zusätzlichen Beweis für die Macht dar ... In diesen Fällen erfordert der Missbrauch eine marktbeherrschende Stellung; wenn ein missbräuchliches Verhalten aber nur möglich ist, wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist es zulässig, vom Missbrauch auf das Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung zu schließen...“*¹⁴⁰⁰

Tatsächlich erfordert der Missbrauch (als Tatbestand) nicht nur „in diesen Fällen“ eine marktbeherrschende Stellung, sondern in jedem Fall. Daher

1399 Kommission, 07.10.1981, IV/29.491, ABl. (EG) 1981 L 353/33, Rn. 35 – *Michelin I*.

1400 EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 87, 93 – *Hilti*. Ein weiteres Beispiel findet sich in EuG, 14.09.2017, T-751/15, WuW 2017, 560, Rn. 78 – *Contact Software/Kommission*.: „Der von der Klägerin vorgeschlagene Ansatz scheint sich auf die Annahme zu gründen, dass ohne die notwendige Marktmacht Missbräuche nicht möglich seien. Aus dem Vorliegen eines Missbrauchs könne daher das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung abgeleitet werden. Wie die Kommission jedoch zutreffend geltend gemacht hat, gibt es keine solche Regel. Für die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV muss sowohl nachgewiesen werden, dass das fragliche Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat, als auch, dass es diese Stellung missbraucht hat.“

ist es, sofern ein Missbrauch vorliegt, stets zulässig, auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu schließen, da diese ein Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs ist. Diese Schlussfolgerung stellt einen Zirkelschluss dar, da von dem Ergebnis (A) auf die Prämisse (D) geschlossen wird:

Prämisse: A

Schlussfolgerung: D

A ist definiert als

Prämisse 1: D

Prämisse 2: C

Schlussfolgerung: A

Wird A mit dieser Definition oben ersetzt, ergibt sich für die Aussage des EuG:

Prämisse 1: D

Prämisse 2: C

Schlussfolgerung: D

Damit ist die Schlussfolgerung bereits in den Prämissen enthalten und es liegt ein Zirkelschluss vor.

Dies ist jedoch nicht, was das EuG ausdrücken wollte. Im letzten Satz des Zitats wird im gleichen Zusammenhang einmal „Missbrauch“ und einmal „missbräuchliches Verhalten“ benutzt, wobei eigentlich dasselbe gemeint ist, nämlich das missbräuchliche Verhalten. Richtig müsste es heißen: „wenn ein missbräuchliches Verhalten aber nur möglich ist, wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist es zulässig, vom missbräuchlichen Verhalten auf das Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung zu schließen“. Damit sagt das EuG:

Prämisse: C

Schlussfolgerung: D

Hier liegt kein Zirkelschluss vor.

Art. 102 AEUV ist in dieser Hinsicht unpräzise: In Satz 1 wird „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ verboten. Satz 2 zufolge kann „dieser Missbrauch ... insbesondere in Folgendem bestehen“, wobei danach die Regelbeispiele für missbräuchliches Verhalten aufgezählt werden. Erneut werden „Missbrauch“ als Tatbestand und „missbräuchliches Verhalten“ als Tatbestandsmerkmal vertauscht. Demgegenüber schreibt § 19 Abs. 2 GWB vor, dass ein „Missbrauch ... insbesondere [vorliegt], wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen...“ sich in der in den Regelbeispielen bestimmten Weise verhält. Hier wird zu Recht hervorgehoben, dass ein Missbrauch die beherrschende Stellung erfordert.

Gleichwohl kann die Gefahr eines Zirkelschlusses bestehen. Prüft die Rspr., ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, fließt häufig in die Bewertung mit ein, dass das Unternehmen seinen Markt beherrscht. Es wird zuerst eine beherrschende Stellung festgestellt und danach geprüft, ob das Verhalten missbräuchlich ist. Die Rspr. betont, dass marktbeherrschende Unternehmen eine „besondere Verantwortung“ dafür tragen, den Wettbewerb, der durch ihre Marktherrschaft bereits geschwächt ist, nicht noch weiter zu beeinträchtigen.¹⁴⁰¹ Mit dieser Verantwortung im Bewusstsein fällt es möglicherweise leichter, ein Verhalten als missbräuchlich einzustufen, als wenn ein Unternehmen ohne diese Verantwortung handelt. Fordert ein kleines Unternehmen Preise, die deutlich unter dem Marktniveau liegen, wird man dieses Verhalten schwerlich als Kampfpreisstrategie einstufen, sondern als fairen Preiswettbewerb. Demgegenüber werden die gleichen Preise eher als Kampfpreise zu qualifiziert, wenn das Unternehmen den Markt beherrscht, da hierdurch kleinere Unternehmen aus dem Markt gedrängt werden können.¹⁴⁰² Daher ist es essentiell für den verhaltensbasierten Ansatz, die Feststellung des Vorliegens eines bestimmten Verhaltens nicht davon beeinflussen zu lassen, dass eventuell eine beherrschende Stellung vorliegt. Die Feststellung, dass ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, muss vielmehr isoliert von den übrigen Faktoren erfolgen. Nur wenn das Vorliegen einer beherrschenden Stellung für die Ermittlung des missbräuchlichen Verhaltens keine Rolle spielt, liegt kein Zirkelschluss vor.

Vor diesem Hintergrund erklärt es sich, dass *Ritter/Braun* nur von einer „danger of circular reasoning“ sowie *O'Donoghue/Padilla* von „risk of being

1401 EuGH, 06.09.2017, C-413/14 P, Rn. 135 f. – *Intel/Kommission*; EuGH, 27.3.2012, C-209/10, Rn. 23 – *Post Danmark*; EuGH, 9.11.1983, C-322/81, Rn. 57 – *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission*; EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*.

1402 Vgl. dazu die Rede von *Vestager*: “When we talk about that special responsibility, it can sound like we’re expecting a lot. As though we’re asking dominant companies to be the good older siblings, who always let the little ones win. It can look as though we expect them to compete less fiercely, or to share the rewards of their innovation with others. But that’s not the point at all. We don’t want dominant companies to stop trying to compete. But that dominance gives them power to influence the market, in ways that can harm competition and consumers. Just by doing things that would be normal for less powerful companies, they can end up driving their rivals from the market – even when those rivals are offering products and prices that are just as good.” Abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/market-works-consumers_en, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

circular“ und nicht einem echten Zirkelschluss sprechen.¹⁴⁰³ Genauso sprechen auch *Eilmansberger/Bien* und *Fuchs/Möschel* nur von einer „Gefahr“ und von „zirkelschlussartig“. ¹⁴⁰⁴ Gemeint sein kann damit nicht das tatsächliche Vorliegen eines Zirkelschlusses.

Am Beispiel der Kampfpreise ist jedoch deutlich geworden, dass einige Verhaltensweisen, die marktbeherrschenden Unternehmen verboten sind, kleineren Unternehmen ebenfalls möglich und erlaubt sind. Es würde zwar kein Zirkelschluss darstellen, wäre aber sachlich unrichtig, von dem Einsatz von Kampfpreisen auf das Vorliegen von Marktmacht zu schließen. Bei bestimmten anderen Verhaltensweisen kann diese Schlussfolgerung aber plausibel sein. Dementsprechend differenziert die Literatur zwischen Verhaltensweisen, die Marktmacht indizieren, und solchen, die diesen Schluss nicht erlauben.¹⁴⁰⁵ *Jones/Sufrin* zufolge bedeutet dies, dass der Zirkelschluss in einigen Fällen gerechtfertigt ist.¹⁴⁰⁶ Einen „erlaubten Zirkelschluss“ kann es aber nicht geben, da der Zirkelschluss trotzdem – sofern einer vorliegt – logisch nicht plausibel wäre. Zuzustimmen ist *Jones/Sufrin* aber insofern, als der verhaltensbasierte Ansatz nur in bestimmten Fällen angewendet werden sollte:

3. Fallgruppen

a) Grundsätzliches

Eine Indizwirkung ist nur gerechtfertigt, wenn in tatsächlicher Hinsicht ein Schluss vom Vorliegen eines bestimmten Verhaltens zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gezogen werden kann. Eine Verhaltensweise kann Marktmacht nur indizieren, wenn sie ausschließlich für Unternehmen in einer beherrschenden Stellung möglich und rational ist.¹⁴⁰⁷ Irrational ist eine Verhaltensweise eines Unternehmens zum Bei-

1403 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 166.

1404 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 117; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 109.

1405 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 116 ff; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 109 ff.

1406 *Jones/Sufrin*, EU Competition Law, 342.

1407 *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 520b.

spiel, wenn sie ohne Marktmacht unprofitabel wäre.¹⁴⁰⁸ Das Verhalten muss kausal auf der Marktmacht beruhen – Marktmacht muss die „conditio sine qua non“ für das Verhalten sein.¹⁴⁰⁹ Aus der Sicht eines nicht-dominanten Unternehmens sind bestimmte Verhaltensweisen nicht sinnvoll, weswegen diese Prüfung auch „no economic sense-Test“ genannt wird.¹⁴¹⁰ Andere Verhaltensweisen sind auch für kleinere Unternehmen sinnvoll und möglich und lassen daher nicht auf Marktmacht schließen. Ist das Verhalten jedem Unternehmen möglich, können sich diese mit der von *Nothdurft* so bezeichneten „così fan tutte-Defence“ verteidigen.¹⁴¹¹ Um diese Verhaltensweisen voneinander zu unterscheiden, muss die Frage gestellt werden, warum sich das Unternehmen in einer bestimmten Weise verhalten sollte, wenn es seinen Markt nicht beherrscht. Lässt sich diese Frage mit rationalen Erwägungen des Unternehmens erklären, so darf von dem Verhalten nicht auf Marktmacht geschlossen werden. Hierbei müssen vor dem Hintergrund des „more economic approach“ die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens beleuchtet werden. Das bedeutet dabei nicht, dass das Fehlen eines bestimmten Verhaltens auch auf das Fehlen von Marktmacht hindeutet, sondern nur, dass Marktmacht dann nicht anhand

1408 *Collyer/Mullan/Timan*, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 71, 77.

1409 Das missbräuchliche Verhalten muss jedoch nicht kausal auf der beherrschenden Stellung beruhen, um den Tatbestand des Missbrauchsverbots zu erfüllen, so zumindest im Unionsrecht, anders jedoch im deutschen Recht, siehe BGH, 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1, Rn. 68 – *VBL-Gegenwert*; EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*; EuGH, 21.02.1973, Rs. 6-72, Slg. 1973, 215, Rn. 27 – *Continental Can*; *Schmidt*, in: Ezrachi, Research Handbook on International Competition Law, 369, 379 f.

1410 Der „no economic sense test“ nach *Werden* wird benutzt, um zu bestimmen, ob ein Verhalten eine Wettbewerbsschädigung bezweckt, kann aber entsprechend auch zur Bestimmung von monopoly power angewendet werden, vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 520b2; *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 47; *Werden*, 2 Euro. Comp. J., 53, 64 ff (2006); *Werden*, 73 Antitrust L. J. 413 (2006).

1411 Ital.: So machen es Alle, vgl. *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 196, 472. *Nothdurft* erwähnt diese „Defence“ in einem anderen Zusammenhang, nämlich bei der für Ausbeutungsmisbräuche im Sinne des § 19 GWB erforderlichen Kausalität zwischen der beherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten; sachlich geht es jedoch in beiden Fällen um die Kausalität zwischen Marktmacht und missbräuchlichen Verhaltensweisen.

des Verhaltens, sondern anhand anderer Faktoren nachgewiesen werden muss.¹⁴¹²

Diese Form von Kausalität muss dabei von der Kausalität unterschieden werden, die im Rahmen des § 19 GWB zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten erforderlich ist. Hier ist keine strenge Kausalität erforderlich. Es reicht vielmehr nach der Ansicht einiger Stimmen in der Lit. und des BKartA eine „normative“ Ergebniskausalität aus, derzufolge es genügt, wenn die marktbeherrschende Stellung zum Erfolg des Verhaltens beigetragen hat. Diese Kausalität liegt auch vor, wenn ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen in der Lage ist, sich in entsprechender Weise zu verhalten, die besondere Gefährlichkeit für den Wettbewerb jedoch erst daraus erwächst, dass das Verhalten von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht.¹⁴¹³ Die Rspr. fordert seit dem Facebook-Beschluss des OLG Düsseldorf zumindest bei Ausbeutungsmissbräuchen das Vorliegen einer „Verhaltenskausalität“, die über die bloße Ergebniskausalität hinausgeht.¹⁴¹⁴ Bei der für den verhaltensbasierten Ansatz erforderlichen Kausalität darf jedenfalls das betreffende Verhalten ausschließlich marktbeherrschenden Unternehmen möglich sein.

Der Kausalitätsbegriff muss sich außerdem von dem im deutschen Strafrecht und Zivilrecht üblichen Begriff der „conditio-sine-qua-non“-Formel unterscheiden. Nach diesem Begriff reicht auch eine alternative Kausalität oder Mehrfachkausalität aus, die vorliegt, wenn mehrere Bedingungen zwar alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiel.¹⁴¹⁵ Schießen zum Beispiel zwei Täter auf das Opfer, wobei jeder Schuss auch alleine zum Tod geführt hätte, ist jeder Schuss ursächlich für den Erfolg.¹⁴¹⁶ Gibt es für ein bestimmtes Unternehmensverhalten aber noch andere Erklärungen außer der Tatsache, dass das Unternehmen seinen Markt beherrscht, darf aus diesem Verhalten nicht

1412 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 119.

1413 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 82b; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 473; OLG Düsseldorf, 8.6.2011, VI-U (Kart) 2/11, Rn. 65 – *Deutsche Telekom*. Siehe auch BKartA, 6.2.2019, Az. B6-22/16, Rn. 873 – *Facebook*.

1414 OLG Düsseldorf, 26.8.2019, Az. VI-Kart 1/19 (V), S. 19 – *Facebook*. Siehe zur Kausalität auch *Ellger*, WuW 2019, 446, 452.

1415 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 13, Rn. 82; *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, Lexikon des Strafrechts, Stichwort Kausalität, Rn. 7; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Vor § 13 Rn. 11.

1416 BGH, 30.3.1993, V StR 720/92, BGHSt 39, 195.

Marktmacht gefolgert werden. Erst wenn das Verhalten nur einem marktbeherrschenden Unternehmen möglich ist, kann es Marktmacht indizieren. Damit ist Monokausalität erforderlich.

Im Folgenden werden einige Verhaltensweisen untersucht, die einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung darstellen können und typischerweise im Bereich der Internetplattformen vorkommen. Geordnet sind sie nach Ausbeutungs- (a) und Behinderungsmisbräuchen (b):

b) Ausbeutungsmisbräuche

aa) Preishöhenmissbrauch

In der digitalen Wirtschaft ist auf Plattformseiten, auf denen ein Preis gezahlt wird, ein Preishöhenmissbrauch denkbar, d.h. das Fordern überhöhter Preise. Dies kann gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 GWB verboten sein.

(1) Wann ist ein Preis unangemessen?

Ein Preis ist überhöht, wenn er von demjenigen abweicht, der sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde („Als-ob-Wettbewerb“).¹⁴¹⁷ Dabei kommen in erster Linie zwei Methoden zur Anwendung:

Erstens sind vergleichbare Märkte mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen. Dieses Vergleichsmarktkonzept betrachtet zeitlich, räumlich und sachlich vergleichbare Märkte.¹⁴¹⁸ Das räumliche Vergleichsmarktkonzept setzt den Preis auf einem räumlich unterschiedlichen Markt mit dem betroffenen Markt in Relation. Beim zeitlichen Vergleichsmarktkonzept wird der aktuelle Preis mit einem früheren Preis verglichen, der sich zu einer Zeit bildete, als wirksamer Wettbewerb herrschte. Beim seltener genutzten sachlichen Vergleichsmarktkonzept werden die Preise für andere Waren oder Leistungen zum Vergleich herangezogen.¹⁴¹⁹ Die sub-

1417 *Wolf*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 83.

1418 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 266 ff.; *Wolf*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 84.

1419 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 267 ff.; *Notbduft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 143 ff.

jektiven Einschätzungen der Verbraucher darüber, wann ein Preis fair oder angemessen ist, spielen bei der Bewertung keine Rolle.¹⁴²⁰

Zweitens kann ein überhöhter Preis auch dadurch nachgewiesen werden, dass er die Kosten in unangemessener Weise überschreitet (sog. Kostenkontrolle, vgl. § 29 S. 1 Nr. 2 GWB).¹⁴²¹ Bei Online-Plattformen zahlt üblicherweise mindestens eine Plattformseite ein Entgelt an die Plattform, z.B. bei Suchmaschinen die Werbenden oder bei Handelsplattformen die Verkäufer. Die zahlende Plattformseite finanziert die unentgeltliche Seite mit ihrem Beitrag mit. Die Werbenden kommen z.B. dafür auf, dass die Suchnutzer für das Anzeigen der Suchergebnisse keine Gebühr bezahlen. Daher sollten bei der Kostenberechnung nicht nur die Kosten der Werbung, sondern auch die Kosten der querfinanzierten Plattformseite berücksichtigt werden.¹⁴²²

Beide Methoden sind jedoch auf eine Marktabgrenzung angewiesen: Das sachliche Vergleichsmarktkonzept erfordert eine Marktabgrenzung. Der Kosten-Preis-Vergleich ist nur aussagekräftig, wenn die Differenz über dem Niveau der anderen Anbieter liegt, weil hohe Margen in bestimmten Märkten üblich sein können. Um herauszufinden, welche Anbieter vergleichbar sind, wird aber eine Marktabgrenzung erforderlich sein. Wird das Vorliegen eines Preishöhenmissbrauchs auf diese Weise bestimmt, gelten für den verhaltensbasierten Ansatz damit die gleichen Kritikpunkte wie in Bezug auf die Subjektivität der Marktabgrenzung.

Eine Marktabgrenzung ist jedoch nicht notwendig, wenn nach dem räumlichen Vergleichsmarktkonzept lediglich auf den Preis desselben Produkts an einem anderen Ort abgestellt wird. Dafür muss nicht ermittelt werden, ob das Produkt mit anderen Produkten austauschbar ist, sondern lediglich, welche Preise an anderen Orten dafür gezahlt werden. Dasselbe gilt für die zeitliche Preisveränderung. Außerdem kann – mit dem EuGH – ein überhöhter Preis auch daran erkannt werden, dass der Preis zum wirtschaftlichen Wert des Gutes in einem unangemessenen Verhältnis steht.¹⁴²³ Damit ist es möglich, einen Preishöhenmissbrauch ohne Marktabgrenzung festzustellen.

