

Einleitung

“Almost nothing, short of a biological virus, can scale as quickly, efficiently or aggressively as these technology platforms and this makes the people who build, control and use them powerful, too.”
– Eric Schmidt und Jared Cohen¹

A. Anlass der Untersuchung

Im Jahr 1890 beschloss der Kongress der Vereinigten Staaten mit dem Sherman Act das erste Kartellgesetz des modernen Rechtswesens. Das Gesetz war die Antwort auf die Industrielle Revolution, in deren Verlauf sich Industriekonglomerate gebildet hatten, sogenannte „trusts“ wie die Standard Oil Company. Den damals neuen, innovativen Markt für Ölraffinerie beherrschte das Unternehmen mit einem Marktanteil von 90%.² Die trusts hatten in zahlreichen Sektoren Monopolstellungen erlangt und kontrollierten große Teile der amerikanischen Wirtschaft. Standard Oil wurde auf der Grundlage des neuen Gesetzes aufgelöst.³ Seither nennt sich das amerikanische Kartellrecht „Antitrust Law“.⁴

Im 21. Jahrhundert soll die Wirtschaft im Zuge der digitalen Revolution vergleichbaren Umwälzungen gegenüberstehen wie zur Zeit der großen trusts.⁵ Die Fortentwicklung der Informationstechnologie hat dazu geführt, dass Google, Amazon, Facebook, Apple und Microsoft heute die nach der Marktkapitalisierung wertvollsten Unternehmen der Welt sind.⁶

1 Schmidt/Cohen, *The New Digital Age*, 10. Beide Autoren sind bei Alphabet Inc. angestellt (Stand: Juli 2019).

2 Boudreaux/Folsom, 44 *Antitrust Bull.* 555, 559 (1999).

3 *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

4 Für eine Übersicht der Geschichte des Kartellrechts siehe *Machlup*, *The Political Economy of Monopoly*, 185 ff.

5 Pasquale, *Harvard J. L. & Tech. Occasional Paper Series* (Juli 2013), 1, 3.

6 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 21.9.2018.

Amazon, Facebook und Google wurden als „Standard Commerce, Standard Social und Standard Data“ bezeichnet.⁷ Facebook alleine hat über zwei Milliarden aktive Nutzer – mehr als ein Viertel der Weltbevölkerung.⁸ Amazon hat sich zu einer Plattform entwickelt, über die der Großteil des westlichen Internethandels abgewickelt wird. Google ist für viele Internetnutzer die erste Anlaufstelle für jegliche Informationen und ist insofern zu einem „Gatekeeper des Internets“ geworden.⁹ Der Einfluss dieser Unternehmen ist dabei nicht auf die wirtschaftliche Dimension begrenzt. Seit der Cambridge-Analytica-Affäre des Jahres 2018 wird auch der politische Einfluss der Unternehmen zunehmend kritisch beurteilt. Die Affäre hat gezeigt, dass die riesigen Datenbestände von Internetunternehmen Machtpotenziale darstellen, die missbraucht werden können.¹⁰

In den Medien und in der Politik wurden diese historischen Veränderungen vor allem als *Machtproblem* verstanden und rezipiert. Es ist die Rede von einer „Macht neuen Typs“,¹¹ einer „unheimlichen Macht“,¹² von „Werbesupermächten“¹³ und der „Marktmacht“ der „Giganten“.¹⁴ Die „geballte digitale Macht“¹⁵ der Internetkonzerne scheint unbestritten, offenkundig und selbstverständlich zu sein.

Ist sie das? Sollen nicht auch AOL, Yahoo! und MySpace vor fünfzehn Jahren unangefochtene Macht besessen haben? Wurden nicht all diese Unternehmen durch die Kraft des freien Wettbewerbs von neuen Anbietern verdrängt, sodass wir sie heute fast vergessen haben? Sind wir wirklich alle auf Facebook und Google angewiesen – oder gibt es nicht häufig Alternativen? Können wir nicht auch E-Mails und SMS schreiben, statt Facebook zu benutzen oder bei Bing und Yahoo! suchen statt bei Google? Sind wir die-

7 The Economist, 20.01.2018, S. 21.

8 Facebook, Geschäftsergebnisse des 2. Quartals 2018, S. 3, abrufbar unter <https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2018/Facebook-Reports-Second-Quarter-2018-Results/default.aspx>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