1420 Die Verhaltensökonomie bietet in dieser Hinsicht jedoch einige Erkenntnisse, wie zum Beispiel, dass die wahrgenommene Angemessenheit von Preisen vor allem von der Preishistorie abhängt, siehe *Herz/Taubinsky*, 16 J. Euro. Econ. Ass. 316 (2018).

1421 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 167 f.

1422 *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2161 (2018); *Mandrescu*, E.C.L.R. 2017, 410, 419.

1423 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, 250 – *United Brands*.

(2) Kausalität zwischen einem Preishöhenmissbrauch und Marktmacht

(2.1) Grundsätzlich liegt Kausalität vor

Ist die Unangemessenheit des Preises festgestellt, kann daraus das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gefolgert werden.¹⁴²⁴ Das Fordern solcher Preise erfüllt bereits die Definition der Marktmacht als Preisbestimmungsmacht.¹⁴²⁵ *Faull/Nikpay* sprechen daher von einer „behavioral definition of dominance“.¹⁴²⁶ Unangemessen hohe Preise kann ein Unternehmen nur fordern, wenn den Abnehmern keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Herrscht effektiver Wettbewerb, würden die Abnehmer das Produkt zu dem überhöhten Preis nicht mehr erwerben, sondern bei der Konkurrenz kaufen.¹⁴²⁷ Langfristig sind überhöhte Preise deswegen nur marktbeherrschenden Unternehmen möglich.¹⁴²⁸

Die Kommission bestätigt diese Ansicht. Überhöhte Preise, die über einen langen Zeitraum, zum Beispiel auch während einer schwachen Konjunktur, aufrechterhalten werden konnten, gelten als Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁴²⁹ Außerdem sei es ein Indiz, wenn ein Unternehmen im Markt die Rolle des Preisführers einnimmt.¹⁴³⁰

Darüber hinaus kann es Marktmacht indizieren, wenn ein Unternehmen seine Preise erhöht, nachdem ein anderes Unternehmen den Markt verlassen hat. Der durch den Weggang gesunkene Wettbewerbsdruck kann

1424 So auch *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 117; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 116.

1425 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 125 – *United Brands*; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 116.

1426 *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition, Rn. 4.135.

1427 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 32 f.

1428 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 40 f. Vgl. auch Kommission, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. (EG) L 374/1, Rn. 69 – AKZO.

1429 Kommission, 19.12.1990, IV/33.133, ABl. (EG) 1991 L 152/40, Rn. 48 – *Soda-ICI*; Kommission, 29.7.1987, IV/32.279, ABl. (EG) 1987 L 286/36, Rn. 18 – *BBI/Boosey & Hawkes*; Kommission, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. (EG) L 374/1, Rn. 69 – AKZO.

1430 Kommission, 13.12.2000, 33.133, ABl. (EG) 2000 L 10/10, Rn. 138 – *Natriumkarbonat-Solvay*.

dem verbleibenden Unternehmen dann einen Handlungsspielraum ermöglichen.¹⁴³¹

Zwar lässt sich dagegen einwenden, dass hohe Preise nicht nur für Produkte marktbeherrschender Unternehmen, sondern auch für qualitativ hochwertige Produkte bezahlt werden, die von einer größeren Zahl von Verbrauchern nachgefragt werden. Stehen Qualität und Preis in einem vertretbaren Verhältnis zueinander, liegt jedoch schon kein unangemessen hoher Preis vor. Ist der Preis aber tatsächlich unangemessen hoch, zeigt gerade dies die Marktmacht des Unternehmens, auch wenn diese auf zulässigem Wege durch Erfolg im Leistungswettbewerb erlangt wurde. Wie das Unternehmen die marktbeherrschende Stellung erlangt hat, ist für ihr Vorliegen unerheblich.

Der Preishöhenmissbrauch ist damit grundsätzlich ein geeigneter Indikator für Marktmacht in der digitalen Wirtschaft.

(2.2) Ausnahme bei „Trittbrettfahrern“

Von diesem Grundsatz könne jedoch Ausnahmen gemacht werden. So können kleinere Anbieter in der Lage sein, „im Schatten des Marktbeherrschers“ die gleichen Preise wie er zu fordern. Statt sich auf einen Preiskampf einzulassen, können kleinere Unternehmen ihre Preise stets an die des Marktbeherrschers anpassen. Als „Trittbrettfahrer“ profitieren sie dann von der Marktmacht des anderen Anbieters.¹⁴³² Dann besteht zwischen den Anbietern kein wirksamer Wettbewerb mehr, weswegen an eine kollektive marktbeherrschende Stellung zu denken ist, vgl. § 18 Abs. 5 GWB.¹⁴³³ Überhöhte Preise können somit nicht nur ein Indiz für eine einzelmarktbeherrschende, sondern auch für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung sein.

1431 Competition Bureau Canada, *Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada* (19.2.2018), 14.

1432 *Korah*, in: Dony/Walsche, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1101, 1130.

1433 Vgl. für die Voraussetzungen *Bardong*, in: Langen/Bunte, *Kartellrecht*, § 18 GWB, Rn. 160 ff.

(2.3) Ausnahme bei Werbeauktionen?

Eine weitere Ausnahme könnte für die Preise von Werbung bei Suchmaschinen gelten. Suchmaschinen legen die Preise für ihre Werbung nicht selber fest. Ein Werbender bezahlt die Suchmaschine nur, wenn ein Nutzer tatsächlich auf eine Anzeige klickt („Cost per click“ – CPC) und nicht bereits, wenn der Nutzer die Anzeige wahrnimmt. Der Preis wird nicht einseitig von Google festgelegt, sondern in einem Auktionsverfahren ermittelt. Google bewertet zuerst die Qualität der Anzeige. Danach bieten die Werbenden für die Anzeigeflächen bei bestimmten Suchbegriffen. Wer den Zuschlag bekommt, hängt nicht nur von der Höhe des Gebots ab, sondern auch davon, wie Google die Qualität der Anzeige bewertet hat.¹⁴³⁴

In diesem System sollte der CPC bei allen Suchmaschinen für denselben Suchbegriff ungefähr gleich sein. Schließlich ist es aus der Sicht des Werbers gleichgültig, ob der Nutzer bei Google oder bei Yahoo! auf eine Anzeige klickt, denn solange er klickt, bedeutet das, dass der Nutzer Interesse an dem Produkt hat und es eventuell kauft. Der Zweck der Werbung ist dann erfüllt. Der Wert eines Klicks bei Google entspricht demnach dem Wert eines Klicks bei Yahoo!. Tatsächlich liegt der durchschnittliche CPC von Google jedoch zwei- bis fünfmal höher als der von Yahoo! oder Bing.¹⁴³⁵ Diese hohe Differenz zwischen Wert und Preis könnte auf einen unangemessen hohen Preis hindeuten.

Newman hat den Preisunterschied damit erklärt, dass Google durch seine größere Nutzerbasis und den damit einhergehenden Datenbestand die Werbung präziser auf den Nutzer hin individualisieren kann.¹⁴³⁶ Tatsächlich ist es bei Google wahrscheinlicher, dass ein Nutzer auf eine Anzeige klickt, die ihm angezeigt wird. Diese „click-through-rate“ wird als Maßstab für den Individualisierungsgrad der Werbung verwendet.¹⁴³⁷ Allerdings erklärt ein großer Datenbestand nicht die höhere CPC: Wenn der Nutzer auf eine Anzeige geklickt hat, bedeutet das, dass die Werbung in diesem Fall ausreichend für ihn individualisiert wurde. Aus Sicht des Werbers ist es gleichgültig, ob der Nutzer auf eine Anzeige bei Yahoo! oder bei Google klickt – solange er die Anzeige anklickt, ist er erfolgreich auf das Produkt

1434 *Holzweber*, NZKart 2016, 104, 106; *Newman*, 31 Yale J. Reg. 401, 413 (2014).
Siehe auch Googles Erklärung unter <https://support.google.com/adsense/answer/160525?hl=en>.

1435 *Newman*, 31 Yale J. Reg. 401, 418 (2014).

1436 *Newman*, 31 Yale J. Reg. 401, 420-421 (2014).

1437 *Höppner/Grabenschroër*, NZKart 2015, 162, 165; *Manne/Wright*, 34 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 171, 204 (2011).

des Werbers aufmerksam geworden und der Zweck der Werbung wurde erfüllt. Der CPC ist damit gerade nicht vom Individualisierungsgrad und damit auch nicht von der Größe des Datenbestands abhängig. Werbende müssten demnach bei jeder Suchmaschine gleich viel für denselben Suchbegriff bieten.

Dass sie es nicht tun, könnte dafür sprechen, dass die Werber sich irrational verhalten. Tatsächlich kann ein solches Verhalten aber rational sein: Angenommen, ein Werber will eine bestimmte Anzahl Nutzer X erreichen. Der Suchmaschinenmarkt besteht aus den Anbietern A, B und C. A hat einen hohen Marktanteil und eine Nutzerbasis, die größer als X ist. B und C zusammen haben jedoch eine Nutzerbasis, die kleiner als X ist. Dann ist der Werber gezwungen, bei A zu werben. So erreicht er bereits sein Ziel. Dann hat er keinen Anreiz, zusätzlich bei B und C zu werben. Ist die Werbung bei B und C gar mit zusätzlichen Kosten verbunden, wie einer Kundengebühr oder Personalkosten für das Unterhalten der Werbekampagne, hat er sogar einen Anreiz dafür, nicht bei B und C zu werben. Wie dem Werber wird es anderen Werbern ebenfalls ergehen, was insgesamt eine deutlich höhere Nachfrage bei A im Vergleich zu B und C schafft und so den Preis erhöht.

Das erklärt zwar, dass es auch bei Auktionen zu unangemessen hohen Preisen kommen kann. Es erscheint aber fragwürdig, einem Unternehmen Preisbestimmungsmacht zu unterstellen, obwohl es die Preise nicht selbst bestimmt, sondern im Auktionsverfahren im freien Spiel von Angebot und Nachfrage ermitteln lässt. Preisbestimmungsmacht kann aber auch vorliegen, wenn das Unternehmen den Preis lediglich mittelbar beeinflusst. So können Unternehmen die Angebotsmenge künstlich verknappten und auf diesem Wege den Preis in die Höhe treiben. Die Suchmaschine könnte die Anzahl der verfügbaren Anzeigeflächen reduzieren und so das Angebot verringern. Eine solche absichtlich unvollständige Erfüllung der Nachfrage ist dem EuGH zufolge ein Indiz für Marktmacht.¹⁴³⁸ Außerdem kann der Auktionator den Mindestpreis für den Suchbegriff unangemessen stark erhöhen, wie es in *TradeComet v. Google* geschah.¹⁴³⁹ Darüber hinaus kann die Suchmaschine die Anzeige negativ bewerten, sodass sich die Anzeige für den Werbenden verteuert.¹⁴⁴⁰ So kann eine Suchmaschine den Preis mittelbar bestimmen.

1438 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 96 – *United Brands*.

1439 *TradeComet v Google*, 693 F.Supp.2d 370 (S.D.N.Y. 2010).

1440 Der Quality Score, den Websites von Google in dem Auktionsverfahren erhalten, hängt davon ab, wie qualitativ gut die Seite aus Sicht von Google ist. Ein

Auch bei Auktionen wie bei Suchmaschinen kann demnach ein hoher Preis den Rückschluss auf Marktmacht zulassen.

bb) Unangemessene Geschäftsbedingungen

Wird – wie häufig im Internet – kein Preis gezahlt, kann Marktmacht außerdem dadurch indiziert werden, dass die Austauschbeziehung in anderer Hinsicht unverhältnismäßig ausgestaltet ist:

(1) Gegenüber Verbrauchern („B2C“)

(1.1) Wann ist eine Geschäftsbedingung unangemessen?

Marktmacht kann sich nicht nur als Preisbestimmungsmacht, sondern auch als Qualitätsbestimmungsmacht ausdrücken.¹⁴⁴¹ Ausdruck dieser Form von Marktmacht kann es sein, dass ein Anbieter von seinen Abnehmern unangemessene Konditionen verlangen kann. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und Art. 102 S. 2 lit. a AEUV zählen solche unangemessene Geschäftsbedingungen zu den missbräuchlichen Verhaltensweisen. Zur Bestimmung der Unangemessenheit werden das Vergleichsmarktkonzept und der Gedanke des „Als-ob-Wettbewerbs“ entsprechend angewendet. Dem BGH zufolge ist eine Gesamtbetrachtung des Leistungsbündels unter Einschluss des Preises geboten.¹⁴⁴²

Zusätzlich kann für die Feststellung der Unangemessenheit nach der Rspr. des BGH auf die Gerechtigkeitsvorstellungen, die dem dispositiven Recht zugrunde liegen, zurückgegriffen werden. Dazu zählt insbesondere das AGB-Recht in §§ 305 ff. BGB, das für einen Interessenausgleich bei Machtungleichgewichten sorgen soll und damit einen unmittelbaren Marktmachtbezug hat. Ein Verstoß gegen diese Regelungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann einen sogenannten „Konditio-

niedriger Score führt zu einem höheren Preis, siehe *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 21.

1441 Siehe oben Kapitel 4 A.II.

1442 BGH, 06.11.1984, KVR 13/83, NJW 1986, 846, 847 – *Favorit; Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 254 f.; *Wolf*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 122.

nenmissbrauch“ darstellen.¹⁴⁴³ Der BGH wägt im Einzelfall zur Feststellung der Unangemessenheit die Interessen der Parteien gegeneinander ab.¹⁴⁴⁴

Einen Konditionenmissbrauch sieht das BKartA auch im Auferlegen rechtswidriger Datenschutzbestimmungen durch Internetplattformen wie Facebook.¹⁴⁴⁵ Wird kein Preis gezahlt, liegt der Missbrauch darin, dass die Nutzer bei Facebook mit zu vielen Daten „bezahlen“. ¹⁴⁴⁶ Schließlich wurden Daten als die „Währung“ des Internets bezeichnet.¹⁴⁴⁷ Die Monopolkommission erwägt, ob ein Datenschutzmissbrauch in analoger Weise zum Preishöhenmissbrauch nachgewiesen werden könnte. Dabei würde sich die Frage stellen, in welchem Umfang Daten bei wirksamem Wettbewerb gespeichert bzw. verarbeitet würden. Hier müsste die Vergleichsmarktmethode Anwendung finden. Dieser Nachweis soll jedoch schwer zu führen sein. Die hypothetische Situation bei wirksamem Wettbewerb ist nur schwerlich zweifelsfrei zu konstruieren. Vorzugswürdig erscheint der Monopolkommission daher der Weg des BKartA in seinem Facebook-Verfahren:¹⁴⁴⁸ Der Missbrauch soll darin liegen, dass der Nutzer nicht mehr selbstbestimmt über die Verwendung seiner Daten entscheiden kann und Facebook gegen das Datenschutzrecht verstößt.¹⁴⁴⁹ Damit verweist das Amt auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Hierbei soll es sich um einen „Missbrauch durch Rechtsbruch“ im Rahmen der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB und nicht im Rahmen des Ausbeutungsmissbrauchs in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB handeln.¹⁴⁵⁰

Das Datenschutzrecht wird in der Union seit Mai 2018 durch die Europäische Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) geregelt. Gemäß Art. 6

1443 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 522 ff. – *Facebook*; BGH, 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1, Rn. 65 – *VBL-Gegenwert*; BKartA, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 4; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 256; *Loewenheim*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 68.

1444 BGH, Entscheidung v. 07.06.2016, KZR 6/15, BGHZ 210, 292, Rn. 48 ff. – *Pechstein*; BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 889 ff. – *Facebook*.

1445 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 522 ff. – *Facebook*.

1446 *Körper*, ZUM 2017, 93, 100; *Schmidt*, WuW 2016, 572, 579 f.; *Thomas*, NZKart 2017, 92, 93.

1447 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 91.

1448 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 661 ff.

1449 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 522 ff. – *Facebook*.

1450 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 678.

Abs. 1 DSGVO ist eine Datenverarbeitung nur unter bestimmten Bedingungen rechtmäßig, unter anderem, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung gegeben hat. Erfolgt die Einwilligung durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, muss der Datenverarbeiter gemäß Art. 7 Abs. 2 DSGVO die Datenverarbeitung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache ersuchen. Außerdem muss die Einwilligung freiwillig erteilt werden, wobei gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO berücksichtigt werden muss, ob die Datenverarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist.¹⁴⁵¹ Da viele Internetplattformen auf Werbeeinnahmen angewiesen sind, ist es für die Datenverarbeitung erforderlich, in großem Umfang Daten zu erheben, die für die Individualisierung der Werbung verwendet werden können.¹⁴⁵² Bei einem Verstoß gegen diese Grundsätze kann dem BKartA zufolge ein Konditionenmissbrauch gemäß § 19 GWB vorliegen, wenn das datenverarbeitende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung besitzt. Auch ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV sei denkbar.¹⁴⁵³

Im Unionsrecht sind jedoch, wie der EuGH in *Asnef-Equifax* entschied, „etwaige Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität personenbezogener Daten, die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind, nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz solcher Daten zu beantworten“.¹⁴⁵⁴ Auch die Kommission hat in *Facebook/WhatsApp* mit Bezug auf diese Entscheidung datenschutzrechtliche Erwägungen außer Betracht gelassen.¹⁴⁵⁵ Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht sollen demnach getrennt beurteilt werden. Das könnte dagegen sprechen, dass es zulässig ist, nach dem Unionsrecht unangemessene Datenschutzbedingungen als Marktmachtindiz zu verwenden.

Der Ausschluss von datenschutzrechtlichen Erwägungen gilt jedoch nur für Fragen, „die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind“.¹⁴⁵⁶ Würde im Rahmen des verhaltensbasierten Ansatzes eine Datenschutzbestimmung mit dem Ziel untersucht werden, Marktmacht zu bestimmen, ist diese Frage aber rein wettbewerbsrechtlicher Natur. Ziel ist es nicht, die Daten der Verbraucher zu schützen. Das Datenschutzrecht dient dabei lediglich als Hilfsmittel zur Bestimmung der Unangemessenheit. Die Ent-

1451 Vgl. auch § 4a BDSG.

1452 *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363, 365.

1453 *Schneider*, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract., 213 (2018).

1454 EuGH, 23.11.2006, C-238/05, Rn. 63 – *Asnef-Equifax*.

1455 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 164 – *Facebook/WhatsApp*.

1456 EuGH, 23.11.2006, C-238/05, Rn. 63 – *Asnef-Equifax*.

scheidung in *Asnef-Equifax* macht daher eine Berücksichtigung von Datenschutzrecht im Rahmen von Kartellverfahren nicht unmöglich.¹⁴⁵⁷

Neben dieser Herangehensweise, die die Unangemessenheit anhand eines Rechtsverstößes feststellt, kann auch anhand einer Wertermittlung der Daten nachgewiesen werden, dass die Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind. Die OECD misst den Wert von Daten anhand der Marktkapitalisierung des Unternehmens pro Nutzer. Ein Datenbestand eines Nutzers bei Facebook war demnach im Jahr 2012 ca. 300 US-Dollar wert.¹⁴⁵⁸ Dieser Betrag könnte als Referenzwert mit der Leistung verglichen werden, die das Unternehmen dem Nutzer erbringt. Hieraus könnte sich ein Indiz dafür ergeben, ob die Gegenleistung nach der *United-Brands-Formel* in einem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht.¹⁴⁵⁹ Die Austauschbeziehung könnte beispielsweise erst dadurch angemessen werden, dass der Nutzer an dem Werbegewinn beteiligt wird.

Es bestehen damit mehrere Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der Unangemessenheit.

(1.2) Kausalität zwischen unangemessenen Geschäftsbedingungen und Marktmacht

Außerdem müsste sich aus unangemessenen Konditionen Marktmacht ableiten lassen. Sind die Geschäftsbedingungen tatsächlich unangemessen, würde der „verständige Verbraucher“ als *homo oeconomicus* den Anbieter wechseln.¹⁴⁶⁰ Dass er bei dem Anbieter verbleibt, wäre ein Zeichen dafür, dass es keine anderen, vergleichbaren Anbieter gibt.¹⁴⁶¹ Das deutet auf ein Fehlen von Wettbewerb und die marktbeherrschende Stellung des Anbieters hin. Deswegen lässt sich grundsätzlich von unangemessenen Geschäftsbedingungen genau wie bei überhöhten Preisen auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung schließen.¹⁴⁶²

1457 In diese Richtung auch *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 286.

1458 OECD, *Exploring the Economics of Personal Data*, 22.

1459 *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 66–67 (2018); EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 250 – *United Brands*.

1460 Vgl. *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim u.a., *Kartellrecht, Einführung*, Rn. 7; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 3 Rn. 53 ff.

1461 BKartA, *Big Data und Wettbewerb*, 12.

1462 So auch *Haucap*, in *brandeins*, Heft 7 Juli 2017, S. 74; *Eilmansberger/Bien*, in: *MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU)*, Art. 102 AEUV, Rn. 117; *Sandrock*, in:

(1.2.1) Das Privacy Paradox

Umfragen haben jedoch gezeigt, dass die Datenschutzbestimmungen für die Nutzer bei der Auswahl des Angebotes nicht ausschlaggebend sind. Viele Nutzer kennen die Datenschutzbedingungen der Anbieter nicht, weil sie nicht bereit sind, den Aufwand zu betreiben, sie zu lesen. Selbst bei Kenntnis könnten sie diese wegen ihrer Komplexität, die vor allem für Laien schwer verständlich ist, nur schwer miteinander vergleichen.¹⁴⁶³ Die meisten Nutzer von Suchmaschinen betreiben single-homing, ohne die Angebote zu vergleichen.¹⁴⁶⁴ Das Aushandeln der Datenschutzbedingungen oder AGB im Einzelfall wäre auch mit zu hohen Transaktionskosten verbunden.¹⁴⁶⁵ Es würde sich demnach nicht lohnen, auf die Geschäftsbedingungen zu achten, weswegen der Verbraucher sich *Thomas* zufolge durch „rationale Ignoranz“ auszeichnet.¹⁴⁶⁶ Auch wenn Nutzer angeben, dass ihnen Datenschutz wichtig sei, handeln die wenigsten aufgrund dieser Überzeugung, indem sie die Datenschutzbestimmungen lesen oder auf die Nutzung bestimmter Dienste verzichten. Dieser Widerspruch wird als das Paradox der Privatsphäre („privacy paradox“)¹⁴⁶⁷ oder „attitude-action-gap“ bezeichnet.¹⁴⁶⁸

Dieses vermeintliche Paradox lässt sich möglicherweise damit erklären, dass die Qualität vieler Plattformangebote davon abhängt, wie viele Daten über ihre Nutzer die Plattform besitzt. Eine Plattform, die besonders viele Daten erhebt, kann demnach auch einen höheren Individualisierungsgrad bieten. Eine Suchmaschine wie DuckDuckGo hingegen, die keine Nutzerdaten sammelt, kann naturgemäß auch keine Daten dafür verwenden, um ihre Suchergebnisse für den Nutzer individualisieren. Daher erhalten alle Nutzer für die gleiche Anfrage die gleichen Ergebnisse. Die Suchmaschine ist damit neutral. Allerdings ist es auch unwahrscheinlicher, dass der Nutzer sein erhofftes Ergebnis findet. Die Ergebnisse sind weniger zielge-

Merz/Schluep, *Recht und Wirtschaft heute*, 449, 470; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 102 AEUV, Rn. 118.

1463 *The Economist*, 06.05.2017, S. 14 f.; *Körber*, ZUM 2017, 93, 100.

1464 Kommission, 18.02.2010, COMP/M.5727, Rn. 102 f., 221 ff. – *Microsoft/Yahoo! Search Business*; *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 99 (2016).

1465 *Basedow*, in: MünchKomm BGB, Vor § 305 BGB, Rn. 5 f.

1466 *Thomas*, NZKart 2017, 92, 95.

1467 *Monteleone*, 43 Syracuse J. Int'l L. & Com. 69, 87 (2015).

1468 *Hacker*, *Regulating the Digital Economy. Big Data, Artificial Intelligence, and the Law*, Vortrag am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 08.05.2017.

nau.¹⁴⁶⁹ Ein höheres Datenschutzniveau verringert demnach die Qualität des Angebots. Ist die Treffsicherheit dem Nutzer wichtiger als sein Datenschutz, ist das Akzeptieren unangemessener Datenschutzbestimmungen nicht paradox, sondern plausibel. Deswegen werden die Nutzer die Plattform nicht aufgrund der unangemessenen Konditionen wechseln. Auch ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen kann solche Geschäftsbedingungen verwenden.¹⁴⁷⁰ Daher sind solche Konditionen ein schwacher Indikator für Marktmacht.

Dafür spricht weiterhin, dass viele Nutzer bei dem Anbieter verbleiben, den sie zuerst nutzten („status quo bias“). Sie vergleichen nicht verschiedene Angebote hinsichtlich ihres Datenschutzniveaus und treffen danach ihre Entscheidung.¹⁴⁷¹ Microsoft hatte zum Beispiel seinen Windows Media Player und den Internet Explorer auf dem Windows-Betriebssystem vorinstalliert, was dazu führte, dass diese Produkte höhere Marktanteile erringen konnten. Wegen der Einstellung als Standard wechselten die meisten Nutzer nicht das Produkt – die Kommission nannte das in *Microsoft II* die „Trägheit der Anwender“.¹⁴⁷² Hier verglichen die Nutzer mithin nicht mehrere Anbieter und könnten daher den Anbieter auch nicht aufgrund unangemessener Geschäftsbedingungen wechseln.

Außerdem hat sich gezeigt, dass die Nutzer von Suchmaschinen stark markengeleitet entscheiden. In einer Studie wurden Nutzer gefragt, welche Suchergebnisse sie aus einer Auswahl bevorzugten. Es wurden unter anderem Ergebnisse von Google und Bing angezeigt. Die Überschrift der Suchmaschine wurde jedoch bei einigen Testpersonen vertauscht. Obwohl die Nutzer Ergebnisse von Bing vor sich hatten, die sie meistens als schlechter werteten, bevorzugten sie diese, solange nur die Überschrift „Google“ darüber stand. Nutzer hielten demnach die Suchergebnisse von Google unabhängig vom tatsächlichen Inhalt der Ergebnisse für besser.

1469 Ähnlich *Körper*, demzufolge die Individualisierung der Werbung zu einer Qualitätssteigerung führt, siehe *Körper*, NZKart 2016, 303, 305.

1470 So auch *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 245; *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 285.

1471 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 47 – *Microsoft II (Internet Explorer)*; *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 104 ff. (2016). Vgl. zum „status quo bias“ allgemein *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 289 ff.; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, 5 J. Econ. Perspectives 193, 197 ff. (1991).

1472 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 47 – *Microsoft II (Internet Explorer)*; Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792 – *Microsoft I*; *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 104 ff. (2016); *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Daraus folgte die Kommission, dass ein umfangreicher Nutzerwechsel bei einer Qualitätssenkung der Suchmaschinenergebnisse unwahrscheinlich ist.¹⁴⁷³

Anders als der Preis sind Datenschutzbestimmungen wegen dieser fehlenden Transparenz und Vergleichbarkeit weniger entscheidende Wettbewerbsparameter.¹⁴⁷⁴ Deswegen wird es selten vorkommen, dass Nutzer aufgrund von bestimmten Datenschutzbestimmungen den Anbieter wechseln.¹⁴⁷⁵ Auch wirksamer Wettbewerb würde demnach nicht zu angemessenen Geschäftsbedingungen führen.¹⁴⁷⁶ Aufgrund dieses Nutzerverhaltens wäre auch ein nicht marktbeherrschender Anbieter in der Lage, Datenschutzbedingungen durchzusetzen, die ebenso unangemessen sind wie die der marktbeherrschenden Unternehmen.¹⁴⁷⁷ Solche Bedingungen sind demnach kein tauglicher Indikator für Marktmacht.

Das gilt jedoch nur für den speziellen Fall von Datenschutzbestimmungen. Grundsätzlich darf von dem Grundprinzip der Marktwirtschaft ausgegangen werden, dass Verbraucher als *homines oeconomici* ein unangemessenes Austauschverhältnis erkennen und davon absehen, sich in solche Verhältnisse zu begeben. Man darf erwarten, dass Nutzer auf unangemessene Geschäftsbedingungen ähnlich wie auf einen überhöhten Preis reagieren – mit der Suche nach Alternativen. Datenschutzbestimmungen sind dabei eine Ausnahme von der Regel.

Deswegen ist zu unterscheiden, auf welche Parameter ein Verbraucher reagiert und auf welche nicht. Fehlen Verhaltensmuster wie der status quo bias oder die attitude-action-gap, darf grundsätzlich von einer unangemessenen Geschäftsbedingung auf Marktmacht geschlossen werden.

1473 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 312, Fn. 333 – *Google Shopping*. Die Ergebnisse der Studie sind öffentlich abrufbar unter https://docs.google.com/spreadsheets/d/113TWN2OyGSS3nrDPZ9ObCrssqCj_Fufj2mi5BY_sNs4/edit#gid=0, zuletzt abgerufen am 27.9.2018. Vgl. auch *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 102 (2016).

1474 Vgl. dazu bereits in Bezug auf den SSNDQ-Test oben Kapitel 3 C.II.2b). Dort bestand das entscheidende Problem neben dem „status quo bias“ und der „attitude-action-gap“ darin, dass Qualität schwerer zu quantifizieren ist als Preise. Diese Quantifizierbarkeit war aber eine Voraussetzung für eine Alternative des SSNIP-Tests.

1475 *Körber*, NZKart 2016, 303, 305.

1476 *Basedow*, in: MünchKomm BGB, Vor § 305 BGB, Rn. 6; *Thomas*, NZKart 2017, 92, 95.

1477 *Körber*, ZUM 2017, 93, 100; *Thomas*, NZKart 2017, 92, 96 f.

(1.2.2) Patterson: Marktmacht aufgrund der Indifferenz der Nutzer

Dieser Ansicht stellt sich *Patterson* entgegen. Ihm zufolge ist die Gleichgültigkeit der Nutzer gegenüber den Geschäftsbedingungen kein Argument dagegen, die Bedingungen als Marktmachtindiz zu nutzen. Im Gegenteil sollen unangemessene Bedingungen gerade dort, wo die Abnehmer die Bedingungen nicht genau prüfen, Marktmacht indizieren. Marktmacht definiert sich schließlich als Fähigkeit, sich seinen Abnehmern und Konkurrenten gegenüber unabhängig zu verhalten. Kann ein Unternehmen unangemessene Geschäftsbedingungen fordern, ohne dass seine Kunden diese Bedingungen prüfen oder als Anlass zu einem Anbieterwechsel nehmen, zeigt dies, dass der Anbieter sich seinen Kunden gegenüber unabhängig verhalten kann. Das Unternehmen muss dann keine Rücksicht auf seine Kunden in der Ausgestaltung der Konditionen nehmen. Welche Bedingungen die Konkurrenten fordern, beschränkt den Spielraum ebenfalls nicht. Die Marktmacht ergibt sich dann aus der Informationsasymmetrie zwischen den Parteien.¹⁴⁷⁸

Einen gewissen Grad an Marktmacht besitzt jedoch jedes Unternehmen in seinen Märkten. In kleinem Umfang kann jedes Unternehmen seine Preise selber festsetzen. Diese Fähigkeit wird aber gestärkt, wenn die Intransparenz und die Informationskosten im Markt hoch sind. Können Verbraucher beispielsweise die Preise und die Qualität der Produkte nur mit hohem Aufwand vergleichen, gewährt dies den Anbietern einen höheren Preissetzungsspielraum. Bei bestimmten Gütern, sogenannten Suchgütern, fällt ein Vergleich leicht, weil der Verbraucher sich vorher über die Qualität informieren kann. Darunter fallen zum Beispiel solche Waren, bei denen der Verbraucher vor dem Kauf objektive Erfahrungsberichte oder Bewertungen lesen kann. Daneben gibt es Erfahrungsgüter, deren Qualität sich erst mit dem Konsum erschließt, wie zum Beispiel Restaurants, die vom subjektiven Geschmack abhängen. Davon zu unterscheiden sind Vertrauensgüter, deren Qualität sich auch nach dem Konsum nicht erschließen muss. Dazu zählen beispielsweise Expertendienstleistungen, die für den Laien schwer zu durchblicken sind, wie eine Rechtsberatung, die nicht in einem gerichtlichen Verfahren endet. Entwirft ein Anwalt einen Unternehmenskaufvertrag, dessen Abwicklung problemlos abläuft, weiß

1478 *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 69; *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 7 f., 11. Zustimmung *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 34 f.

der Mandant nicht, ob der Vertrag tatsächlich gut entworfen wurde und alle eventuellen Probleme berücksichtigt wurden oder ob der Kauf schlicht glücklich abgelaufen ist.¹⁴⁷⁹

Vor allem bei Vertrauensgütern ist Marktmacht leichter zu erlangen. *Patterson* zufolge sollen die Angebote vieler Internetplattformen dazu zählen. So ist es für den Nutzer schwierig, die Qualität verschiedener Suchmaschinen zu vergleichen.¹⁴⁸⁰ Das gewährt allen Anbietern zu einem bestimmten Grad an Qualitätsbestimmungsmacht. In ähnlicher Weise kann der Nutzer schwerlich das Datenschutzniveau der Anbieter evaluieren. Die Informationskosten und die Intransparenz sind damit sehr hoch. Der Nutzer muss darauf vertrauen, dass er ein gutes Produkt konsumiert, sodass die Reputation von Anbietern für die Anbieterwahl wichtiger wird.

Daher sollen die Intransparenz eines Marktes und die Gleichgültigkeit der Nutzer nicht Argumente gegen, sondern für die Indizwirkung von unangemessenen Geschäftsbedingungen für Marktmacht sein.

Dagegen ließe sich einwenden, dass Macht im allgemeinen Sinne mit der Fähigkeit assoziiert wird, seinen Willen gegen den Widerstand Anderer durchzusetzen.¹⁴⁸¹ Diese Fähigkeit muss aber nicht vorliegen, wenn die Abnehmer keinen Widerstand gegen bestimmte Bedingungen leisten und die vermeintliche Machtausübung freiwillig akzeptieren. Ein solches Verständnis von Marktmacht ist jedoch in der Definition des EuGH bzw. des § 18 GWB nicht angelegt. In diesen Definitionen wird lediglich auf die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten bzw. auf das Fehlen von Wettbewerb und nicht auf die Überwindung eines Widerstands abgestellt.

Das Fehlen eines Widerstands wirft jedoch die Frage auf, ob ein solches Verhalten missbräuchlich ist.¹⁴⁸² Es fällt schwer, ein Verhalten, dem die vermeintlichen Opfer gegenüber indifferent eingestellt sind, als missbräuchlich zu bewerten. Dagegen spricht insbesondere, dass Art. 102 lit. a

1479 Zu den drei verschiedenen Gütergruppen vgl. *Dulleck/Kerschbamer*, 44 J. Econ. Lit. 5 (2006); *Nelson*, 78 J. Polit. Econ. 311 (1970); *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 11.

1480 *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 11.

1481 *Han*, Was ist Macht?, 17; *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 28.

1482 Ohne Begründung ablehnend *Scalia* in seinem Sondervotum in *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 496 (1992). “But this truism about [information costs in] the functioning of markets for sophisticated equipment cannot create “market power” of concern to the antitrust laws where otherwise there is none”.

AEUV von der „Erzwingung“ von Geschäftsbedingungen spricht.¹⁴⁸³ Dies ist jedoch keine Frage des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung, sondern der Missbräuchlichkeit des Verhaltens. Festzuhalten ist daher, dass die Indifferenz der Verbraucher Marktmacht nicht entgegensteht, sondern sie begründen kann.

Insofern ist es auch kleineren Anbietern möglich, sich unabhängig gegenüber ihren Abnehmern zu verhalten. Dies bedeutet, dass alle Anbieter einen gewissen Grad an Marktmacht besitzen könnten. Sowohl im deutschen wie auch im europäischen Recht ist eine solche parallele Marktmacht denkbar.¹⁴⁸⁴

Im Ergebnis ist *Patterson* trotzdem nicht zuzustimmen. Denn die Fähigkeit von Unternehmen zur Durchsetzung ihrer Datenschutzbestimmungen existiert unabhängig von den Wettbewerbsbedingungen stets unter bestimmten Voraussetzungen. In gleicher Weise sind die Anbieter zahlreicher standardisierter Produkte in der Lage, von ihren Kunden bestimmte AGB zu fordern, ohne dass die Kunden darüber verhandeln könnten. Hier ist der Verbraucher dem Unternehmer strukturell unterlegen, sodass auch in Märkten mit hohem Wettbewerbsdruck AGB durchgesetzt werden können. Genauso kann der Mieter zumeist die Mietbedingungen mit seinem Vermieter nicht verhandeln. Diese Situationen beschreiben Machtgefälle, die unabhängig von der wettbewerblichen Marktsituation vorliegen. Eine solche Form von *Verhandlungsmacht* ist aber von dem Begriff der Marktmacht und dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung streng abzugrenzen. Marktmacht existiert nicht aufgrund einer allgemeinen Asymmetrie, wie sie z.B. zwischen Verbraucher und Unternehmer vorliegt, sondern aufgrund einer besonders starken Marktposition im Vergleich zu anderen Wettbewerbern. Ein Unternehmen kann somit nur marktbeherrschend sein, wenn sich diese Stellung aus dem Verhältnis gegenüber seinen Wettbewerbern ergibt. Eine Verhandlungsmacht, die jedem Unternehmen zukommt, ist noch keine Marktmacht. Erst durch den spezifischen Marktbezug wird eine Machtposition zu Marktmacht.