9 Vgl. *Massarotto*, W. Comp. 2018, 396; *Paal/Hennemann*, ZRP 2017, 76.

10 Vgl. F.A.Z. vom 13.3.2017, S. 5.

11 Handelsblatt Online vom 27.10.2017, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/wie-facebook-und-co-milliarden-mit-unseren-daten-verdienen-die-unheimliche-macht/20503170.html?ticket=ST-194509-SWxr3OZLN GdSF11Bvb5t-ap3>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

12 F.A.Z. vom 22.7.2018, S. 20.

13 ZEIT Online vom 4.8.2016, abrufbar unter <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2016-08/facebook-google-werbung-daten-macht>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

14 F.A.Z. vom 5.3.2018, S. 16.

15 Vgl. F.A.Z. vom 27.1.2018, S. 20.

sen Anbietern wirklich hilflos ausgeliefert oder haben wir schlicht Angst vor neuen, schwer verständlichen Technologiekonzernen aus den USA, die atemberaubende Gewinne erwirtschaften? Zusammenfassend: was ist digitale Macht – und wann liegt sie wirklich vor? Diesen Fragen geht die vorliegende Arbeit nach.

B. Digitale Marktmacht in der kartellrechtlichen Diskussion

Marktmacht und ihre Bekämpfung sind in Deutschland Sache des Bundeskartellamtes. Das Amt handelt auf der Grundlage des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der zentralen Quelle des deutschen Kartellrechts, sowie auf der Grundlage der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln in Art. 101 ff. AEUV. Diese Normen dienen dem Schutz des freien Wettbewerbs. Der freie Wettbewerb ist gestört, wenn ein Unternehmen Marktmacht besitzt – Wettbewerb und Marktmacht sind demnach Antagonismen. Dementsprechend zentral ist der Marktmachtbegriff im Kartellrecht.

I. Marktmacht im Kartellrecht

Der Begriff der Marktmacht wird im GWB im Tatbestandsmerkmal der „marktbeherrschenden Stellung“ relevant. Dieses Merkmal spielt in zwei Säulen des Kartellrechts eine essentielle Rolle, der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht. In der Fusionskontrolle wird ein Zusammenschluss gemäß § 36 Abs. 1 GWB untersagt, wenn durch ihn der wirksame Wettbewerb erheblich behindert würde und insbesondere wenn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Mit dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung steht und fällt häufig die Genehmigung der Fusion. In der Missbrauchsaufsicht verbietet § 19 GWB bestimmte Verhaltensweisen, jedoch nur, wenn sie von einem Unternehmen ausgehen, das eine marktbeherrschende Stellung innehat. Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf beispielsweise nicht bestimmte Unternehmen anderen bevorzugen oder unangemessene Preise fordern – ein kleineres Unternehmen darf dies.

Wie versteht das Bundeskartellamt diesen zentralen Begriff der Marktmacht? Was ist erforderlich, damit dieses Tatbestandsmerkmal des GWB erfüllt ist?

II. Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung

Im deutschen Recht definiert § 18 Abs. 1 GWB die marktbeherrschende Stellung. Danach ist ein Unternehmen 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. Der Rspr. des Europäischen Gerichtshofs („EuGH“) zufolge ist eine marktbeherrschende Stellung eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.¹⁶

Um zu ermitteln, ob das Unternehmen seinen Markt beherrscht, wird im deutschen und im europäischen Kartellrecht in einem ersten Schritt der relevante Markt abgegrenzt. Mehrere Produkte gehören einem Markt an, wenn sie aus Verbrauchersicht austauschbar sind.¹⁷ Beispielsweise entschied der Europäische Gerichtshof, dass Bananen aus der Sicht der Verbraucher ausschließlich mit anderen Bananen austauschbar sind, nicht jedoch mit anderen Sorten von Frischobst wie Äpfeln oder Pfirsichen. Demnach wurde ein Markt abgegrenzt, der lediglich Bananen umfasst.¹⁸

Im zweiten Schritt wird innerhalb dieses Marktes anhand von Marktanteilen und anderen Faktoren die wettbewerbliche Position des Unternehmens bestimmt. In der Fusionskontrolle wird gemäß § 36 Abs. 1 GWB und Art. 2 Abs. 3 FKVO die gleiche Methode angewendet, um zu entscheiden, ob ein Zusammenschluss untersagt werden kann. Auch in dem in § 1 GWB und Art. 101 AEUV geregelten Kartellverbot wird die Marktabgrenzung verwendet. Bestimmte Vereinbarungen sind vom Kartellverbot ausgenommen, sofern der Marktanteil des Unternehmens 30% nicht übersteigt, Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO.¹⁹ Zur Ermittlung des Marktanteils ist zunächst eine Marktabgrenzung notwendig.