1483 § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB spricht lediglich davon, dass das Unternehmen unangemessene Geschäftsbedingungen „fordert“, wobei diese Formulierung jedoch im Lichte des Art. 102 AEUV ausgelegt werden muss.

1484 Zur relativen Marktmacht und parallelen Einzelmarktbeherrschung siehe oben Kapitel 4 B.I.2.d)ee).

In ähnlicher Weise äußerte sich das OLG Düsseldorf in seinem Facebook-Beschluss:

„Auch auf Märkten mit „scharfem Preiswettbewerb“ können unangemessen benachteiligende Konditionen vereinbart werden, wobei die Ausbeutung nicht auf die Ausübung von Marktmacht zurückzuführen sein muss, sondern auch auf ein „informationelles Marktversagen“ und eine dadurch herbeigeführte „systematische Informationsasymmetrie“ zum Nachteil der Abnehmer beruhen kann, die ihrerseits erst die Rechtswidrigkeit oder Unangemessenheit begründet ...“¹⁴⁸⁵

Hierbei verortet das Gericht die Problematik innerhalb der Frage der Kausalität des Ausbeutungsmisbrauchs. Das OLG erörterte nämlich an besagter Stelle die Fähigkeit nicht-marktbeherrschender Unternehmen, ähnliche Konditionen wie Facebook zu verlangen. Auch „kleinere“ Anbieter seien in der Lage, aufgrund der Asymmetrien zwischen Anbieter und Nutzer gleichartige Konditionen zu fordern. Es fehle somit an der Kausalität des Ausbeutungsmisbrauchs. Anhand der obigen Formulierung wird jedoch deutlich, dass es tatsächlich an dem Anknüpfungspunkt der Kausalität, nämlich der marktbeherrschenden Stellung, auf der der Missbrauch beruhen muss, fehlt. Die Ausbeutung beruhe nämlich nicht auf einer Position mit Marktmacht, sondern auf dem informationellen Marktversagen und der systematischen Informationsasymmetrie.

Somit ist der *wettbewerbliche Ursprung* der Marktmacht eine Voraussetzung für ihr Vorliegen: entstammt die Machtposition lediglich dem Informations- und Motivationsgefälle des Verbrauchers bzw. Nutzers, der unverhältnismäßig hohen Transaktionskosten ausgesetzt wäre, wenn er alle AGB bzw. Datenschutzbestimmungen läse und vergliche, liegt eine bloße Verhandlungsmacht vor.¹⁴⁸⁶ Entspringt jedoch die Machtposition der Tatsache, dass der Abnehmer in dem fraglichen Markt keine Auswahlmöglichkeiten hat und der Anbieter unzureichendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, handelt es sich um Marktmacht. Zwei Machtpositionen, die sich in der isolierten Betrachtung einer Austauschbeziehung gleichen können, sind somit erst anhand ihres Ursprungs zu unterscheiden.

Festzuhalten ist somit, dass die Indifferenz der Nutzer einem Unternehmen keine Marktmacht, sondern lediglich Verhandlungsmacht verleihen kann, die auch in gesteigerter Form nicht zum Vorliegen einer marktbe-

1485 OLG Düsseldorf, 26.8.2019, Az. VI-Kart 1/19 (V), S. 21 – Facebook.

1486 Basedow, in: MünchKomm BGB, Vor § 305, Rn. 5 ff.

herrschenden Stellung führen kann. Ferner ist der wettbewerbliche Ursprung bzw. die Quelle der Marktmacht Voraussetzung für ihr Vorliegen.

(1.2.3) BKartA: akzessorischer Kausalitätsbegriff in Facebook

Das BKartA hatte sich in seiner Facebook-Entscheidung mit der Kausalität zu befassen. Zwar stellte das BKartA fest, dass der Rspr. zufolge lediglich eine „normative“ Ergebniskausalität erforderlich sei und keine strenge Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non*. Dafür reiche es aus, wenn sich das Verhalten auf Grund der Marktbeherrschung im Ergebnis als wettbewerbsschädlich erweist. Es soll ausreichend sein, wenn dem Verhalten die Gefahr innewohnt, die Marktmacht durch Errichtung einer zusätzlichen Marktzutrittsschranke weiter zu verstärken.¹⁴⁸⁷

Das BKartA bejaht aber nicht nur die normative, sondern auch die strenge Kausalität: der Konditionenmissbrauch Facebooks soll von Wettbewerbern, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben, so nicht begangen werden können.¹⁴⁸⁸

Das BKartA begründet dieses Ergebnis mit dem Verweis auf das Datenschutzrecht, demzufolge ein Verstoß in der Streitgegenständlichen Konstellation nur vorliege, wenn das datenverarbeitende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat. Eine Einwilligung in die Datenverarbeitung ist nämlich nach Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO i.V.m. Erwägungsgrund 42 DSGVO nur freiwillig, wenn der Nutzer eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Außerdem ist es gemäß Erwägungsgrund 43 DSGVO unwahrscheinlich, dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung freiwillig erteilt wurde, wenn ein klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht.

Darüber hinaus soll die marktbeherrschende Stellung auch im Rahmen der datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlagen der Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO (im Rahmen der Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung) und nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO (im Rahmen der Interessenabwägung) eine Rolle spielen. Sie führe hier dazu, dass im Hinblick auf die „monopolartige Stellung“ und die damit verbundene Möglichkeit, Datenverarbeitungskonditionen einseitig durchzusetzen, Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO nicht erfüllt

1487 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 873 f. – *Facebook*.

1488 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 880 – *Facebook*.

sei.¹⁴⁸⁹ Darüber hinaus weist das BKartA auf die Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe hin, denen zufolge die marktbeherrschende Stellung des Datenverantwortlichen einen Schlüsselfaktor bei der Interessenabwägung in Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO darstellt.¹⁴⁹⁰

Zusammenfassend bejaht das BKartA die strenge Kausalität, weil die marktbeherrschende Stellung ausschlaggebend für den Datenschutzverstoß war. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung Facebooks fehlen den Nutzern die Alternativen und ihre Einwilligung wurde als unfreiwillig eingeordnet. Ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen könnte einen solchen Datenschutzverstoß nicht begehen, weil aufgrund der dann bestehenden Auswahlmöglichkeiten die Einwilligung voraussichtlich freiwillig abgegeben würde. Die Kausalität hängt damit akzessorisch von der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ab.

Den Vorwurf, ein Datenverarbeitungsspielraum stehe auch nicht-marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung, lehnt das BKartA ab. Der Gesetzgeber habe den Einfluss des Zugangs zu Daten auf Marktmacht mit der Einführung des § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB anerkannt. Außerdem könnten auch Unternehmen auf Märkten mit geringer Preissensibilität über einen Preiserhöhungsspielraum verfügen. Analog gelte dies auch bei Märkten, auf denen nicht mit Geld, sondern mit Daten bezahlt wird. Darüber hinaus werde die fehlende Überblickbarkeit über das Ausmaß der erhobenen Daten durch Marktmacht verschärft. Denn Marktmacht ermögliche Datenverarbeitung auch gegen den Willen des Nutzers. So soll der Nutzer regelmäßig die Lektüre der Datenrichtlinien unterlassen, wenn er aufgrund der Marktbeherrschung des Anbieters ohnehin keine Alternativen hat.¹⁴⁹¹

Letztlich könne es an dem Ergebnis nichts ändern, dass möglicherweise andere marktbeherrschende Unternehmen ebenfalls Datenschutzrechtsverstöße begehen. Diese Verhaltensweisen könnten nicht zu einem „etablierten Industriestandard“ stilisiert werden, da sonst das Unrecht anderer zum Maßstab des Unwerturteils über den Normadressaten erhoben wür-

1489 Vgl. BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 677, 878 – *Facebook*.

1490 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 730, 878 – *Facebook*. Siehe auch Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 43 ff., 51. Die Datenschutzgruppe wurde durch Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingesetzt. Sie ist ein unabhängiges europäisches Beratungsgremium in Datenschutzfragen. Ihre Aufgaben sind in Artikel 30 der Richtlinie 95/46/EG festgelegt, ferner in Artikel 15 der Richtlinie 2002/58/EG.

1491 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 379 ff. – *Facebook*.

de.¹⁴⁹²Im Ergebnis ist dem BKartA in diesem speziellen Fall zuzustimmen. Hängt der Datenschutzverstoß tatsächlich von der marktbeherrschenden Stellung ab, wie es das BKartA feststellt, so liegt akzessorisch zwangsläufig auch die Kausalität vor.

Anzumerken ist, dass es sich vorliegend um einen Fall der *kumulativen Kausalität* handeln würde: denn die marktbeherrschende Stellung und das Fehlen der Rechtfertigungsgründe in Art. 6 Abs. 1 a), b) und f) DSGVO führen noch nicht alleine dazu, dass die Datenverarbeitung unrechtmäßig ist. Die Datenverarbeitung könnte nämlich aufgrund Art. 6 Abs. 1 c), d) oder e) DSGVO gerechtfertigt sein. Erst das Fehlen sämtlicher Rechtfertigungsgründe macht die Datenverarbeitung unrechtmäßig. Die Rspr. fasst auch diese Fälle der kumulativen Kausalität unter die *conditio sine qua non*-Formel, sodass die strenge Kausalität weiterhin vorliegt.¹⁴⁹³

Dieses Ergebnis ist jedoch nicht über den Fall hinaus zu verallgemeinern. Denn tatsächlich ist eine marktbeherrschende Stellung keine Voraussetzung für einen Datenschutzrechtsverstoß. Weder Art. 6 DSGVO noch die Erwägungsgründe 42 und 43 DSGVO erfordern eine marktbeherrschende Stellung. Die Unfreiwilligkeit und das Ungleichgewicht zwischen den Parteien im Sinne der Erwägungsgründe 42 und 43 DSGVO können auch gegeben sein, wenn keine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Denn in vielen Situationen steht einem Unternehmen eine *Verhandlungsmacht* gegenüber Verbrauchern zu, die marktunabhängig vorliegt (vgl. oben Kapitel 4 C. II.3.b)bb)(1.2.2)). Ein Ungleichgewicht in dieser Form von Verhandlungsmacht bedeutet nicht, dass auch eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Auch die Tatsache, dass der Nutzer keine echte oder freie Wahl hat (Erwägungsgrund 42 DSGVO), kann lediglich in der gesteigerten Verhandlungsmacht eines datenverarbeitenden Unternehmens gegenüber gering informierten und motivierten Nutzern begründet sein und nicht der Marktposition des Unternehmens.

Damit ist im Grundsatz nicht von einer kausalen Beziehung zwischen einem Datenschutzrechtsverstoß und einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen.

Das BKartA trifft in der Entscheidung jedoch auch keine Aussage über die Indizwirkung von unangemessenen Datenschutzbestimmungen hinsichtlich des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung: Das BKartA untersuchte in der Entscheidung die Kausalität nicht aus der Perspektive

1492 BKartA, 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 884 – *Facebook*.

1493 BGH, Entscheidung v. 6.7.1990, 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 131 – *Leder-spray*.

der Indizierung von Marktbeherrschung, sondern prüfte entsprechend der Voraussetzungen der Rspr., ob das missbräuchliche Verhalten auf der marktbeherrschenden Stellung (normativ) kausal beruht. Daher hatte das BKartA zu dem Zeitpunkt, in dem es die Kausalität prüfte, bereits die marktbeherrschende Stellung bejaht. Somit konnte es sich darauf stützen, dass die Marktbeherrschung vorliegt und diese entscheidend für den Datenschutzverstoß war. Dann liegt zwangsläufig auch die strenge Kausalität vor.

Wollte das BKartA jedoch die marktbeherrschende Stellung aufgrund des Datenschutzverstoßes indizieren, der wiederum aufgrund der marktbeherrschenden Stellung vorliegt, läge ein Zirkelschluss vor. Somit lässt sich anhand der Facebook-Entscheidung nicht verallgemeinern, dass unangemessene Datenschutz- oder sonstige Geschäftsbedingungen Marktbeherrschung indizieren.

Es bleibt somit dabei, dass unangemessene Geschäftsbedingungen grundsätzlich die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten und somit das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung indizieren. Dabei ist jedoch streng zu unterscheiden, ob der Erfolg dieser Geschäftsbedingungen lediglich der marktunabhängigen Verhandlungsmacht oder der Marktmacht des Unternehmens geschuldet ist.

(2) Gegenüber Unternehmen („B2B“)

Die oben beschriebenen Beziehungen zwischen einem Unternehmen und Verbrauchern (Business to Consumer, „B2C“) sind von der Beziehung zwischen zwei Unternehmen zu unterscheiden (Business to Business, „B2B“). Unternehmer achten üblicherweise genau darauf, welche Geschäftsbedingungen ihnen angeboten werden und vergleichen diese, da sie kommerzielle Interessen verfolgen.

Dies gilt auch, wenn in einer Austauschbeziehung kein Preis gezahlt wird, wie der Fall *VG Media/Google* zeigte, der vor dem LG Berlin verhandelt wurde. In dem Fall machte die VG Media, eine Verwertungsgesellschaft für Verlegeransprüche, einen Anspruch aus § 87f UrhG geltend, wonach Presseverleger das ausschließliche Recht haben, ihre Presseerzeugnisse öffentlich zu verbreiten. Google forderte von der VG Media eine kostenlose Lizenz zur Darstellung von kurzen Nachrichtenausschnitten, sogenannter „Snippets“. Andernfalls würde Google die Snippets der vertre-

nen Verlage nicht mehr in seinen Suchergebnissen anzeigen.¹⁴⁹⁴ Diese Forderung stellte nach dem Vortrag der Kläger einen Ausbeutungsmissbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB dar, wobei das LG den Missbrauch eines marktbeherrschenden Nachfragers durch das Fordern zu niedriger Preise prüfte.¹⁴⁹⁵ Das LG entschied, dass ein Ausbeutungsmissbrauch auch darin bestehen kann, dass eine unentgeltliche Leistung gefordert wird.¹⁴⁹⁶ Die Lizenzvereinbarung könnte als unangemessene Geschäftsbedingung angesehen werden, weil die VG Media darin auf ein Recht verzichtet, das ihr von Gesetzes wegen zusteht, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Es kommt für das Vorliegen von Unangemessenheit aber in erster Linie darauf an, ob die Konditionen auch bei wirksamem Wettbewerb durchgesetzt werden können. Dabei ist eine Saldierung der Leistungen vorzunehmen.¹⁴⁹⁷ Diese Saldierung ergab dem LG zufolge, dass die Darstellung der Nachrichten in Snippets überwiegend Vorteile für die Webseitenbetreiber habe, wobei sich das System insgesamt für beide Seiten als lohnenswert erwies.¹⁴⁹⁸ Bei der Anzeige von Snippets profitieren nämlich sowohl die Verlage als auch die Suchmaschine: Google kann die Ergebnisse seinen Nutzern präsentieren, während die Verlage auf diesem Wege die Nutzer erreichen und so zusätzliche Leser erhalten. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung war daher nicht unangemessen.¹⁴⁹⁹

Ein weiteres, bei Internetplattformen häufiges Verhalten ist das Aufzwingen von Meistbegünstigungs- oder Bestpreisklauseln. Dabei zwingt die Plattform einen Abnehmer, zum Beispiel ein Hotelunternehmen, dazu, das Produkt weder auf einer anderen Plattform noch im Eigenvertrieb

1494 S. für die erstmalige Darstellung des Sachverhalts oben Kapitel 3 A.II.1.a) sowie BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 175 ff. – *VG Media/Google*; LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 68 ff. – *VG Media/Google*.

1495 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 221 – *VG Media/Google; Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 281.

1496 LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 76 – *VG Media/Google*.

1497 LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 76 – *VG Media/Google*.

1498 LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 78 – *VG Media/Google*. Das BKartA hatte hingegen ein zu niedriges Entgelt bejaht, das aber gerechtfertigt sei, weil der Inhaber des Leistungsschutzrechts keinen Anspruch auf einen Eingriff habe, vgl. BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 221 ff. – *VG Media/Google*.

1499 So auch *Körber*, ZUM 2017, 93, 101.

günstiger anzubieten.¹⁵⁰⁰ Auch solche Bedingungen könnten unangemessen sein.¹⁵⁰¹ Dabei ist jedoch zu beachten, dass Meistbegünstigungsklauseln gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verstoßen und daher in der Praxis selten Verwendung finden sollten.¹⁵⁰²

Unabhängig davon, ob im konkreten Fall die Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind, ist beim Vorliegen von unangemessenen Geschäftsbedingungen davon auszugehen, dass Unternehmen die unterschiedlichen Angebote vergleichen und ggfs. wechseln, sofern andere Anbieter zur Verfügung stehen. Wechseln die Unternehmen trotz der unangemessenen Geschäftsbedingungen nicht den Anbieter, deuten die Konditionen auf Marktmacht hin. Anders als bei Verbrauchern ist bei Unternehmen auf der Gegenseite zu erwarten, dass sie auch bei kostenlosen Angeboten auf die Auswahl achten. Der status quo bias und die attitude-action-gap wirken hier nicht, weil die Unternehmen anders als die Verbraucher kommerzielle Interessen verfolgen. Die Kausalität zwischen dem missbräuchlichen Verhalten und Marktmacht liegt damit regelmäßig vor. Diese Ansicht vertrat auch die Kommission in mehreren Fällen, die das Verhältnis zweier Unternehmen untereinander betrafen.¹⁵⁰³

Zusammenfassend können unangemessene Geschäftsbedingungen sowohl bei B2C-, als auch bei B2B-Geschäften eine marktbeherrschende Stellung indizieren.

1500 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 276. Außerdem untersuchte die Kommission die Praxis von Amazon, für e-Books Bestpreisklauseln zu verlangen, vor dem Hintergrund des Art. 102 AEUV, vgl. Kommission, 4.5.2017, AT.40153, Rn. 74 ff. – *Amazon's E-book MFNs*.

1501 Hieraus ließe sich dann auch Marktmacht folgern, vgl. *Collyer/Mullan/Timan*, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 71, 77, Fn. 9.

1502 *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 275 ff.; OLG Düsseldorf, 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148 – *HRS*; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 276.