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

17 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 48.

18 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 34 – *United Brands*.

19 Verordnung der EU Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der

Ist damit die Frage nach dem Machtbegriff bereits beantwortet? Die Methodik zur Bestimmung von Marktmacht ist in jahrzehntelanger Rechtsprechung gereift, doch die Digitalisierung stellt diese herkömmliche Herangehensweise vor neue Herausforderungen:

III. Digitale Herausforderungen für die Marktmachtbestimmung

Die Behörden in Deutschland und der EU haben bereits zahlreiche Verfahren gegen Unternehmen der Internetwirtschaft geführt. Seit dem Jahr 2000 sind diese Unternehmen Ziel kartellbehördlicher Ermittlungen geworden, beginnend mit den Microsoft-Verfahren in den USA und in der Europäischen Union.²⁰ In den letzten Jahren sind außerdem kartellbehördliche Entscheidungen der Europäischen Kommission gegen Google und Apple ergangen.²¹ In Deutschland hat das Bundeskartellamt bereits zahlreiche Zusammenschlüsse von Internetunternehmen geprüft und im Missbrauchsverfahren gegen Facebook eine Entscheidung erlassen.²² In den Verfahren wurde erkennbar, dass das neue Regulierungsobjekt der Digitalplattform an vielen Stellen ein rechtliches Umdenken erfordert. Die technische Entwicklung zwingt Rechtsprechung und Gesetzgebung zu einer Reaktion.²³

In der Marktabgrenzung für digitale Produkte steht das Kartellrecht im Wesentlichen zwei Herausforderungen gegenüber:

Erstens wird auf vielen Märkten im Internet für die Leistungen kein Preis gezahlt. Die Suchmaschine Google, das soziale Netzwerk Facebook und viele andere Dienste im Internet sind für den Nutzer kostenlos. Die Anbieter finanzieren sich durch Werbung. Das Kartellrecht dient aber seit jeher dem Kampf gegen überhöhte Preise. Aus ökonomischer Perspektive haben Monopole eine negative Wirkung auf die Gesamtwohlfahrt, weil sie die Preise über dem Niveau des effektiven Wettbewerbs halten können. Doch mit welcher Rechtfertigung soll eine Behörde tätig werden, wenn

Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1.

20 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792 – *Microsoft I*; *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

21 Kommission, 27.06.2017, AT.39740 – *Google Shopping*; Kommission, Pressemitteilung v. 11.6.2014 in der Rs. SA.38373, IP/17/3702 (Apple Ireland).

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

23 Zu den digitalen Herausforderungen für das Kartellrecht insgesamt *Ellger*, ZWeR 2018, 272.

ein Preis nicht gezahlt wird? Liegt ohne den Austausch von Geld gegen Waren überhaupt ein Markt vor?

Zweitens wurde seit dem Jahr 2000 in der ökonomischen Forschung die „Theorie der mehrseitigen Märkte“ unter anderem von dem Wirtschaftsnobelpreisträger *Tirole* tiefgehender erforscht.²⁴ Mehrseitige Märkte sind Plattformen, deren Leistung darin besteht, mehrere Nutzergruppen miteinander zu verbinden und aneinander zu vermitteln. Eine Tageszeitung ist beispielsweise eine Plattform, die Leser und Werbende verbindet, indem sie den Werbenden ein Publikum bietet. Die Zeitung steht als Intermediär zwischen den Lesern auf der einen Plattformseite und den Werbenden auf der anderen Plattformseite.

Die Mehrseitigkeit der Plattformen wirkt sich auf die Marktposition der Unternehmen aus: Hat eine Werbepattform besonders viele Nutzer, ist sie für Werber besonders attraktiv, weil die Werbung eine größere Reichweite bekommt. Sind bei einer Handelsplattform viele potentielle Käufer angemeldet, ist sie für Verkäufer besonders wertvoll, weil es wahrscheinlicher ist, dass sie schnell einen Käufer finden. Die unterschiedlichen Plattformseiten sind demnach miteinander verbunden. Das warf in der Praxis die Frage auf, ob diese Märkte getrennt und einzeln zu betrachten sind oder ob sie zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden sollten. Ist beispielsweise Ebay auf separaten Märkten tätig, auf denen es einerseits Käufer und andererseits Verkäufer bedient – oder sind diese Märkte zu einem einzigen Plattformmarkt zusammenzufassen?

Daneben gibt es einige Probleme in der rechtlichen Erfassung der Marktmacht von Internetplattformen, die noch nicht erkannt wurden. Zwei davon werden hier einleitend dargestellt:

Im Internet sind viele Produkte teilweise, jedoch nicht vollständig miteinander austauschbar. Sucht ein Nutzer Informationen im Internet, findet er diese allgemein bei Google, allerdings auch bei spezialisierten Suchmaschinen. Sucht der Nutzer nach bestimmten Personen, findet er sie auch bei Facebook oder LinkedIn. Sucht der Nutzer Produkte, wird er auch bei Amazon oder Ebay fündig. Die Angebote der spezialisierten Suchmaschinen stellen damit verschiedene Ausschnitte des Gesamtangebots von Google dar. Gehören deswegen die spezialisierten Suchmaschinen dem gleichen Markt wie Google an? Die Europäische Kommission verneint diese Frage und grenzt lediglich einen Markt für allgemeine Internetsuche ab.²⁵ Doch wie ist dann der Wettbewerbsdruck zu berücksichti-

24 *Schwalbe*, NZKart 2014, 421.

25 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 166 ff. – *Google Shopping*.

gen, der von den Randsubstituten ausgeht? Die Frage wird in der vorliegenden Arbeit untersucht und es wird ein Lösungsansatz entwickelt.

Ein weiteres Problem, das von der Rspr. bislang nicht erkannt worden ist, betrifft den Zusammenhang von Marktanteilen und Marktmacht. Klassische Industriekonzerne besitzen Marktmacht, wenn sie einen Großteil der Produktionskapazitäten kontrollieren: die Abnehmer sind dann darauf angewiesen, von einem großen Anbieter beliefert zu werden, da die Kapazitäten der übrigen Marktteilnehmer nicht ausreichen, um die Nachfrage zu bedienen. Der Anbieter mit hohen Marktanteilen kann daher seine Preise erhöhen, ohne dass die Abnehmer die Möglichkeit haben, zu einem anderen Anbieter zu wechseln. Insofern verleihen hohe Marktanteile Marktmacht.²⁶ Diese Brücke zwischen Marktanteilen und Marktmacht fehlt jedoch bei Internetplattformen: hier sind die Produktionskapazitäten beliebig und schnell erweiterbar – eine Suchmaschine ist beispielsweise in der Lage, kostengünstig neue Serverkapazitäten zu erwerben und kann so zusätzliche Suchanfragen beantworten. Die Abnehmer haben daher stets die Möglichkeit, die Dienste eines Konkurrenten in Anspruch zu nehmen. Die Anteile der Produktionskapazitäten verleihen demnach nicht Marktmacht. Welches Kriterium sollte dann stattdessen Marktmacht indizieren? Die vorliegende Arbeit wird eine Antwort vorstellen.

C. Ziele der Untersuchung

Die Herausforderungen haben die Frage aufgeworfen, ob die herkömmliche Methodik der Marktabgrenzung in der Lage ist, auf die Umwälzungen der Digitalisierung effektiv zu reagieren. In der Literatur wird diskutiert, ob ein „Kartellrecht 4.0“ erforderlich ist.²⁷ Handelt es sich bei diesen Herausforderungen nur um „new players, old tricks“ – d.h. kann das Kartellrecht *de lege lata* wettbewerbliche Veränderungen auf digitalen Märkten wirksam erfassen?²⁸ Oder ist eine Reform – gar ein „Sherman Act des 21. Jahrhunderts“ – erforderlich? Der deutsche Gesetzgeber sieht weiteren

26 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 41 – *Hoffmann-La Roche*.

27 *Mundt*, WuW 2016, 269; *Stancke*, NZKart 2018, 285.

28 Das Zitat stammt von Bruno Lasserre, dem damaligen Präsidenten der Autorité de la concurrence. Er hielt beim DigiWorld Summit am 19.11.2015 eine Rede mit dem Titel „Regulating Internet Platforms: new players, old tricks?“. Sie ist abrufbar unter <http://www.editionmultimedia.fr/wp-content/uploads/2015/11/R%C3%A9gulation-des-plateformes-Internet-par-Bruno-Lasserre-Autorit%C3%A9-de-la-concurrence-2015.pdf>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

Handlungsbedarf im Bereich des digitalen Kartellrechts. Nach dem Koalitionsvertrag des Kabinetts Merkel IV sollen Kartellverfahren beschleunigt und die Marktabgrenzung neu gefasst werden, um der Entwicklung der Plattformökonomie Rechnung zu tragen.²⁹ Bundeskartellamtspräsident *Mundt* bezeichnete das Internet wegen seiner Regelungsarmut gar als einen „Wilden Westen“ und forderte ein weiteres Tätigwerden des Gesetzgebers.³⁰ Seit September 2018 befasst sich die beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie angesiedelte „Wettbewerbskommission 4.0“ mit der Frage, ob „grundlegende Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens erforderlich“ sind.³¹ Zu dieser Reformdiskussion will die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