1503 Kommission, 29.06.2001, 36.041, ABL. (EU) 2002 L 143/1, Rn. 198 f. – *Michelin II*; Kommission, 24.7.1991, IV/31.043, ABL. (EG) 1992 L 72/1, Rn. 146 – *Tetra Pak II*; Kommission, 07.10.1981, IV/29.491, ABL. (EG) 1981 L 353/33, Rn. 35 – *Michelin I*; Kommission, 19.4.1977, IV/28.841, ABL. (EG) 1977 L 117/1, II.A. – *A.B.G./Mineralölgesellschaften*.

cc) Preisdiskriminierung durch personalisierte Preise

(1) Preisdiskriminierung im Internet

Ähnlich wie bei einem Preishöhenmissbrauch kann ein missbräuchliches Verhalten auch darin liegen, dass lediglich einzelne Abnehmer einen erhöhten Preis bezahlen. Eine Preisdiskriminierung liegt vor, wenn ein Anbieter für das gleiche Produkt von verschiedenen Abnehmern unterschiedliche Preise verlangt.¹⁵⁰⁴ Plattformen haben im Internet neue Möglichkeiten gefunden, von ihren Kunden unterschiedliche Preise zu verlangen. Mittels IP-Tracking können Plattformen das Verhalten des Nutzers anhand seiner IP-Adresse¹⁵⁰⁵ im Internet verfolgen und Informationen über den Nutzer und sein Kaufverhalten sammeln. Es werden z.B. das Alter, das Geschlecht, die Herkunft oder das verwendete Endgerät registriert. Indizieren diese Faktoren eine erhöhte Zahlungsbereitschaft, kann die Plattform die Preise darauf hin anpassen. Ein älterer Kunde wird beispielsweise im Durchschnitt eher bereit sein, einen höheren Preis zu bezahlen als ein Kunde im Studentenalter.¹⁵⁰⁶ Daher wird dem älteren Kunden automatisiert ein höherer Preis angezeigt als dem Studenten. Solche personalisierten Preise wurden seit dem Jahr 2000 von Amazon in den USA getestet und werden seitdem von verschiedenen Online-Plattformen verwendet.¹⁵⁰⁷ Außerdem sind die Preise auf den jeweiligen Plattformseiten häufig unterschiedlich. Beispielsweise stellte das BKartA fest, dass einige Dating-Plattformen von Männern einen höheren Tarif als von Frauen fordern.¹⁵⁰⁸ Auch eBay fordert eine höhere Gebühr von seinen Verkäufern als von seinen Käufern.¹⁵⁰⁹

1504 Vgl. EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 223 – *United Brands*.

1505 IP steht für Internet Protokoll. Die Adresse wird Geräten zugewiesen, die an einem Netz beteiligt sind und so identifizierbar werden.

1506 *Körper*, in: Immenga/Körper, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 81, 95.

1507 *Zander-Hayat*, VuR 2016, 403, 404 ff.

1508 Das BKartA nennt die Beispiele mysugardaddy.eu und Christ-sucht-Christ.de, siehe BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 23, 51 f. – *Online-Dating-Plattformen*.

1509 Verkäufer zahlen eine Provision in Höhe von 10% des Verkaufspreises an eBay, siehe <https://verkaeuferportal.ebay.de/gebuehren-private-verkaeuer#anchor34976>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

Diese Praxis begegnet vor dem lauterkeitsrechtlichen (§ 5a Abs. 2 UWG),¹⁵¹⁰ datenschutzrechtlichen,¹⁵¹¹ aber wegen § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB und Art. 102 S. 2 lit. c AEUV, die Diskriminierungen verbieten, auch vor dem kartellrechtlichen Hintergrund Bedenken und könnte einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen. Eine Preis- bzw. Konditionenspaltung liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB vor, wenn ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen im Vergleich zu dem vom marktbeherrschenden Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern gefordert werden und dies nicht sachlich gerechtfertigt ist.¹⁵¹² Art. 102 S. 2 lit. c AEUV ist enger formuliert. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern angewendet und diese dadurch im Wettbewerb benachteiligt werden. Die Ungleichbehandlung von Endverbrauchern fällt jedoch nicht hierunter, sondern ist von der Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs in Art. 102 S. 2 lit. a AEUV oder der Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV erfasst.¹⁵¹³

Eine Preisdiskriminierung liegt nur vor, wenn die unterschiedlich bezahlten Leistungen der Plattform an die Nutzer gleichwertig sind.¹⁵¹⁴ Es kann daher bereits an einer Diskriminierung fehlen, wenn die Leistungen für die eine Plattformseite mit höheren Kosten als für die andere Plattformseite verbunden sind. Die Kostenberechnung ist dabei schwierig und müsste zwischen den separaten Kosten für die einzelnen Plattformseiten und den Gemeinkosten unterscheiden.¹⁵¹⁵

1510 *Zander-Hayat*, VuR 2016, 403, 407.

1511 *Steppe*, 33 C.L.S. Rev. 768 (2017).

1512 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 287.

1513 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 276; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 375; Kommission, 20.7.1999, IV/36.888, ABl. (EG) 2000 L 5/55, Rn. 88 ff. – *Fußball-Weltmeisterschaft 1988*.

1514 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 279.

1515 *Hawk*, United States, Common Market and International Antitrust, Vol. II, 567.

(2) Rechtfertigung der Diskriminierung

Außerdem kann eine Diskriminierung gerechtfertigt sein. Trifft ein Produkt bei bestimmten Nutzergruppen auf eine stärkere Nachfrage als bei anderen, ist es dem Anbieter grundsätzlich erlaubt, von ihnen einen höheren Preis zu fordern.¹⁵¹⁶ Eine Gegen Ausnahme greift jedoch, wenn dadurch ein Markt abgeschottet wird.¹⁵¹⁷

Aus diesem Grund könnte die Preisindividualisierung durch IP-Tracking gerechtfertigt sein. Dort wird der Preis an die individuelle Zahlungsbereitschaft angepasst.

Für viele Geschäftsmodelle von Internetplattformen ist es außerdem erforderlich, dass die Preise, welche die Plattform von den jeweiligen Nutzergruppen fordert, optimal an deren Nachfrageelastizität angepasst werden. Zahlt jeder Nutzer genau so viel, wie er höchstens bereit ist zu zahlen, ist auf allen Plattformseiten insgesamt die größtmögliche Zahl von Nutzern versammelt, sodass die Netzwerkeffekte am stärksten wirken.¹⁵¹⁸ So ist ein Verkäufer bei eBay bereit, eine höhere Gebühr zu bezahlen, weil er ohnehin durch die Transaktion Geld einnimmt. Der Käufer zahlt hingegen ungerne einen höheren Preis.¹⁵¹⁹ Werber sind bereit, eine Suchmaschine zu finanzieren, während bei den Suchnutzern die Zahlungsbereitschaft gering ist. Passt die Suchmaschine ihre Preise entsprechend an, wird sie die meisten Nutzer anziehen können. Die unterschiedlichen Preise auf den Plattformseiten können mithin damit gerechtfertigt werden, dass die Nachfrage auf den jeweiligen Seiten unterschiedlich stark ist.

Weiterhin können niedrigere Preise als selektive Rabatte betrachtet werden. Ein Beispiel hierfür sind die unterschiedlichen Tarife von Microsoft für Universitäten und Forschungseinrichtungen, die dazu dienen, Studenten möglichst früh mit den Programmen des Unternehmens in Verbin-

1516 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 281; Kommission, 29.3.1994, IV/33.941, ABL. (EG) 1994 L 104/34, Rn. 199 ff. – *HOV-SVZ/MCN*.

1517 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 282; EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 229 – *United Brands*.

1518 Vgl. *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293, 332 (2014).

1519 *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7 ff.

derung zu bringen.¹⁵²⁰ Solche Rabattsysteme sind ebenfalls Preisdiskriminierungen, die jedoch gerechtfertigt sein können.¹⁵²¹

(3) Kausalität zwischen der Preisdiskriminierung und Marktmacht

Liegt eine nicht gerechtfertigte Preisdiskriminierung vor, stellt sich die Frage, ob daraus Marktmacht gefolgert werden darf.

Während einige Gerichte in den USA die Preisdiskriminierung als Indikator für Marktmacht akzeptieren,¹⁵²² hat der Supreme Court sich zuletzt ausdrücklich gegen eine Vermutung zugunsten von Marktmacht ausgesprochen.¹⁵²³

Die Europäische Kommission sah in *TACA* die Vermutung zugunsten einer marktbeherrschenden Stellung, die von den hohen Marktanteilen ausging, durch ein diskriminierendes Preissystem bestätigt. Ein Logistikunternehmen forderte für die Verfrachtung höherwertiger Waren höhere Preise als für Güter mit niedrigerem Wert, obwohl die Kosten für die Verfrachtung bei beiden Gütern gleich hoch waren. Außerdem forderte das Unternehmen Währungsausgleichzuschläge von seinen Kunden, deren Unterschiede es nicht erklären konnte.¹⁵²⁴ Das EuG bestätigte die Entscheidung in diesem Punkt.¹⁵²⁵

In einem Markt mit wirksamem Wettbewerb ist es schwer vorstellbar, dass eine nicht gerechtfertigte Preisdiskriminierung auf lange Sicht Bestand hat. Fordert ein Unternehmen von bestimmten Abnehmern höhere Preise, sollten die höheren Gewinnaussichten seinen Wettbewerbern einen Anreiz dazu geben, ihre Verkaufsstrategie auf diese Abnehmergruppe zu

1520 OLG München, 23.11.2017, Az. 29 U 142/17 Kart, Rn. 57 – *Academic Conditions*.

1521 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 285 ff. Zu Rabattsystemen wegweisend der EuGH, 06.09.2017, C-413/14 P – *Intel/Kommission*. Vgl. auch *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 517c, S. 161.

1522 *Coal Exporters Association of U.S. v. U.S.*, 745 F.2d 76, 91 (D.C. Cir. 1984); *U.S. Steel v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610, 617 (1977); *U.S. v. Eastman Kodak*, 63 F.3d 95, 106 (2d Cir. 1995).

1523 *Illinois Tool Works v. Independent Ink*, 547 U.S. 28, 44–45 (2006).

1524 Kommission, 16.9.1998, IV/35.134, ABl. (EG) 1999 L 95/1, Rn. 533 ff. – *TACA*.

1525 EuG, 30.9.2003, T-191/98, Slg. 2003 II, 3275, Rn. 904 – *Atlantic Container Line u.a./Kommission*.

fokussieren und so das Preisniveau zu senken.¹⁵²⁶ Bleibt diese Entwicklung aus, lässt sich dies damit erklären, dass die Wettbewerber fehlen, die die Preispolitik des Unternehmens kontrollieren könnten. Anhand der Höhe des Preisunterschieds kann dann das Ausmaß von Marktmacht bestimmt werden.¹⁵²⁷ Insofern unterscheidet sich der Zusammenhang von Marktmacht und einer Preisdiskriminierung nicht von dem Zusammenhang von Marktmacht und einem Preishöhenmissbrauch. In beiden Fällen wird davon ausgegangen, dass überhöhte Preise vom Wettbewerb korrigiert werden.

Gerade im Internet ist es besonders einfach, Preise zum Beispiel mithilfe von Vergleichsplattformen zu vergleichen, sodass eine höhere Transparenz herrscht. Dadurch können Abnehmer eine Diskriminierung leichter entdecken und den Anbieter wechseln, sodass es Unternehmen schwer fallen sollte, bei wirksamem Wettbewerb die Preise zu spalten. Daher weist bei Internetplattformen eine Preisdiskriminierung eher auf eine Störung des Wettbewerbs durch marktmächtige Unternehmen hin.

Aus ökonomischer Sicht erfüllt eine Preisdiskriminierung bereits *per se* die Voraussetzungen für Marktmacht als Preisbestimmungsmacht. Marktmacht wird als Fähigkeit des Unternehmens definiert, Preise zu fordern, die über den Grenzkosten liegen. Bei einer Preisdiskriminierung liegen die Preise für einige Abnehmer notwendigerweise über den Grenzkosten, während die Preise für andere Kunden darunter liegen können. In diesem Sinne soll Preisdiskriminierung Ausdruck von Preisbestimmungsmacht sein.¹⁵²⁸

Eine Ausnahme gilt jedoch, wenn ein Unternehmen seine Produkte ohne die Preisdiskriminierung mit Verlust verkaufen würde. So ist das Anbieten einer bestimmten Flugstrecke für eine Fluggesellschaft nur wirtschaftlich sinnvoll, wenn das Flugzeug mit einer bestimmten Anzahl an Fluggästen besetzt wird. Es wird Geschäftsreisende geben, die kurzfristig an bestimmten Orten sein müssen und bereit sind, dafür einen höheren Preis zu bezahlen. Daher verlangen die Fluggesellschaften grundsätzlich einen höheren Preis für späte Buchungen. Gleichzeitig wird es Reisende geben, die eine Reise langfristiger planen können, zeitlich flexibel sind und auch andere Reisemittel wie die Bahn oder das eigene Fahrzeug nutzen können.

1526 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 517a, S. 152; *Bork*, The Antitrust Paradox, 395.

1527 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 517b, S. 154.

1528 Vgl. *Levine*, 19 Yale J. Reg. 1, 3 (2002); *Muysert*, E.C.L.R. 2004, 350, 351; *Scheerer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 489 ff.

Wegen ihrer Alternativen sind sie nicht bereit, den gleichen, hohen Preis des Geschäftsreisenden zu bezahlen. Um möglichst effizient zu sein, muss die Fluggesellschaft das Flugzeug möglichst voll besetzen und daher den Bedarf dieser beiden Gruppen gleichzeitig bedienen. Das erreicht sie, indem sie von dem Geschäftsreisenden einen höheren Preis verlangt, wodurch der niedrigere Preis des anderen Reisenden finanziert wird.¹⁵²⁹ Würde die Fluggesellschaft von allen Fluggästen denselben Preis verlangen, müsste dieser zwischen dem Preis für Geschäftsreisende und für flexible Reisende liegen. Dadurch würden einige der flexiblen Reisenden abgeschreckt und die Fluggesellschaft müsste den einheitlichen Preis erhöhen, um die gleichen Einnahmen zu erhalten. Hierdurch gingen wiederum mehr Fluggäste verloren. Jede Fluggesellschaft, die keine Preisdiskriminierung vornimmt, wird demnach Marktanteile verlieren. Die Anbieter sind daher zur Diskriminierung gezwungen, um am Markt zu bestehen.¹⁵³⁰ Eine Preisdiskriminierung ist in diesem Fall mit einem intakten Wettbewerb vereinbar. Die Preisdiskriminierung ist in solchen Fällen lediglich ein Mittel, um die Produktionskapazitäten optimal auszulasten.¹⁵³¹ Weder beschert die Preisdiskriminierung den Unternehmen Monopolgewinne, noch liegt dadurch der Preis über dem Niveau effektiven Wettbewerbs.¹⁵³² Tatsächlich wird der Absatz nicht reduziert, wie ein marktbeherrschendes Unternehmen es könnte, sondern insgesamt ausgeweitet, da durch die Diskriminierung auch Kunden mit niedrigerer Zahlungsbereitschaft Zugang zu dem Produkt erlangen.¹⁵³³ Ist diese Preisdiskriminierung nicht schon gerechtfertigt, lässt sich daraus jedenfalls nicht Marktmacht schlussfolgern.

Bei Internetplattformen spielt eine solche Optimierung der Kapazitätsauslastung jedoch eine geringere Rolle in der Strategie der Unternehmen, weil die Kapazitäten schnell und kostengünstig erweitert oder reduziert werden können.¹⁵³⁴ Eine Auktionsplattform wie eBay wird zum Beispiel

1529 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 517c1, S. 156-157; *Levine*, 19 Yale J. Reg. 1, 22-23 (2002).

1530 *Muyser*, E.C.L.R. 2004, 350, 352.

1531 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 117; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 118; *Völcker*, 41 C.M.L.R. 1027, 1048-1049 (2004). Vgl. auch *Baumöl/Swanson*, 70 Antitrust L.J. 661 (2003); *Prescott*, 83 J. Pol. Econ. 1229 (1975), die mit ökonomischen Modellen zeigen, wie diskriminierende Preise auch bei wirksamem Wettbewerb möglich sind.

1532 *Muyser*, E.C.L.R. 2004, 350, 351.

1533 *Muyser*, E.C.L.R. 2004, 350, 352; *Wright*, 3 Rev. Network Econ. 44, 47-48 (2004).

1534 Siehe oben Kapitel 4 B.II.6.b).

nicht von einigen Nutzern eine höhere oder niedrigere Gebühr verlangen, weil dann ihre Server besser ausgelastet wären.

Es ist daher erforderlich, die Fälle, in denen die Produktionsauslastung eine Preisdiskriminierung erfordert, von den übrigen zu unterscheiden. Dafür kann darauf abgestellt werden, ob die Preise für die Kunden im oberen Preissegment ohne die Preisdiskriminierung sinken oder steigen würden. Steigen die Preise, deutet das darauf hin, dass die Preisdiskriminierung tatsächlich der Kapazitätsauslastung diene. Denn dann war das Unternehmen durch die Preisdiskriminierung in der Lage, effizienter zu arbeiten und damit das Produkt günstiger anzubieten. Sinken die Preise hingegen, liegt eine echte Preisdiskriminierung vor, die nicht durch die Optimierung der Kapazitätsauslastung gerechtfertigt werden kann.¹⁵³⁵

Zusammenfassend ist zunächst zu prüfen, ob differenzierte Preise tatsächlich eine verbotene Preisdiskriminierung darstellen oder ob sie gerechtfertigt sind. Eine verbotene Preisdiskriminierung kann dann grundsätzlich auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung hindeuten. Die Indizierung der Marktmacht kann aber dadurch entkräftet werden, dass die Preispolitik lediglich der Kapazitätsauslastung des Unternehmens dient.

dd) Einschränkung der technischen Entwicklung

(1) Innovationsträgheit als Marktmachtindikator

Ein weiteres Verhalten, das als Indikator für Marktmacht in Betracht kommt, ist die Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher, die gemäß Art. 102 S. 2 lit. b AEUV verboten ist. Bei diesem Regelbeispiel handelt es sich um eine der selten einschlägigen Fallgruppen des Missbrauchsverbots. Das rührt daher, dass es zum einen schwierig ist, zu bestimmen, wann die technische Entwicklung eingeschränkt wird.¹⁵³⁶ Zum anderen ist es grundsätzlich auch marktbeherrschende Unternehmen nicht verboten, darauf zu verzichten, neue Produkte zu entwickeln, deren Verkauf sich möglicherweise nicht rentiert.¹⁵³⁷ In

1535 *Muysert*, E.C.L.R. 2004, 350, 354.

1536 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 260 f.

1537 *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 214.

British Telecommunications bejahte allerdings die Kommission das Vorliegen eines Missbrauchs, weil das Unternehmen in Verträgen die Nutzung veralteter Telekommunikationssysteme vorgeschrieben hatte.¹⁵³⁸ Auch der EuGH erkannte es an, dass der Einsatz veralteter Technologien ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 102 S. 2 lit. b AEUV darstellen kann.¹⁵³⁹

Solch ein Verhalten könnte auf Marktmacht schließen lassen, wenn es dem Unternehmen gelingt, seine Produkte trotz der technischen Rückständigkeit erfolgreich zu verkaufen. Das könnte ein Anzeichen dafür sein, dass den Abnehmern keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen und sie an die Nutzung des Produkts eines Anbieters gebunden sind.