Ob ein Reformbedarf besteht, wird in zwei Schritten geprüft:

Die kartellrechtliche Aufarbeitung der Digitalisierung befindet sich noch in einer frühen Phase. Die Probleme wurden noch nicht systematisch dargestellt und aufbereitet. Im Bereich der Marktabgrenzung bei Internetplattformen fehlt bislang eine Übersicht über die Probleme. Daher besteht das erste Ziel der Untersuchung darin, den Stand der Diskussion zusammenzufassen und zu ordnen.

Neben der Strukturierung und Systematisierung der Problematik werden zweitens konkrete Lösungsvorschläge erarbeitet. In einigen Bereichen ist der Gesetzgeber bereits tätig geworden. So wurde mit der 9. GWB-Novelle § 18 Abs. 2a GWB eingefügt, demzufolge es dem Vorliegen eines Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.³² Hiermit wird das Problem der unentgeltlichen Märkte angegangen – es wird jedoch nur entschieden, dass ein Entgelt nicht bezahlt werden muss, damit ein Markt vorliegt. Unter welchen Voraussetzungen liegt dann ein Markt vor, wenn er nicht im Austausch von Produkten gegen Geld besteht? Zu dieser Frage wird ein Konzept vorgestellt werden.

Das Problem der mehrseitigen Märkte wurde bereits vom Bundeskartellamt aufgegriffen. In seiner Entscheidungspraxis hat das Amt eine Theorie

29 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.

30 *Mundt*, Festrede zur 53. Theodor-Heuss-Preisverleihung, 16.6.2018, Stuttgart.

31 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 10.9.2018, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2018/20180910-bmwi-setzt-kommission-wettbewerbsrecht-4-0-ein.html>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

32 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1.6.2017, BGBl. 2017 I Nr. 33, 1416 ff.

entwickelt, anhand derer es Plattformmärkte in bestimmten Fällen trennt und in anderen Fällen zusammenfasst.³³ Dieses Konzept wurde jedoch in der Literatur nur wenig diskutiert.³⁴ Tatsächlich ist die Methode des Bundeskartellamts jedoch noch nicht ausgereift. In der vorliegenden Arbeit werden die Probleme aufgezeigt und eine Alternative vorgestellt.

Außerdem legt der ebenfalls durch die 9. GWB-Novelle eingefügte § 18 Abs. 3a GWB fest, dass bestimmte Faktoren wie Netzwerkeffekte in der Marktmachtbestimmung zu berücksichtigen sind. Zweifellos ist es richtig, diese Faktoren zu berücksichtigen – es bleibt jedoch offen, wie im konkreten Fall das Vorliegen dieser Faktoren nachgewiesen werden kann. Daher sollen hier Indikatoren entwickelt werden, anhand derer dieser Nachweis geführt werden könnte.

Methodisch wird zur Beantwortung der Fragen unter anderem auf die Rechtsvergleichung zurückgegriffen. Berücksichtigt werden das deutsche, europäische und amerikanische Kartellrecht. Das deutsche Kartellrecht orientiert sich stark an seinem europäischen Pendant, sodass eine Behandlung beider Rechtsordnungen geboten ist. Darüber hinaus können Erkenntnisse aus dem amerikanischen Kartellrecht aus rechtsvergleichender Perspektive hilfreich sein. Die USA sind das Ursprungsland des Kartellrechts und zahlreicher Unternehmen der Internetwirtschaft. Es wird aufgezeigt, wo das amerikanische Recht Sonderwege geht und geprüft, ob sich die speziellen Lösungen im Recht der Union oder in Deutschland fruchtbar machen lassen.

Die rechtsvergleichende Perspektive ist aus einem weiteren Grund sinnvoll. Amerikanische Politiker und Unternehmer werfen der Europäischen Union angesichts hoher Geldbußen gegen amerikanische Internetunternehmen Protektionismus vor.³⁵ Es wird die These aufgestellt, dass die EU ihre Kompetenzen im Wettbewerbsrecht missbraucht, um die heimische Digitalindustrie zu schützen. Unterschiede zwischen den Vergleichsordnungen könnten den vermeintlichen Interventionismus in der EU erklären.

33 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 71 ff. – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 34 ff; siehe auch *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293 (2014).

34 *Volmar*, ZWeR 2017, 386.