In dieser Weise berücksichtigte die Kommission die Entwicklung des Internet Explorers in *Microsoft II*. Die Kommission untersuchte in dem Verfahren die Kopplung des Internet Explorers an das Betriebssystem Windows. Der Internet Explorer 6.0 wurde über fünf Jahre hinweg nicht geändert. Er kam 2001 auf den Markt, der Internet Explorer 7.0 erst 2006 und der Internet Explorer 8.0 im Jahr 2009. Außerdem stellte die Kommission fest, dass weder der Internet Explorer 7.0 noch die früheren Versionen den wichtigsten Konkurrenzprodukten, insbesondere dem Webbrowser Firefox, überlegen zu sein schienen. Trotzdem war der Marktanteil des Internet Explorer in diesem Zeitraum wesentlich höher als der seiner Konkurrenten.¹⁵⁴⁰

Auch *Mundt* sieht einen Zusammenhang zwischen der Anzahl der Updates und dem Wettbewerbsdruck:

„Ein gutes Beispiel ... ist der Internet Explorer, der lange Zeit einen Marktanteil von 90 Prozent hatte. In dieser quasi-Monopolzeit hat Microsoft den Browser über fünf Jahre nicht ein einziges Mal geupdatet. Eines der innovativsten Unternehmen der Welt hat eines der damals innovativsten Produkte

1538 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 261; Kommission, 10.12.1982, IV/29.877, ABL 1982 L 360/36, Rn. 34 – *British Telecommunications*.

1539 EuGH, 10.12.1991, C-179/90, Slg. 1991 I-5889, Rn. 19 – *Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*. Übrige Fälle des Art. 102 S. 2 lit. b AEUV betreffen v. a. Zugangsverweigerungen, vgl. *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 215. Siehe dazu unten Kapitel 4 C.II.3.c)cc).

1540 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 54 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

*im Internet völlig vernachlässigt – einfach, weil es keine Konkurrenz gab. Erst als Mozilla Firefox auf den Markt kam, hat sich das verändert.*¹⁵⁴¹

Der Markterfolg Microsofts, gepaart mit der Innovationsträgheit des Unternehmens, legen es nahe, dass die Verbraucher keine Auswahl zwischen mehreren Anbietern hatten. Insbesondere bei kostenfreien Angeboten wie Internetbrowsern stellt sich die Frage, weshalb ein Verbraucher ein Produkt nutzen sollte, das in technischer Hinsicht geringwertiger ist als seine Alternativen, aber für den gleichen Preis zu erwerben ist. Die Antwort darauf können Netzwerkeffekte liefern: So kann sich bei Plattformen ein veraltetes Angebot lange am Markt halten können, weil die Netzwerkeffekte die Nutzer an die Plattform binden („lock-in-Effekt“), obwohl es technisch bessere Alternativen gibt.¹⁵⁴² In diesem Fall könnte das Unternehmen die Qualität unabhängig von seinen Wettbewerbern bestimmen. Das würde ein Indiz für Marktmacht darstellen, weil es anscheinend keine gleichwertigen Alternativen gibt, zu denen die Verbraucher wechseln können. So ist es vorstellbar, dass ein Telekommunikationsnetzwerk auf einem technisch veralteten Stand verbleibt, weil Verbraucher, die ein neues Netzwerk nutzen wollten, über dieses niemanden erreichen könnten, solange nicht ausreichend andere Verbraucher – eine kritische Masse – dem neuen Netzwerk beitreten.¹⁵⁴³

Damit kann die Einschränkung der technischen Entwicklung zum Nachteil der Verbraucher als Indiz für Marktmacht dienen.

(2) Innovationsaktivität als Argument gegen das Vorliegen von Marktmacht

Außerdem flossen Innovationstätigkeiten als Argument im negativen Sinne gegen das Vorliegen von Marktmacht in die Marktmachtbestimmung mit ein:

1541 Interview mit Andreas Mundt, abrufbar unter <http://www.businessinsider.de/andreas-mundt-so-wehrt-sich-das-kartellamt-gegen-amazon-und-facebook-2017-10>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1542 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 49.

1543 *Farrell/Klemperer*, in: *Armstrong/Porter, Handbook of Industrial Organization* (Vol. 3), 1970, 2009 f. Dabei wird unterstellt, dass Netzwerkeffekte kein Qualitätsmerkmal darstellen, vgl. zum SSNDQ-Test oben Kapitel 3 C.II.2.

In *Microsoft/Skype* wurde durch den Zusammenschluss zwar ein neuer Marktführer mit Marktanteilen von 80-90% geschaffen.¹⁵⁴⁴ Trotzdem gab die Kommission den Zusammenschluss frei, weil sie davon ausging, dass die neue Einheit unter stetigem Innovationsdruck stehe. Das wurde anhand der Anzahl der Softwareänderungen nachgewiesen. Die Kommission stellte fest, dass Nutzer den Anbieter wechseln würden, sobald die Innovationsaktivität verlangsamt würde. Die Verbraucher würden in dem Bereich der elektronischen Kommunikation stark auf die Innovativität der Produkte reagieren. Anbieter, die ihren Nutzern nicht stets neue, innovative Funktionen bieten, würden schnell von Wettbewerbern verdrängt. Die Innovationen von Skype sollten für seinen Erfolg maßgeblich gewesen sein, wie die Kommission einer Liste der Software-Änderungen zeigte.¹⁵⁴⁵ Diese Neuerungen sollten nachweisen, dass Skype nicht untätig geblieben ist, sondern stetig die Qualität seiner Produkte weiter verbesserte. Skype soll dazu gezwungen gewesen sein, um dem Wettbewerbsdruck standzuhalten. Dieser Wettbewerbsdruck widerlegte die Vermutung, die von den hohen Marktanteilen zugunsten der Entstehung einer beherrschenden Stellung ausging.

In seinem Verfahren in den USA brachte Microsoft ein Beweismittel zur Widerlegung der monopoly power vor, das in eine ähnliche Argumentationsrichtung ging. In dynamischen Märkten fehle es an monopoly power, wenn ein Unternehmen einen erheblichen Teil seines Umsatzes für Forschung und Entwicklung aufwendet. Der entsprechende Umsatzanteil bei Microsoft betrug 17%. Das sollte zeigen, dass Microsoft nicht vom Innovationswettbewerb unabhängig ist, sondern stets innovativ bleiben muss, um seine Stellung zu halten.¹⁵⁴⁶ Insofern könne sich das Unternehmen nicht unabhängig von seinen Wettbewerbern verhalten. Das Gericht akzeptierte dieses Argument jedoch zu Recht nicht. Kosten für Forschung und Entwicklung können zwar ein quantifizierbarer Maßstab für die Innovativität eines Unternehmens sein, wobei diese aber nur aussagekräftig sind, wenn sie mit den Zahlen konkurrierender Anbieter im Vergleich stehen. Microsofts Umsatzanteil kann in einer etablierten Industriebranche hoch, aber in dynamischen Branchen wie Informationstechnologie oder Pharmazie durchschnittlich sein. Außerdem wird auch ein marktbeherrschendes Unternehmen ausgiebig in Forschung und Entwicklung investieren, wenn es seine Stellung weiter ausbauen will. Auch ein Unternehmen, das seinen

1544 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 109 – *Microsoft/Skype*.

1545 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 120 ff. – *Microsoft/Skype*.

1546 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 56-57 (D.C. Cir. 2001).

Markt beherrscht, kann ein Interesse daran haben, seine Software stetig zu verbessern.¹⁵⁴⁷

Demnach wird ein hoher Innovationsdruck in der Rspr. in den USA und in der Union zwar grundsätzlich als Einwand gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung akzeptiert. Als Nachweis für diesen Druck ist jedoch jedenfalls nicht der Verweis auf hohe Forschungs- und Entwicklungsausgaben zulässig.

Im deutschen Recht eröffnet § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB die Möglichkeit, innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck bei der Ermittlung der Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen. Es kommt jedoch für das Durchgreifen dieses Einwands darauf an, wie der Innovationsdruck im konkreten Fall nachgewiesen wird und wie sich dies auf die Marktposition des Unternehmens auswirkt. So hatte sich im Facebook-Verfahren das Unternehmen darauf berufen, umfangreiche Investitionen in den Bereichen Forschung und Entwicklung zu tätigen, um dem stetigen Innovationsdruck der Branche standhalten zu können. Außerdem listete es zahlreiche Innovationen und Änderungen seines Dienstes auf, die aufgrund des herrschenden Innovationsdrucks durchgeführt worden sein sollen.¹⁵⁴⁸ Das BKartA entschied jedoch, dass allein die Möglichkeit, dass Facebook auf Innovationen von Wettbewerbern in Teilfunktionen überhaupt reagieren muss und nicht auf einem bestimmten Stand der Produkte stehen bleiben kann, eine Marktherrschaft nicht ausräumen kann. Es sei nicht erforderlich, dass sich die Marktherrschaft in einer verschlechterten technischen Qualität, der Verringerung von Ausgaben für Forschung und Entwicklung und durch Verzögerung von Markteinführungen bemerkbar macht. Vielmehr sei auch die Fähigkeit, wettbewerbliche Vorstöße von außen *abzuwehren*, Ausdruck von Marktmacht. Denn entscheidend sei der Druck, der tatsächlich von Wettbewerbern ausgeübt werden kann. Dieser ist dem BKartA zufolge nur schwach ausgeprägt, wenn die durchaus feststellbare Innovationstätigkeit durch schnelle Abwehr letztlich keine Wirkung entfalten kann. Aus diesem Grund sei der Vergleich mit dem Netzwerk MySpace nicht angemessen, das 2009 gerade nicht diese Fähigkeit zur schnellen Abwehr besessen hatte.¹⁵⁴⁹ Darüber hinaus erschöpfe sich der Verhaltensspielraum, der eine Marktherrschaft kennzeichnet, nicht in den Spielräumen der Innovations- oder Investitionstätigkeit. Vielmehr sei insbesondere bei werbe-

1547 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 57 (D.C. Cir. 2001).

1548 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 506 ff. – *Facebook*.

1549 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 517 – *Facebook*.

finanzierten Netzwerken Teil dieses Verhaltensspielraum der Datenverarbeitungsspielraum gegenüber privaten Nutzern.¹⁵⁵⁰

c) Behinderungsmisbräuche

aa) Benachteiligung von Drittanbietern auf der Plattform

Eine weitere, häufige Form des Missbrauchs bei Internetplattformen ist die Benachteiligung von Drittanbietern auf der eigenen Plattform. Plattformen ermöglichen in vielen Fällen gewinnorientierten Unternehmen den Zugang zu ihren Nutzern. Diese Drittanbieter sind ein notwendiger Teil der Plattform, da es den Nutzern häufig darum geht, deren Angebote zu finden. Sucht ein Nutzer zum Beispiel mit einer Suchmaschine nach einem Produkt, erhofft er sich damit, in den Suchergebnissen Anbieter dieses Produkts zu finden, wie Online-Händler, Auktionshäuser oder Preisvergleichsseiten. Die Plattform kann durch diese Vermittlung Gewinn erwirtschaften, indem sie eine Vermittlungsgebühr fordert oder Werbeanzeigen anbietet. Der Gewinn kann jedoch noch gesteigert werden, indem das Angebot der Drittanbieter ebenfalls von der Plattform angeboten wird. Wenn der Nutzer die Suchplattform nicht nur als Vermittler in Anspruch nimmt, um zu einer Preisvergleichsseite zu gelangen, sondern der Preisvergleich ebenfalls auf der Plattform angeboten wird, verbringt der Nutzer dort mehr Zeit und schenkt ihr mehr Werbeaufmerksamkeit. Dadurch kann die Plattform ihren Gewinn erhöhen. Aus diesem Grund bot Google einen eigenen Preisvergleichsdienst an, setzte ihn an die Spitze seiner Suchergebnisse und stufte andere Preisvergleichsseiten in den Suchmaschinen nach unten, wo sie von den Nutzern nicht mehr wahrgenommen wurden. Dieses Verhalten wurde in der Entscheidung *Google Shopping* der Europäischen Kommission als Missbrauch eingestuft.¹⁵⁵¹ Auch in anderen Bereichen, wie zum Beispiel im Internethandel, ist es üblich, dass Unternehmen vertikale Integrationen vornehmen, sodass die Abnehmer eines Unternehmens gleichzeitig Wettbewerber sind. Das bringt die Anbieter in einen Interessenkonflikt, in dem es für sie vorteilhaft ist, die eigenen Produkte gegenüber denen von Drittanbieter zu bevorzugen.¹⁵⁵²

1550 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 518 – *Facebook*.

1551 Höppner, WuW 2017, 421; Kommission, 27.06.2017, AT.39740 – *Google Shopping*.

1552 Khan, 126 Yale L. J. 710, 754 (2017).

Das Verfahren *Google Shopping* der Europäischen Kommission ist in dieser Hinsicht kein Einzelfall. In den USA wurde Google in zwei Verfahren vorgeworfen, Drittanbieter herabgestuft zu haben.¹⁵⁵³ Weiterhin hat der Drittanbieter Yelp eine Beschwerde bei der Kommission eingereicht, die derjenigen strukturell ähnelt, die zu der Google-Shopping-Entscheidung führte.¹⁵⁵⁴ Yelp bietet Bewertungen und Informationen zu Restaurants, Friseuren, Handwerkern und ähnlichen Dienstleistern an. Google selbst bietet nun ebenfalls diesen Dienst an der Spitze seiner Suchergebnisse an, während der Link zu Yelp erst deutlich weiter unten in den Suchergebnissen angezeigt wird.¹⁵⁵⁵ Bereits Microsoft war in ähnlicher Weise tätig. Das Unternehmen verringerte die Kompatibilität seines Betriebssystems Windows mit den Programmen von Drittanbietern wie Netscape oder Java. Dadurch funktionierten diese Programme auf Windows nicht mehr einwandfrei, was den Microsoft-eigenen Produkten wie dem Internet Explorer einen Vorteil verschaffte.¹⁵⁵⁶ Der englische High Court of Justice verglich dieses Verhalten mit dem einer Einzelhandelskette. So könnte ein Einzelhändler seine marktbeherrschende Stellung missbrauchen, indem er den Tee seiner Hausmarke an prominenter Stelle in den Regalen platziert, während die Teesorten von Drittanbietern auf Randplätze verschoben werden.¹⁵⁵⁷

Nach deutschem Recht kann dieses Verhalten einen Fall des Behinderungs- oder Diskriminierungsmissbrauchs darstellen, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Die Kommission bejahte in *Google Shopping* einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV.¹⁵⁵⁸

Bei Suchmaschinen ist die Grenze zwischen verbotener Diskriminierung und erlaubter Optimierung der Suchergebnisse fließend. Die Ergebnisse sind auf den Nutzer hin individualisiert und dies ist auch von den meisten Nutzern gewünscht. Die Treffsicherheit zeichnet eine Suchmaschine aus. Um dies zu erreichen, müssen einige Inhaltenanbieter herabgestuft werden.

1553 FTC, 03.01.2013, File No. 111-0163 – *Google's Search Practices; KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).

1554 Das Verfahren *Google Shopping* ging zurück auf eine Initiative der britischen Suchmaschine Foundem, vgl. www.searchneutrality.org.

1555 Financial Times, 22.5.2018, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/42ac9192-5dd2-11e8-ad91-e01af256df68>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1556 *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 520b2; *US v Microsoft*, 65 F. Supp. 2d 1, 19 (D.D.C. 1999).

1557 *Streetmap EU Ltd v Google & Ors*, [2016] EWHC 253 (Ch), Rn. 60.

1558 Kommission, 27.06.2017, AT.39740 – *Google Shopping*.

Dies dient jedoch der Optimierung des Angebots. Die Diskriminierung kann dann gerechtfertigt sein.¹⁵⁵⁹

Aus solchen Verhaltensweisen lässt sich jedoch Marktmacht grundsätzlich nicht folgern:

Werden Drittanbieter diskriminiert, lässt sich zwar davon ausgehen, dass sie zu einer anderen Plattform wechseln, bei der sie gleich behandelt werden. Die Drittanbieter bei Suchmaschinen könnten als Reaktion auf eine Herabstufung ihr eigenes Angebot in den Suchergebnissen sperren, indem sie das Robots Exclusion Protocol ihrer Website ändern.¹⁵⁶⁰ Damit erreicht die Suchmaschine jedoch das, was sie ohnehin bezweckte, nämlich, dass ihre Nutzer nicht mehr das Angebot der Drittanbieter, sondern das eigene Angebot der Suchmaschine benutzen. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen einer marktbeherrschenden und einer kleinen Suchmaschine. Will eine nicht-marktbeherrschende Suchmaschine einen Drittanbieter aus ihren Ergebnissen verdrängen, fehlt dem Drittanbieter ebenso wie bei einer marktbeherrschenden Plattform ein wirksames Mittel, um auf die Diskriminierung zu reagieren. Auf dieser Plattformseite kann sich eine marktbeherrschende Plattform daher genauso diskriminierend verhalten wie eine kleinere Plattform. Grundsätzlich lässt sich demnach Marktmacht aus einer Diskriminierung nicht folgern.

Anders liegt es, wenn der Drittanbieter einen Dienst anbietet, den die Nutzer unbedingt nachfragen. Im Einzelhandel gibt es beispielsweise „must-stock-Produkte“ mit einem starken Markenimage, die ein Händler führen muss, wenn er nicht die Kunden verlieren will, die dieses Produkt nachfragen.¹⁵⁶¹ Auch die Nutzer einer Plattform sind insofern von der Diskriminierung von Drittanbietern betroffen. Werden bestimmte Suchergebnisse, die ein Nutzer interessant findet, von der Suchmaschine herabgestuft oder ganz ausgeblendet, leidet aus seiner Perspektive die Qualität der Suchmaschine, weil er nicht findet, wonach er gesucht hatte. Wechseln Nutzer danach nicht, kann dies Marktmacht indizieren.¹⁵⁶²

Es kommt damit einerseits darauf an, wie essentiell der von der Diskriminierung betroffene Drittanbieter aus Nutzersicht ist. Andererseits muss wie im Fall der unangemessenen Geschäftsbedingungen auch berücksich-

1559 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 290 ff.