35 Ein solcher Vorwurf kam von dem damaligen Präsidenten *Obama*, siehe *Financial Times v.* 16.2.2015, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/41d968d6-b5d2-11e4-b58d-00144feab7de>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

Die bisher geschilderten Probleme haben deutlich gemacht, dass eine Systematisierung der Probleme und eine Bewertung der Lösungen im Bereich der Marktmachtbestimmung von Internetplattformen notwendig sind. Diesen Beitrag soll die Arbeit leisten, um zu ermitteln, ob ein Reformbedarf besteht.

D. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand der Untersuchung ist die Bestimmung der Marktmacht von Internetplattformen. In sachlicher Hinsicht ist der Untersuchungsgegenstand damit auf Unternehmen begrenzt, die eine Plattform im Internet betreiben. Dieser Begriff ist Gegenstand von Kapitel 2.

Der Untersuchungsgegenstand wird in zweierlei Hinsicht eingegrenzt:

Erstens wird hier nur *wirtschaftliche* Macht behandelt. Abseits dieser Form von Macht sind Internetplattformen auch zu Foren des öffentlichen Meinungsaustausches geworden. Viele Wähler erhalten einen Großteil der politischen Nachrichten aus dem Internet. Damit erhalten die Plattformen die Möglichkeit, die öffentliche Debatte zu beeinflussen. Es ist denkbar, dass Plattformen es bestimmten Nutzern verwehren, Informationen auf ihren Webseiten zu veröffentlichen, womit sie eine Art privater Zensur ausüben können. Außerdem können Dritte die Plattform ausnutzen, um falsche oder irreführende Nachrichten – „Fake News“ – zu verbreiten.³⁶ In dieser Art und Weise können Internetplattformen ihre Macht missbrauchen. Dabei handelt es sich jedoch nicht um wirtschaftliche Macht, die das Kartellrecht reguliert, sondern um Meinungsmacht. Hier können andere Gesetze wie das Medienregulierungsrecht im Rundfunkstaatsvertrag oder Verfassungsrecht anwendbar sein.³⁷ Das Kartellrecht ist jedoch nicht zur Anwendung berufen. Die Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag nutzen aber Begriffe und Instrumente des Kartellrechts, zum Beispiel in § 26 und § 52 RStV die Marktabgrenzung beziehungsweise die marktbeherrschenden Stellung.³⁸ Insofern können die hier gewonnenen Erkenntnisse auch für die Medienregulierung hilfreich sein. Vorliegend wird jedoch nur das Kartellrecht behandelt.

36 Siehe dazu *Drexl*, ZUM 2017, 529.

37 Vgl. §§ 26, 52 ff. RStV; Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 GG.

38 Kritisch dazu und für eine Reform des § 26 RStV die Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 1155.

Zweitens geht es vorliegend lediglich um die *Bestimmung* von Marktmacht. Damit werden die möglichen negativen oder positiven Folgewirkungen von Marktmacht ausgeklammert. In bestimmten Fällen, zum Beispiel bei natürlichen Monopolen, ist ein großer Anbieter vorteilhafter für die Wohlfahrt als viele kleine Anbieter. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn Netzwerkeffekte wirken.³⁹ Hierbei handelt es sich jedoch um weiterführende Fragen, die sich erst stellen, wenn das Vorliegen einer beherrschenden Stellung bereits feststeht.

E. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung teilt sich auf in einen allgemeinen Grundlagenteil und einen besonderen Teil, der speziell die Bestimmung digitaler Marktmacht betrifft.

Am Anfang der Untersuchung werden in den ersten beiden Kapiteln die Grundsteine für die tiefere Bearbeitung des Themas gelegt. So wird in Kapitel 1 zunächst der rechtliche Rahmen der Marktmachtbestimmung in den drei berücksichtigten Rechtsordnungen Deutschlands, der Union und der USA abgesteckt. Hierin wird dargestellt, welche Rechtsquellen relevant sind und wie sich die Rechtsprechung entwickelt hat. Im zweiten Kapitel wird der Untersuchungsgegenstand – die Internetplattform – beschrieben. Zugleich wird ein Einstieg in die ökonomische Funktionsweise dieses Geschäftsmodells gemacht.

Auf dieser Grundlage befasst sich der zweite Teil der Arbeit damit, wie digitale Marktmacht bestimmt wird. Die gängigen Methoden der Marktmachtbestimmung werden auf Internetplattformen angewendet und so die Probleme aufgezeigt. Dabei orientiert sich die Struktur am am Prüfungsschema der Marktmachtbestimmung; zuerst behandelt Kapitel 3 die digitalen Herausforderungen für die Marktabgrenzung und Kapitel 4 die Marktmachtbestimmung innerhalb des relevanten Marktes.

Zuerst wird in Abschnitt A die Vorfrage beantwortet, wann ein Markt begrifflich vorliegen kann. Viele Leistungen im Internet werden nicht gegen einen Preis in Geld erbracht. Worin besteht ein Markt, wenn nicht im Austausch von Gütern gegen Geld? Kapitel 3 stellt dazu verschiedene

39 Darauf hinweisend Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 731; *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 113 f. Zum natürlichen Monopol siehe *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organization*, 104, 392.

Sichtweisen aus der Literatur und Praxis vor und bewertet sie. Außerdem wird eine weitere Marktdefinition vorgeschlagen und anhand von Daten- und Innovationsmärkten illustriert.

Steht fest, dass ein Markt vorliegt, stellt sich die Anschlussfrage, wie sich das mehrseitige Plattformmodell auf die Marktabgrenzung auswirkt. Dafür wird auf die zwei üblichen Methoden der Marktabgrenzung eingegangen, auf das Bedarfsmarktkonzept und den Hypothetical Monopolist Test.

Die erste Methode ist das Bedarfsmarktkonzept. Diesem Konzept zufolge werden verschiedene Produkte einem Markt zugeordnet, wenn sie aus Verbrauchersicht funktional austauschbar sind.⁴⁰ Üblicherweise unterscheidet sich die Leistung, die ein Verbraucher auf einer Plattformseite erhält, von der Leistung, die sein Gegenüber auf der anderen Plattformseite bekommt. Ebay bietet seinen Nutzern sowohl das Kaufen, als auch das Verkaufen von Produkten an. Diese Leistungen sind nicht austauschbar, sondern stehen sich gegenüber. Sie sind komplementär. Daher müsste für jede Plattformseite ein separater Markt abgegrenzt werden. Die Rspr. will jedoch in manchen Fällen alle Plattformseiten zu einem einzigen Markt zusammenfassen. Die Gründe und Methoden hierfür werden in Abschnitt B dargestellt und bewertet. Der Ansicht der Rspr. ist jedoch nicht zu folgen, weswegen ein eigener Ansatz entwickelt wird.

Abschnitt C behandelt mit dem Hypothetical Monopolist Test die zweite Marktabgrenzungsmethode. Hierbei ist ebenfalls maßgeblich, welche Produkte aus Sicht der Abnehmer austauschbar sind. Es wird dabei jedoch nicht nur angenommen, welche Interessen der Verbraucher hat, sondern anhand von Zahlen gemessen. Bei dem Test wird beobachtet, zu welchen Produkten die Abnehmer bei einer kleinen, jedoch signifikanten und dauerhaften Preiserhöhung wechseln, ohne dass die Preiserhöhung für den Anbieter unprofitabel wird. Daher nennt sich diese Methode auch SSNIP-Test (small but significant and non-transitory increase in price).⁴¹ Eine Preiserhöhung wirkt sich bei Plattformen jedoch stärker aus als auf einseitigen Märkten: erhöht die Plattform auf einer Seite den Preis, gehen dort Nutzer verloren, die nicht bereit sind, den höheren Preis zu bezahlen. Fordert Google beispielsweise eine Gebühr für seine Suchmaschine, würden viele Nutzer zur Suche von Yahoo! wechseln. Aufgrund der Netzwerkeffekte wird durch den Nutzerverlust aber die Plattform auch aus Sicht der anderen Seite weniger attraktiv: Google bietet nun als Werbepattform eine geringere Reichweite. Daher werden die Werbeeinnahmen Googles

40 EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 516 – *Hoffmann-La Roche*.

41 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 46.

sinken. Die Preiserhöhung ist daher für Google weniger profitabel als bei einem einseitigen Markt, der nur die Nutzer umfasst. Dieser doppelte Effekt muss bei der Anwendung des SSNIP-Tests auf Internetplattformen beachtet werden.

Der SSNIP-Test ist außerdem *prima facie* nicht anwendbar, wenn auf einem digitalen Markt kein Preis in Geld gezahlt wird. In diesem Abschnitt wird daher diskutiert, wie der SSNIP-Test für die Anwendung auf Internetplattformen angepasst werden kann.

Die vorgenannten Fragen betrafen sämtlich die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht. Daneben muss der Markt auch in räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden. Auf die Probleme in diesem Bereich geht der letzte Abschnitt D zur Marktabgrenzung ein.