1560 Vgl. zum „Robots Exclusion Protocol“ oben Kapitel 3 A.II.1.a).

1561 BKartA, Zusammenfassung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 11 f.

1562 So auch *Patterson*, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013, 17.

tigt werden, ob die Nutzer einen Qualitätsunterschied bemerken und aufgrund dessen den Anbieter wechseln. Die meisten Nutzer von Suchmaschinen sind single-homer und vergleichen die verschiedenen Anbieter nicht.¹⁵⁶³ Eine nicht-marktbeherrschende Plattform kann in der Lage sein, bestimmte, weniger wichtige Drittanbieter zu diskriminieren, solange dadurch nicht das Qualitätsniveau der Plattform unter eine bestimmte Schwelle herabsinkt.¹⁵⁶⁴ So ist eine Studie zu dem Ergebnis gekommen, dass Suchmaschinen mit geringeren Marktanteilen ebenso oder noch deutlicher ihre eigenen Dienste bevorzugen als Suchmaschinen mit hohen Marktanteilen.¹⁵⁶⁵ Insofern ist eine Diskriminierung kein Indikator für Marktmacht. Erst wenn die Plattform essentielle Drittanbieter diskriminieren kann, ohne dass die Nutzer wechseln, deutet dies auf Marktmacht hin.¹⁵⁶⁶ Dementsprechend entschied das District Court des District of Columbia in *Microsoft*, dass nur ein marktbeherrschendes Unternehmen die Qualität seines eigenen Produkts durch die Diskriminierung verringern könnte, ohne dass die Abnehmer zu Konkurrenten wechseln.¹⁵⁶⁷

bb) Kopplungsgeschäfte

Häufig wird die Diskriminierung Dritter damit verbunden, das eigene Produkt zu bevorzugen, indem es an die Nutzung eines anderen Produktes gekoppelt wird. Beispiele solcher Verhaltensweisen liefern die aus den Microsoft-Fällen bekannten Kopplungsgeschäfte. Microsoft knüpfte den Erwerb von Windows daran, dass der Windows Media Player und der Internet Explorer als vorinstallierte Software ebenfalls erworben wurden.¹⁵⁶⁸ Dieses Verhalten kann einen Behinderungsmisbrauch gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 S. 2 lit. d AEUV darstellen.¹⁵⁶⁹

1563 Kommission, 18.02.2010, COMP/M.5727, Rn. 102 f., 221 ff. – *Microsoft/Yahoo! Search Business*; *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 99 (2016).

1564 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 517, Bd. IIB S. 151 ff.

1565 *Wright*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series 12-14 (2011).

1566 Dafür müsste eine Suchmaschine wie Google die Links zu anderen großen Internetanbietern wie Amazon oder eBay herabstufen können.

1567 *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 520b2; *US v Microsoft*, 65 F. Supp. 2d 1, 19 (D.D.C. 1999).

1568 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530 – *Microsoft II (Internet Explorer)*; Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792 – *Microsoft I*.

1569 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 200.

Nach der h. M. lässt ein Kopplungsgeschäft den Rückschluss auf Marktmacht zu, da der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts von der Marktmacht abhängt: das koppelnde Produkt werden Abnehmer trotz des Nachteils des zusätzlich zu erwerbenden gekoppelten Produkts nur kaufen, wenn sie nicht die Wahl haben, auf andere, nicht gekoppelte Produkte auszuweichen. Gibt es jedoch genügend Wettbewerber, die das gekoppelte Produkt oder ein Substitut separat anbieten, wird sich das gekoppelte Angebot schwer verkaufen. Dann wäre es wirtschaftlich unvernünftig aus der Sicht des Unternehmens, seine Produkte zu koppeln.¹⁵⁷⁰ Ein Beispiel liefert die Hilti-Entscheidung des EuG:

„Nach Meinung der Kommission stellen die von ihr — als Beweise für eine beherrschende Stellung — festgehaltenen Beispiele für das Verhalten der Klägerin auf dem Markt sämtlich Verhaltensweisen dar, die man normalerweise bei einem beherrschenden Unternehmen feststelle. Sicherlich könne sich auch ein nichtbeherrschendes Unternehmen in dieser Weise verhalten, aber in der Praxis sei es wenig wahrscheinlich, daß es dies tun werde, weil ein effektiver Wettbewerb normalerweise sicherstelle, daß die Nachteile eines solchen Verhaltens etwaige Vorteile überwögen. So seien etwa Koppelungsverkäufe normalerweise ein Verfahren, das einem nichtbeherrschenden Lieferanten keinerlei Vorteile biete. Die entsprechende Verhaltensweise der Klägerin stelle daher einen zusätzlichen Beweis für die Macht dar ... In diesen Fällen erfordert der Missbrauch eine marktbeherrschende Stellung; wenn ein missbräuchliches Verhalten aber nur möglich ist, wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist es zulässig, vom Missbrauch auf das Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung zu schließen... Wie die Kommission zu Recht geltend gemacht hat, ist zudem sehr unwahrscheinlich, daß ein Lieferant in nichtbeherrschender Stellung sich so wie die Klägerin verhält, da ein wirksamer Wettbewerb normalerweise sicherstellt, daß die Nachteile einer solchen Verhaltensweise die etwaigen Vorteile überwiegen.“¹⁵⁷¹

Das EuG verzichtet hier auf eine Erklärung der Zusammenhänge, die dazu führen, dass es Marktmacht als notwendige Bedingung für Kopplungsge-

1570 *Eilmansberger*, Euro. Comp. J. 2006, 15, 26; *Eilmansberger/Bien*, in: Münch-Komm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 117 ff.; *U.S. Steel v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610, 617 (1977). Hier entschied der Supreme Court der USA: “In some tying situations, a disproportionately large volume of sales of the tied product resulting from only a few strategic sales of the tying product may reflect a form of economic “leverage” that is probative of power in the market for the tying product.”

1571 EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 87, 93 – *Hilti*.

schäfte ansieht. Vermutlich hatte das Gericht eine Situation vor Augen, in denen ein Abnehmer ein bestimmtes Produkt einzeln kaufen will, aber nur das gekoppelte Angebot des Marktbeherrschers vorfindet. Kauft der Abnehmer das Produkt trotzdem, wird er das vermutlich tun, weil er nicht die Wahl hat, auf einen anderen Anbieter auszuweichen. In diesen Fällen lässt sich tatsächlich von dem Vorliegen eines Kopplungsgeschäfts auf Marktmacht schließen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Abnehmer die beiden Produkte freiwillig gekoppelt erwerben, weil dies ein attraktives Gesamtpaket bietet.¹⁵⁷² So könnte es Stimmen in der Literatur zufolge in der Sache *Google Android* liegen, in der die Kommission ein missbräuchliches Verhalten Googles bejaht hat. Google stellte den Herstellern von Mobiltelefonen (Original Equipment Manufacturers, „OEMs“) sein mobiles Betriebssystem Android kostenlos zur Verfügung. Die OEMs erhielten jedoch nur eine Lizenz für die Google-Applikation „Play Store“, die auf Android läuft, wenn sie die Google-Suche und den Google-Browser Chrome als Standardprogramme vorinstallierten.¹⁵⁷³ Darin liegt zwar eine Kopplung der verschiedenen Applikationen. Die OEMs haben aber ein Interesse an dieser Vereinbarung, weil die Verbraucher ohnehin ein Produkt mit Google-Apps nachfragen.¹⁵⁷⁴ Die Kommission nennt das eine „out-of-box experience“.¹⁵⁷⁵ Wenn ein gutes Angebot freiwillig von den Kunden angenommen wird, ist das jedoch kein Anzeichen von Marktmacht, sondern auch nicht-marktbeherrschenden Anbietern möglich. So verkaufen viele OEMs beispielsweise ihre Mobiltelefone inklusive Kopfhörern. Dies ist in dem stark fragmentierten Markt für Mobiltelefone auch aus der Sicht kleinerer OEMs sinnvoll, da sie auf diese Weise ihren Kunden ein besseres Gesamtangebot bieten können. Das bedeutet aber nicht, dass die OEMs einen unabhängigen Verhaltensspielraum besitzen. Es zeigt lediglich die erfolgreiche Teilnahme am Leistungswettbewerb.¹⁵⁷⁶

1572 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 600.

1573 Kommission, Pressemitteilung vom 14.07.2016, IP/16/2532 (Google Shopping/AdSense).

1574 *Cole*, E.C.L.R. 2016, 37(8), 340, 342.

1575 Kommission, Factsheet zur Mitteilung der Beschwerdepunkte für Google zu Android-Betriebssystem und Anwendungen; *Todd*, 13 Euro. Comp. J., 62, 84 ff (2017). *Todd* nennt auch als Beispiel für eine harmlose Koppelung einen Schuh, der mit Schnürsenkeln verkauft wird. Hier ist jedoch fraglich, ob diese zwei Gegenstände separate Produkte darstellen, was eine Voraussetzung dafür ist, dass eine Koppelung vorliegt, siehe *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition, Rn. 4.479.

1576 So auch *Körber*, NZKart 2014, 378, 382 ff.

Damit sollte entgegen der h. M. aus dem Vorliegen von Kopplungsgeschäften nicht auf Marktmacht geschlossen werden.

cc) Zugangsverweigerungen

Eine weitere Missbrauchsfallgruppe bei Online-Plattformen ist die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen. Es wird befürchtet, dass Unternehmen derart umfangreiche Datenbestände aufbauen können, die ihnen einen solchen Wettbewerbsvorteil verschaffen, dass Konkurrenten den Anschluss verlieren und der Wettbewerb im Datenverarbeitungsmarkt ausgeschlossen wird.¹⁵⁷⁷ Dann stellt sich die Frage, ob ein Zugangsanspruch zu diesem Datenbestand besteht.¹⁵⁷⁸ So lag es beispielsweise in *PeopleBrowsr v. Twitter*: das Unternehmen PeopleBrowsr analysierte Daten von Twitter, um Personenprofile zu erstellen und zu verkaufen, bis Twitter den Zugang zu den Daten verweigerte, um die Daten selbst zum gleichen Zweck zu benutzen.¹⁵⁷⁹ In *Microsoft/LinkedIn* prüfte die Kommission, ob die neue Einheit nach dem Zusammenschluss den Anreiz hätte, anderen Unternehmen den Zugang zu seinem Datenbestand zu verwehren.¹⁵⁸⁰ Online-Plattformen basieren außerdem zunehmend darauf, dass Beiträge nicht redaktionell, sondern von den eigenen Nutzern geschaffen werden, z.B. bei YouTube, Twitter oder Facebook („Web 2.0“). Das verschafft den Plattformen die Möglichkeit, die Beiträge der Nutzer zu löschen und so den Zugang zu der Plattform verweigern.

Derartiges Verhalten könnte gegen § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB verstoßen, wenn es sich um Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen handelt. Bei dieser Fallgruppe geht es aber typischerweise um physische Infrastruktureinrichtungen wie Flughäfen oder Bahnhöfe.¹⁵⁸¹ Online-Plattformen fallen nicht darunter.¹⁵⁸² Bei Online-Plattformen kann jedoch ein Behinderungsmissbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vorliegen oder die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB eingreifen, unter die auch die Fälle der es-

1577 *Körber*, NZKart 2016, 303.

1578 *Drexl*, NZKart 2017, 415, 418 f.; *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363, 365 f.

1579 *PeopleBrowsr v. Twitter*, No. C-12-6120 EMC (N.D. Cal. 2013).

1580 Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 265 ff. – *Microsoft/LinkedIn*.

1581 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 321; *Wolf*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 152.

1582 A.A. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 322.

sential facility-Doktrin gefasst werden.¹⁵⁸³ Das gleiche gilt für die Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV.¹⁵⁸⁴

Aus einer Lieferverweigerung lässt sich Marktmacht jedoch nicht folgern. Es gibt durchaus Gründe dafür, weshalb ein Unternehmen einem anderen den Zugang zu seinen Einrichtungen verweigern sollte, auch wenn es seinen Markt nicht beherrscht: so kann ein Marktteilnehmer auf vertragliche Beziehungen verzichten, weil er mit einem Geschäftspartner negative Erfahrungen gemacht hat, z.B. hinsichtlich der Pünktlichkeit der Zahlungen. Vor dem Hintergrund der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) steht es dem Unternehmen sogar grundsätzlich offen, aus beliebigen, nicht-geschäftlichen Gründen den Zugang zu seinen Einrichtungen zu verweigern.¹⁵⁸⁵ Eine Zugangsverweigerung ist damit grundsätzlich erlaubt und darf nicht dazu genutzt werden, ein Unternehmen unter den Generalverdacht zu stellen, es missbrauche seine beherrschende Stellung. Auch ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen hat die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten, ein Geschäft zu verweigern. Darüber hinaus lässt sich aus der Lieferverweigerung der Schluss nicht ziehen, dass dem Abnehmer keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Die Zugangsverweigerung ist damit kein geeigneter Indikator für Marktmacht.¹⁵⁸⁶

Bei Web 2.0-Plattformen kann sich die Zugangsverweigerung jedoch auf die Qualität auswirken und so ein Indiz für Qualitätsbestimmungsmacht sein. Löscht die Plattform häufig Beiträge ihrer Nutzer, sind sie daran gehindert, die Plattform zu benutzen und die Qualität leidet aus ihrer Sicht. Wandern danach die Nutzer nicht ab, spricht das für die Alternativlosigkeit des Angebots und damit dafür, dass sich die Plattform unabhängig vom Qualitätswettbewerb verhalten kann.

dd) Kampfpreise

Ein missbräuchliches Verhalten kann außerdem darin bestehen, dass ein Unternehmen zu niedrige Preise fordert. Richten sich die niedrigen Preise

1583 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 352 ff; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 370; *Wolf*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB), § 19 GWB, Rn. 33, 52.

1584 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 316 ff.

1585 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 387.

1586 So auch *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 119.

gegen Wettbewerber, kann darin ein Behinderungsmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 S. 1 AEUV zu sehen sein. Durch solche Kampfpreise wird versucht, Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, weswegen diese Strategie auch „predatory pricing“ genannt wird.¹⁵⁸⁷

(1) Vorliegen von Kampfpreisen bei Internetplattformen

Für sich genommen sind besonders niedrige Preise jedoch keine Kampfpreise, wenn sie lediglich den Zweck verfolgen, den eigenen Absatz zu steigern. Kampfpreise liegen auch nicht bereits vor, wenn die Preise unterhalb der Kosten oder der Einkaufspreise liegen, da Unternehmen grundsätzlich eine weite Preisbildungsfreiheit haben.¹⁵⁸⁸ Zusätzlich dazu ist ein Verdrängungszweck erforderlich, d.h. die Absicht des Unternehmens, mithilfe der Kampfpreise Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen.¹⁵⁸⁹ Der EuGH nahm in seiner AKZO-Entscheidung an, dass ein Verdrängungszweck vorliegt, wenn der Preis unter den variablen Durchschnittskosten liegt, d.h. den Kosten, die sich abhängig von der Ausbringungsmenge verändern.¹⁵⁹⁰ Liegt der Preis oberhalb der variablen Durchschnittskosten, aber unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten, so müssen zusätzliche Indizien vorliegen.¹⁵⁹¹

Viele Online-Plattformen bieten ihre Leistungen zumindest auf einer Plattformseite kostenlos an. Dieses Verhalten kommt grundsätzlich als Kampfpreisunterbietung in Betracht.¹⁵⁹² Nach den AKZO-Kriterien wird bei einem kostenfreien Angebot nämlich der Verdrängungszweck vermutet, weil ein Preis von Null regelmäßig unter den variablen Durchschnittskosten für die Zurverfügungstellung des Online-Angebots liegen wird. Hinter der AKZO-Vermutung steckt jedoch der Gedanke, dass es für Unternehmen nicht wirtschaftlich sein kann, unter den variablen Durchschnittskosten zu verkaufen. Ein Interesse, trotzdem entsprechende Preise festzusetzen, kann nur darin liegen, Konkurrenten aus dem Markt zu drän-

1587 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 189.

1588 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 188.

1589 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 189.

1590 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 497 ff.

1591 EuGH, 03.07.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 71 f. – AKZO; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 189; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 302 ff.

1592 Vgl. *Körber*, ZUM 2017, 93, 100.

gen und danach die Preise zu erhöhen.¹⁵⁹³ Das Unternehmen erbringt nur kurzfristig ein „Opfer“, das es später über Preiserhöhungen kompensiert.¹⁵⁹⁴ Das ist bei Online-Plattformen anders.¹⁵⁹⁵ Eine Preissetzung unterhalb der Kosten bedeutet hier auch langfristig nicht, dass das Verhalten wirtschaftlich unvernünftig ist oder Verluste entstehen. Die Kosten auf einer Plattformseite werden üblicherweise durch die Einnahmen auf einer anderen Seite, z.B. durch Werbung, überkompensiert. Deswegen sollte darauf abgestellt werden, ob die Plattform unter Einbeziehung aller Plattformseiten einen Dienst mit Verlust verkauft, d.h. die Kosten müssen mit den Einnahmen aller Seiten verrechnet werden.¹⁵⁹⁶ Erst dann kann entschieden werden, ob eine Kampfpreisunterbietung vorliegt.

Eine solche „Quersubventionierung“ ist aber auch in der analogen Wirtschaft aufzufinden, wenn weniger einträchtige Geschäftsbereiche durch Gewinne in anderen Bereichen finanziert werden, wie im Fall *Deutsche Post AG*.¹⁵⁹⁷ Im Post- und Telekommunikationsbereich sieht die Kommission in solchen Verhaltensweisen eine Wettbewerbschädigung.¹⁵⁹⁸ Regelmäßig liegt in einer Quersubventionierung nach der Praxis der Kommission aber kein Missbrauch; verboten ist ein solches Verhalten nur, wenn die Subventionierung der Verdrängung von Wettbewerbern dient.¹⁵⁹⁹

Eine Quersubventionierung stellt bei Internetplattformen ein übliches Geschäftsmodell dar, mit dem lediglich die Zahlungsbereitschaft der verschiedenen Nutzergruppen berücksichtigt wird. Die Plattform, die sich den Preiselastizitäten der Plattformseiten am besten anpasst, wird auch auf

1593 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 302.

1594 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 511.

1595 *Körber*, NZKart 2014, 378, 382.

1596 *Mandrescu*, E.C.L.R. 2017, 410, 417; *Wright*, 3 Rev. Network Econ. 44, 48 (2004).

1597 Vgl. Kommission, 20.03.2001, 35.141, Rn. 5 – *Deutsche Post AG*.

1598 „Quersubventionierung liegt vor, wenn ein Unternehmen die Kosten seiner Tätigkeit in einem Produkt- oder geographischen Markt ganz oder teilweise seinen Aktivitäten in einem anderen Produkt- oder geographischen Markt zu-rechnet. Im Telekommunikationsbereich kann Quersubventionierung unter bestimmten Umständen zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, indem z. B. Mitbewerber durch Angebote ausgeschaltet werden, die nicht auf Effizienz oder Leistung beruhen, sondern nur mit künstlichen Mitteln ermöglicht werden, wie etwa durch Subventionierung.“ – Kommission, Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl. (EG) 1991 C 233/02, Rn. 102 ff.

1599 *Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 233 ff.

beiden Seiten am erfolgreichsten sein.¹⁶⁰⁰ Das kann bedeuten, dass auf einer Seite kein Preis gezahlt wird, ohne dass das einen Kampfpriest darstellenn muss.¹⁶⁰¹ Es geht den Plattformen damit nicht darum, Konkurrenten aus dem Markt zu drängen.¹⁶⁰²

Das gilt insbesondere für competitive bottlenecks: Auf der single-homing-Seite finden sich üblicherweise sehr niedrige Preise. Diese Preise müssen jedoch nicht der Verdrängung von Wettbewerbern dienen, sondern sind Ausdruck der geringen Marktmacht der bottlenecks gegenüber den single-homern.¹⁶⁰³

Die Methode zur Bestimmung des Vorliegens eines Kampfpriest wurde zuletzt in *Intel* mit dem „equally-efficient-competitor-Test“ konkretisiert.¹⁶⁰⁴ Für das Vorliegen eines Kampfpriest spricht es danach, wenn durch die Preissetzung des marktbeherrschenden Unternehmens mindestens ebenso leistungsfähige bzw. effiziente Wettbewerber verdrängt werden könnten.¹⁶⁰⁵ Um das zu beurteilen, wird darauf abgestellt, ob die Marktstruktur und hierbei insbesondere die Marktanteilsverteilung es zulassen, dass trotz der Preissetzung des Marktbeherrschers ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber den Markt betreten könnte.¹⁶⁰⁶ Bei Plattformen darf für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht nur eine Plattformseite betrachtet werden. Erst die Berücksichtigung aller Plattformseiten kann zeigen, welches Geschäftsmodell welche Leistungsfähigkeit besitzt.¹⁶⁰⁷ Ein Unternehmen, das auf einer Seite höhere Verluste verursacht als ein anderes, kann trotzdem effizienter sein, wenn es auf einer anderen Seite höhere Gewinne erwirtschaftet.

Zusammenfassend lässt sich bei niedrigen Preisen von Internetplattformen nicht ohne weiteres darauf schließen, dass es sich um einen missbräuchlichen Kampfpriest handelt. Trotzdem ist das Vorliegen von Kampfpriest im Internet nicht ausgeschlossen. So hat beispielsweise *Khan* in Be-

1600 *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 76; *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___4 (2018); *Rysman*, 23 J. Econ. Perspect., 125, 130 (2009).

1601 So auch der Supreme Court in *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___12 (2018).

1602 *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition, Rn. 4.338 ff.

1603 Vgl. oben Kapitel 4 B.I.2.d)aa) sowie *Körber*, ZUM 2017, 93, 100.

1604 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 493; EuGH, 06.09.2017, C-413/14 P, Rn. 136 ff. – *Intel/Kommission*.

1605 EuGH, 06.09.2017, C-413/14 P, Rn. 136 ff. – *Intel/Kommission*; EuGH, 06.10.2015, C-23/14, Rn. 66 – *Post Danmark II*.

1606 *Hieber/Cetintas*, NZKart 2016, 220, 223 f.

1607 *Mandrescu*, E.C.L.R. 2017, 410, 417.

zug auf Amazon geschildert, dass auch Internetplattformen weitreichend Kampfpreise zur Verdrängung von Wettbewerbern verwenden.¹⁶⁰⁸

(2) Ist Marktmacht eine Bedingung für Kampfpreise?

Steht fest, dass eine Online-Plattform unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Branche einen Kampfpreis festgesetzt hat, stellt sich die Frage, ob dies als Indiz für Marktmacht dienen kann.

Bei Online-Plattformen sind *Körper* zufolge niedrige Preise, insbesondere Nullpreise, kein Indiz für Marktmacht, sondern Ausdruck eines alternativen Finanzierungsmodells.¹⁶⁰⁹ Daran ist richtig, dass niedrige Preise durch eine Quersubventionierung zwischen den Plattformseiten zustande kommen können. Allerdings ist ein Kampfpreis nicht bloß ein niedriger Preis. Liegt ein Kampfpreis nach den oben dargestellten Kriterien vor, d.h. verkauft ein Unternehmen sein Produkt langfristig – unter Berücksichtigung der Kosten und Einnahmen der gesamten Plattform – unter den variablen Kosten, ist das kein alternatives Finanzierungsmodell, sondern ein missbräuchliches Verhalten, das gleichermaßen effiziente Wettbewerber aus dem Markt verdrängen kann. Das muss nicht bei jedem Nullpreis der Fall sein – allein die alternative Finanzierungsmöglichkeit von Online-Plattformen schließt es aber umgekehrt nicht aus, dass kein Kampfpreis vorliegt.

Ausgangspunkt der Beantwortung der Kausalitätsfrage sollte sein, ob es ausschließlich aus der Sicht marktbeherrschender Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll ist, Kampfpreise zu fordern.

Nothdurft zufolge soll eine Kampfpreisunterbietung jedem Unternehmen möglich sein, das ausreichende Ressourcen hat. Jedes Unternehmen kann seine Preise so lange senken, bis es insolvent ist. Dafür benötigt das Unternehmen keine marktbeherrschende Stellung.¹⁶¹⁰ Dass eine Kampfpreisunterbietung jedem Unternehmen mit ausreichenden Ressourcen möglich ist, ist nicht abzustreiten, doch ermöglichen es gerade diese Mittel dem Unternehmen, Wettbewerber zu verdrängen, was Marktmacht dar-

1608 *Khan*, 126 Yale L. J. 710, 756 ff. (2017).

1609 *Körper*, ZUM 2017, 93, 100.

1610 So *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht (12. Aufl. 2014), § 19 GWB, Rn. 365. In der 13. Aufl. 2018 unterbleibt diese Stellungnahme, siehe *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 471 ff.

stellt.¹⁶¹¹ Das Unternehmen, das im Vergleich zu seinen Wettbewerbern die überlegenen Ressourcen hat, beherrscht dann den Markt. Diesem Unternehmen fällt es leichter, Verdrängungsstrategien durchzusetzen. Daher nennt § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB die Finanzkraft als Faktor für Marktmacht.¹⁶¹² Es wäre demgegenüber aus der Perspektive eines finanzschwachen Unternehmens wirtschaftlich nicht sinnvoll, Kampfpreise bis zum Zeitpunkt der Insolvenz zu fordern. Auch wenn diese Möglichkeit theoretisch besteht, muss grundsätzlich von dem rational handelnden Unternehmer ausgegangen werden, der sein Unternehmen nicht dieser Gefahr aussetzt. Es muss für das Vorliegen von Kausalität ausreichen, dass ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen sich *wahrscheinlich* nicht in der betreffenden Weise verhalten wird, weil das Verhalten aus seiner Sicht wirtschaftlich unvernünftig ist, weil es durch den Wettbewerb korrigiert würde. Auf die Wahrscheinlichkeit als Maßstab stellte auch das EuG in *Hilti* ab.¹⁶¹³ Eine realistische Betrachtung der Anreize der Unternehmen erlaubt es daher, zumindest im Grundsatz davon auszugehen, dass Kampfpreise Marktmacht indizieren.

Außerdem wird durch die Kampfpreisunterbietung unmittelbar eine Markteintrittsbarriere geschaffen, weil es potentiellen Konkurrenten so erschwert wird, ihr Produkt gewinnbringend zu verkaufen. Diese hohen Markteintrittsbarrieren können die Marktmacht des Unternehmens absichern.¹⁶¹⁴ Insofern wird es durch Kampfpreise wahrscheinlicher, dass ein Unternehmen seinen Markt beherrscht.

Gegen Kampfpreise als Indiz für Marktmacht wurde jedoch u.a. vom EuGH eingewendet, dass solche Preissenkungen nicht mit der Absicht der Verdrängung von Wettbewerbern geschehen müssen, sondern dem Druck einer Preissenkung der Wettbewerber geschuldet sein können. Dann indiziert die Preissenkung nicht Marktmacht, sondern effektiven Wettbewerb und damit die Abwesenheit von Marktmacht.¹⁶¹⁵ Deswegen ist es erforder-

1611 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 38 – *Hoffmann-La Roche*.

1612 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 110.

1613 EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 87, 93 – *Hilti*.

1614 *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition, Rn. 4.173.

1615 *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 63; EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 71 – *Hoffmann-La Roche*; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 107. In der deutschen Version des EuGH-Urteils findet sich in dieser Rn. ein Übersetzungsfehler. Statt „unvermeidbar“ müsste es „unvereinbar“ heißen, nach der engl. Version „incompatible“.

lich, dass diejenigen Marktteilnehmer, die auf diesen Preiskampf lediglich reagieren, unterschieden werden von denen, die ihn gestalten, vorantreiben und letztendlich gewinnen. Die Preisfolger passen ihre Preispolitik nur aufgrund des herrschenden Wettbewerbsdrucks an, während die Preisführer diesen Druck ausüben. Kann anhand von Preisbewegungen nachverfolgt werden, welches Unternehmen zu welcher Gruppe gehört, liegt es nahe, dass die Preisführer Marktmacht besitzen.¹⁶¹⁶

O'Donoghue/Padilla haben weiterhin eingewendet, dass dann den Unternehmen ein Anreiz genommen wird, am Preiswettbewerb teilzunehmen. In Furcht davor, als beherrschendes Unternehmen eingestuft zu werden, sollen sie davor zurückschrecken, ihre Preise zu reduzieren, bevor diese als Kampfpreise eingestuft werden.¹⁶¹⁷ Dass Unternehmen durch das kartellrechtliche Risiko eingeschüchtert werden, wird jedoch erstens dadurch weniger wahrscheinlich, dass die Kartellbehörden sich nicht alleine auf die Kampfpreise stützen können, um eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen. Vielmehr ist weiterhin erforderlich, dass der Markt strukturell untersucht wird und die Marktanteile ermittelt werden. Zweitens liegt ein Kampfpreis gerade nicht bereits bei einer schlichten Preissenkung vor. Erst wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser Preis der Verdrängung von Wettbewerbern dient oder dies zur Folge hat, verstößt die Preissenkung gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB. Daher können Kampfpreise weiterhin ein Indikator für Marktmacht sein.

Zusammenfassend ist für die Kausalitätsprüfung langfristig zu beobachten, welche Unternehmen Preisführer und welche Preisfolger sind. Ist ein Kampfpreis nachgewiesen, kann daraus grundsätzlich Marktmacht gefolgert werden.

4. Fazit zum Unternehmensverhalten

Dieser Abschnitt hat geprüft, inwiefern das Unternehmensverhalten ein sinnvoller Indikator für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sein kann.

Wird auf den Marktanteil als primärer Indikator für Marktmacht abgestellt, müssen dabei einige Schwächen dieser Methode beachtet werden.

1616 So auch *Eilmansberger*, Euro. Comp. J. 2006, 15, 24. Die Terminologie der Preisführer und Preisfolger ist der Situation des engen Oligopols entlehnt, vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 198 f.

1617 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 166.

Die Aussagekraft von Marktanteilen ist davon abhängig, dass die Marktabgrenzung richtig durchgeführt wurde. Die Marktabgrenzung ist jedoch durch subjektive Faktoren bedingt. Außerdem ist unklar, ab welcher Höhe ein Marktanteil eine marktbeherrschende Stellung indizieren sollte. Dazu kommt bei Internetplattformen, dass bei competitive bottlenecks Marktanteile auf der single-homing-Seite nicht aussagekräftig sind, während ein bottleneck auf der multi-homing-Seite bereits bei niedrigeren Marktanteilen Marktmacht besitzen kann. Zudem stehen Marktanteile und Marktmacht bei Internetplattformen in einem grundlegend anderen Zusammenhang als auf analogen Märkten. Marktmacht ergibt sich nicht aus der Kontrolle von Produktionskapazitäten, sondern aus der Internalisierung von Netzwerkeffekten. Welche Rolle Marktanteile dabei spielen, ist für die Rspr. noch *terra incognita*. So ist es beispielsweise noch unklar, ob ein tipping, auf das es bei Netzwerkeffekten ankommt, bei den gleichen Marktanteilsschwellen wie in der analogen Wirtschaft das Vorliegen einer beherrschenden Stellung vermuten lässt.

Daher ist es sinnvoll, neben den Marktanteilen weitere Faktoren zu Rate zu ziehen, um Marktmacht zu messen. Einer dieser Faktoren, auf den in den USA und in der Union abgestellt wird, ist das Verhalten des Unternehmens. Dabei indiziert eine missbräuchliche Verhaltensweise das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.

In Deutschland ist es ebenfalls rechtlich zulässig, diesen Faktor in der Marktmachtbestimmung einzubeziehen, wenngleich der verhaltensbasierte Ansatz in der Praxis noch keine Anwendung gefunden hat. Weder stellt diese Methode einen Widerspruch zum Wortlaut des § 18 GWB dar, noch liegt darin ein Zirkelschluss. Außerdem wird die Beweisführung hierdurch vereinfacht. So kann mit der Indizwirkung das erklärte Ziel des Gesetzgebers gefördert werden, Verfahren im Digitalbereich wegen der Schnelligkeit des Sektors zu beschleunigen.¹⁶¹⁸

Bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen können eine solche Indizwirkung aufweisen, während andere Verhaltensweisen auch Unternehmen möglich sind, die ihre Märkte nicht beherrschen. Die Kausalitätsbeziehung zwischen Marktmacht und Verhalten unterscheidet sich in den verschiedenen Missbrauchsfallgruppen. Daher sind diese Fallgruppen zu unterscheiden, geordnet nach Ausbeutungs- bzw. Behinderungsmissbrauch:

1618 Vgl. „Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD in der 19. Legislaturperiode (März 2018), Zeilen 1943 ff.

Ein Preishöhenmissbrauch stellt ein deutliches Indiz für das Vorliegen von Preisbestimmungsmacht dar. Bereits *per definitionem* ist ein Preishöhenmissbrauch nur Unternehmen möglich, die Preisbestimmungsmacht haben.

Eine Preisdiskriminierung, die ebenfalls als Preisbestimmungsmacht gewertet werden könnte, ist hingegen in vielen Fällen gerechtfertigt, weil sie beispielsweise dazu dient, die Kapazitäten eines Unternehmens optimal auszulasten. In den Fällen einer echten Preisdiskriminierung kann jedoch ebenfalls auf Marktmacht geschlossen werden.

Da die Angebote vieler Internetplattformen unentgeltlich angeboten werden, drückt sich Marktmacht häufig nicht in Form der Preisbestimmungsmacht, sondern in Form der Qualitätsbestimmungsmacht aus. Unangemessene Geschäftsbedingungen können diese Form von Marktmacht indizieren. Auch die Einschränkung der technischen Entwicklung ist ein missbräuchliches Verhalten, das Marktmacht nahelegt. Das Fehlen eines solchen Verhaltens, d.h. der Nachweis einer Abhängigkeit vom Qualitätswettbewerb, kann Marktmacht wiederlegen. Im Allgemeinen spricht jedoch das Fehlen eines bestimmten Verhaltens nicht zwangsläufig dafür, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht vorliegt.

Bei niedriger Qualität bzw. hohen Preisen lässt sich grundsätzlich davon ausgehen, dass die Nutzer den Anbieter wechseln, sofern wirksamer Wettbewerb im Markt herrscht. Wenn die Nutzer dies unterlassen, liegt es nahe, dass der Wettbewerb durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gestört wird. Häufig prüfen die Nutzer aber die Qualität nicht und vergleichen verschiedene Anbieter nicht. In diesem Fall besitzen die Unternehmen lediglich Verhandlungsmacht, der jedoch der Marktbezug der marktbeherrschenden Stellung fehlt, vergleichbar mit dem einseitigen Stellen von AGB. In solchen Fällen von bloßer Verhandlungsmacht ist daher das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausnahmsweise nicht indiziert.

Die oben genannten Formen des Ausbeutungsmissbrauchs indizieren mithin grundsätzlich das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Rechtspolitisch ließe sich dies entweder als Vermutung nach dem Vorbild des § 18 Abs. 4 GWB umsetzen oder in Form eines § 18 Abs. 3 Nr. 9 GWB, nach dem das „Verhalten des Unternehmens“ in der Marktmachtbestimmung zu berücksichtigen ist.

In Fällen des Behinderungsmissbrauchs ist diese Indizwirkung hingegen seltener anzutreffen:

Eine Geschäftsverweigerung und die Benachteiligung Dritter in eigenen Diensten erlaubt den Schluss auf das Vorliegen von Marktmacht nicht.

Führen diese Verhaltensweisen aber dazu, dass die Qualität des Angebots merklich absinkt, ohne dass der Markterfolg des Unternehmens dadurch beeinträchtigt wird, kann dies ebenfalls auf Qualitätsbestimmungsmacht hindeuten. Kopplungsgeschäfte sind hingegen allgemein kein tauglicher Indikator für Marktmacht. Besonders niedrige Preise, die – auf Dauer – Kampfpreise darstellen können, indizieren dagegen eine marktbeherrschende Stellung. Für nicht marktbeherrschende Unternehmen ist es nicht wirtschaftlich sinnvoll, eine solche Strategie zu verfolgen.

Dabei ist zu beachten, dass alle Verhaltensweisen an Aussagekraft für das Vorliegen Marktmacht gewinnen, wenn sie deutlich und über einen langen Zeitraum hinweg gegeben sind.¹⁶¹⁹ Jedes Unternehmen besitzt Marktmacht in einem kleinen Umfang und kann sich zu einem bestimmten Grad unabhängig verhalten, was jedoch nicht dazu führt, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, die für das Kartellrecht relevant ist. Verhält sich ein Unternehmen jedoch deutlich und dauerhaft in einer bestimmten Weise, ist der Schluss auf das Vorliegen von Marktmacht zulässig. Dann bietet der verhaltensbasierte Ansatz eine Möglichkeit, mit geringem Aufwand das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung argumentativ zu unterstützen.¹⁶²⁰ Gleichzeitig wird dadurch die Rechtssicherheit erhöht, da den Unternehmen in vorhersehbarer Weise klar wird, dass bestimmtes Verhalten Marktmacht indizieren kann.

Das Unternehmensverhalten bleibt jedoch nur ein Faktor in der Gesamtbetrachtung der Marktposition des Unternehmens, in der auch Marktanteile berücksichtigt werden sollten. Auch wenn das Verhalten im Rahmen einer Vermutung zugunsten des Vorliegens von Marktmacht im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 2 GWB *de lege ferenda* berücksichtigt würde, bliebe die Ermittlung der gesamten Marktlage unverzichtbar. Der verhaltensbasierte Ansatz kann außerdem nur in einer begrenzten Anzahl von Fallgruppen Anwendung finden. Insofern ist der verhaltensbasierte Ansatz von dem „direct effects approach“ abzugrenzen, bei dem allein das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch das Verhalten des Unternehmens zum Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung ausreichen soll.

1619 Kommission, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. (EG) L 374/1, Rn. 69 – *AKZO*; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 118.

1620 So auch *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 34 f.