Basierend auf der nach diesen Maßstäben durchgeführten Marktabgrenzung behandelt das vierte Kapitel die Frage, wie innerhalb dieses Marktes digitale Marktmacht bestimmt wird.

Grundlegend wird dafür zunächst dargestellt, wie die Rechtsprechung Marktmacht als Preisbestimmungsmacht definiert. Ein Unternehmen beherrscht seinen Markt, wenn es unabhängig von Wettbewerbern, Abnehmern und Lieferanten die Preise festsetzen kann.⁴² Diese Definition wird für unentgeltliche Märkte insofern konkretisiert, als sich Marktmacht auch in der Kontrolle über die Qualität der Produkte äußern kann.

Im übrigen Teil des Kapitels geht es darum, diese Definition mit Leben zu füllen. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Plattformen sich unabhängig verhalten und ihre Märkte kontrollieren können? Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst aus ökonomischer Perspektive gezeigt, wie Internetplattformen Marktmacht aufbauen und verlieren können. Es wird auf Netzwerkeffekte und Daten als die primär wettbewerbsrelevanten Faktoren eingegangen, aber auch auf die besondere Dynamik der Branche. Gleichzeitig wird in diesem Abschnitt diskutiert, wie die ökonomischen Besonderheiten der Internetwirtschaft rechtlich fassbar gemacht werden können.

Dieser theoretische Vorbau wird im letzten Abschnitt des Kapitels durch den Praxisbezug komplementiert. Vor dem Hintergrund der ökonomischen Betrachtung wird untersucht, anhand welcher Indikatoren digitale Marktmacht praktisch nachgewiesen werden kann. Zuerst wird der Marktanteil als der in der aktuellen Praxis prominenteste Indikator betrachtet. Hier ergeben sich wesentliche Unterschiede zwischen analogen und digitalen Geschäftsmodellen. Internetplattformen generieren ihre Marktmacht

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

nicht durch Produktionskapazitäten, wie es bei klassischen Unternehmen der Industrie oder des Dienstleistungssektors häufig der Fall ist. Wie oben beschrieben wird dadurch die Brücke zwischen Marktanteil und Marktmacht durchbrochen.⁴³ Daher wird untersucht, welche Faktoren stattdessen digitale Marktmacht begründen und wie sie zu messen sind. Internetplattformen generieren Marktmacht in erster Linie mittels Netzwerkeffekten. Das erfordert ein fundamentales Umdenken in der Messung von Marktmacht von Internetplattformen. Es muss in erster Linie darum gehen, zu messen, mit welcher Intensität von einer Plattform Netzwerkeffekte ausgehen. Dafür werden Vorschläge unterbreitet. Marktanteile können auch bei der Messung von Netzwerkeffekten eine wichtige Rolle spielen. Daneben wird untersucht, inwiefern sich aus dem Verhalten des Unternehmens Rückschlüsse auf das Vorliegen von Marktmacht ziehen lassen.

Diese Ergebnisse werden im letzten Kapitel in einem Fazit zusammengeführt, um die zentrale Ausgangsfrage zu beantworten: besteht anlässlich der Digitalisierung ein Reformbedarf in der Marktmachtbestimmung von Internetplattformen? Zur Beantwortung der Frage werden zwei Argumentationsstränge dargestellt und schlussendlich zusammengeführt:

Einerseits bilden die Ergebnisse der Arbeit den Hintergrund, um die Reformbemühungen des Gesetzgebers in der 9. GWB-Novelle zu bewerten. Es zeigt sich, dass der weit gefasste Wortlaut der Kartellrechtsnormen eine Reform nicht erforderlich macht. Ein „Sherman Act des 21. Jahrhunderts“ ist damit nicht notwendig. Bei der Auslegung und Anwendung der Normen besteht jedoch erheblicher Anpassungsbedarf.

Andererseits werden die Unterschiede in den drei untersuchten Rechtsordnungen zusammengefasst und aufgezeigt, wo der Blick in andere Rechtsordnungen für das GWB hilfreich sein könnte. Insbesondere der US-amerikanische verhaltensbasierte Ansatz könnte auch in Deutschland Verwendung finden.

Die Arbeit geht mit diesen Ergebnissen einen ersten Schritt in Richtung der Anpassung der Marktmachtbestimmung an den digitalen Wandel. Gleichwohl ist damit die kartellrechtliche Aufarbeitung der Digitalisierung noch nicht abgeschlossen. Daher endet das Fazit mit einem Überblick über die Thematik und zeigt noch offene Fragen auf.

43 Siehe Einleitung C.